

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Augusto Neves Dal Pozzo

Aspectos Fundamentais do Serviço Público no Direito Brasileiro

MESTRADO EM DIREITO

**São Paulo
Agosto de 2010**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Augusto Neves Dal Pozzo

Aspectos Fundamentais do Serviço Público no Direito Brasileiro

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração Direito Administrativo, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Professor Doutor Celso Antônio Bandeira de Melo.

**São Paulo
Agosto de 2010**

BANCA EXAMINADORA

À minha esposa Gabriela, inspiração da minha vida,
e às minhas filhas Manuela e Marcella.

AGRADECIMENTOS

Antes de iniciar o mestrado, sempre pareceu que a parte mais fácil do trabalho seria realizar os agradecimentos às pessoas que, de alguma forma, auxiliaram em sua elaboração. Infeliz engano: exteriorizar sentimentos nunca é fácil, especialmente quando isso é feito em público.

Todavia, não há como escusar-se do dever. Isso me conforta, e me encoraja, sendo necessário, neste passo, colocar o coração na ponta dos dedos, deixando fluir o sentimento, de forma a exprimir algo verdadeiro, que seja, efetivamente, do fundo de minh'alma.

Agradeço aos meus pais Araldo e Stela, exemplos de retidão, amor, segurança e que mostraram, desde tenra idade, a importância da família.

Aos meus queridos avós Araldo, Guida, Graziela e Agenor e minha avó do coração, Diva, agradeço os ensinamentos de dedicação, perseverança e de amor pela vida.

Às minhas irmãs e cunhados, Daniela, Luiz, Christiane, Luis Celso, Beatriz e aos meus sobrinhos Isabella, Chiara, Guilherme e Pietra, que, na luz da infância, serviram-me de grande estímulo.

Aos meus queridos familiares Sérgio, Sônia, Gabriel, Márcia, Sílvia, Luciano, Mariana, Carlos Eduardo, Camilla, Cláudia e Guilherme San-Juan pelo inestimável apoio.

Aos meus sócios e queridos amigos Percival José Bariani Junior e João Negrini Neto, por suprirem, com excelência, minha falta por conta da elaboração do presente trabalho, e principalmente, pela enorme irmandade e bem-querer que nos une.

Ao meu amigo Rafael Valim, pelo auxílio inestimável, pelo incentivo nas horas difíceis e pela fortíssima amizade que nos ata.

Agradeço, penhoradamente, ao Professor Márcio Cammarosano, jurista de escol, pelo companheirismo e pela confiança depositada, abrindo-me as portas do mundo acadêmico.

Aos amigos Renan Marcondes Facchinatto e Felipe Faiwichow Estefam pela excepcional assistência e pela gigante amizade.

Aos amigos Bruno Francisco Cabral Aurélio, Felipe Nogueira Monteiro, Bruno Ferreira, Eduardo Pereira de Souza, Luciano Silva Costa Ramos, agradeço pela amizade e pelas enormes lições obtidas.

Aos amigos de escritório Rodrigo Felipe Cusciano, André Astur, Bruno Martins Guerra, Gabriela Silvério Palhuca, Steban Saavedra Sandy Pinto Lizarazu, Milton Alves dos Santos Júnior, agradeço o apoio incondicional e pela sempre aprazível convivência diária.

Ao Professor Maurício Zockun e à Professora Carolina Zockun, agradeço pela fecunda amizade, pelo constante apoio acadêmico e, principalmente pela convivência pessoal, o que, para mim, é certamente motivo de grande honra.

À Professora Weida Zancaner, agradeço o apoio, os ensinamentos e a confiança sempre depositada.

Finalmente, ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, inextinguível Mestre, agradeço imensamente por me orientar e pelo exemplo de sabedoria, amizade, seriedade, compromisso doutrinário e solidariedade. Escolher palavras para demonstrar meu afeto e admiração pelo emérito Professor configura uma daquelas tarefas que certamente já antecederam um insucesso, restando apenas uma certeza, que sempre serei seu discípulo.

Le service public a été en effet érigé en France à la hauteur d'un véritable mythe, c'est-à-dire une de ces images fondatrices, polarisant les croyances et condensant les affects, sur lesquelles prend appui l'identité collective.(...)

Cette dimension mythique explique que la notion de service public soit aussi difficile à appréhender et à cerner: utilisée dans des champs conceptuels très diversifiés, elle est saturée de significations multiples qui se superposent, s'entrecroisent, renvoient les unes aux autres, et entre lesquelles le glissement est constant.

Mais le service public est aussi une notion juridique: il entraîne l'application de règles de droit spécifiques et dérogatoires au droit commun; le régime de service public condense et résume ce qui fait le particularisme du droit administratif.

(Jacques Chevallier, Le service public. 7^è Ed. Paris: Puf, 2008. PP. 3-4)

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo o exame de alguns dos principais aspectos do instituto do serviço público no direito brasileiro.

Para realizar essa tarefa, sua abordagem foi dividida em duas partes: a primeira, enfocando “o serviço público no contexto do Estado Social de Direito” e, a segunda, examinando o “regime jurídico do serviço público no direito brasileiro”, descartando-se a análise de aspectos relacionados a sua prestação.

Na primeira parte, promoveu-se uma digressão lógico-jurídica atinente ao Estado de Direito e sua transformação em Estado Social de Direito, este consagrado pela Constituição Federal de 1988, examinando-se a influência desse modelo nos serviços públicos já existentes e, bem assim, em relação àqueles que foram instituídos para dar concretude aos direitos sociais.

A segunda parte do trabalho busca conferir ao leitor um panorama completo sobre o arquétipo normativo a que se encontra subsumido o serviço público no direito brasileiro.

Para cumprir essa tarefa, imprescindível se tornou o exame das características que nortearam o instituto tal como concebido originalmente em França, identificando os “critérios” ou “requisitos” que a doutrina universal utilizou para descrever essa realidade jurídica.

Após essa análise, examina-se o instituto no direito brasileiro, de forma a identificar quais os requisitos constitutivos do serviço público no Brasil. O conceito de serviço público passa a ser, então, o foco principal do estudo, a par dos princípios que o informam. Na continuidade, investiga-se os serviços públicos que se encontram compreendidos na Constituição Federal de 1988.

Finalmente, demonstra-se que é impróprio falar-se em “crise da noção de serviço público”, porque não se pode afirmar que o seu regime jurídico tenha sofrido alteração e, principalmente, por conta do Estado Social de Direito Brasileiro, que tem, como aspecto fundante, a prestação dos serviços públicos responsáveis pela efetivação dos direitos sociais, sem deixar de lado e implementar aqueles que oferecem condições e comodidades para a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: serviço público – regime – jurídico – brasileiro

ABSTRACT

This study aims at furthering the understanding of some of the main aspects of the public service institutes under Brazilian law.

To this end, a two-pronged approach was adopted firstly focusing on "public service under the Social Rule of Law", and secondly on the "legal regime of the public service under Brazilian law"; thus having to leave aside aspects related to the rendering of said services.

In the first part of this study, we offer a legal logics-based digression concerning the Rule of Law and it having become the Social Rule of Law as of the Brazilian Constitution of 1988; therefore we examine the influence of this new model over the preexisting public services as well as over those services created to materialize the social rights under the 1988 Charter.

The second part of this study aims at providing the reader with a comprehensive view of the normative archetype overreaching public service under Brazilian law.

To achieve our goal, it was indispensable to address the features governing public service institutes as originally conceived in France, and therefore identifying the criteria or requisites that universal legal doctrine has adopted to describe the legal phenomenon at issue.

Next, we examined the institutes under Brazilian law in order to identify which requisites account for public services in Brazil. The definition of public service – together with its governing principles – is therefore the main focus of this study. Following this, we looked into the public services found under the text of the 1988 Constitution.

Lastly, we attempt to demonstrate that one cannot speak of a "crisis of the notion of public services", because it is not possible to state that its legal regime has undergone any change due to the constitutionally-enshrined Social Rule of Law, which has as a fundamental aspect the rendering of public services responsible for ensuring the social rights of citizens, without leaving aside and failing to implement services offering the necessary conditions and means to ensure respect for the life of individuals.

Keywords: public service – legal regime – Rule of Law – Brazilian law

SUMÁRIO

PARTE 1. O SERVIÇO PÚBLICO NO CONTEXTO DO ESTADO SOCIAL DE DIREITO	10
1. Considerações Metodológicas	10
2. Considerações Preambulares.....	14
3. O Estado de Direito e sua base ideológica	17
4. Estado de Direito	22
4.1 O Estado e o Direito	22
4.2 O Estado de Direito e a Constituição.....	25
4.3 O Estado de Direito no Brasil: aspectos jurídico-positivos e conceito.....	27
5. Estado Social de Direito	32
6. Do princípio da solidariedade ou solidarismo.....	36
6.1 Breve intróito acerca dos princípios jurídicos.....	36
6.2 O fundamento ideológico da solidariedade ou solidarismo, sua juridicidade e conteúdo	39
6.3 Dos aspectos jurídico-positivos do princípio do solidarismo em face da Constituição Federal de 1988.....	43
PARTE 2. O SERVIÇO PÚBLICO E SEU REGIME JURÍDICO	45
1. Considerações iniciais.....	45
2. Serviço público à la française.....	46
2.1 A Escola do Serviço Público	46
2.1.1 O pensamento de León Duguit	47
2.1.1.1 A concepção teórica do Estado e do serviço público na visão de Duguit	47
2.1.2 O pensamento de Gaston Jèze	51
2.2 A jurisprudência francesa.....	53
2.3 A concepção hodierna do serviço público à la française.....	56
3. Conceito de serviço público	61
3.1. Critérios utilizados pela doutrina para definição de serviço público	61
3.2. Considerações metodológicas acerca da conceituação de serviço público.....	65
3.3. Os requisitos para conceituação de serviço público no direito brasileiro.....	69
3.4. O conceito de serviço público no direito brasileiro	74
3.4.1 Panorama geral das concepções doutrinárias do serviço público no direito brasileiro.....	74
3.4.2 Conceito de serviço público adotado	77
3.4.3 Requisito Subjetivo	78
3.4.4 Requisito Objetivo ou Material	80
3.4.5 Requisito Formal	84
4. Princípios do serviço público	88
4.1. Considerações iniciais	88

4.2 Princípio da Generalidade ou Universalidade	90
4.3 Princípio da Modicidade	91
4.4 Princípio da Continuidade	93
4.5 Princípio da Transparência	98
4.6 Princípio da Adaptabilidade, Mutabilidade ou Atualidade	99
4.7 Princípio da Cortesia	100
4.8 Princípio da Igualdade	101
4.9 Princípio da Regularidade	103
4.10 Princípio do Controle (Interno e Externo) sobre as condições de sua prestação	104
5. Serviço público e atividade econômica.....	108
5.1 A formação da ordem social e da ordem econômica pela ótica do princípio do solidarismo.....	108
5.2 Distinção entre serviços públicos e atividades econômicas	110
6. Os serviços públicos na constituição de 1988.....	117
7. A suposta “crise” do serviço público.....	125
8. À guisa de conclusão.....	133
BIBLIOGRAFIA	135

PARTE 1. O SERVIÇO PÚBLICO NO CONTEXTO DO ESTADO SOCIAL DE DIREITO

1. Considerações Metodológicas

À guisa de noções introdutórias, como é curial em qualquer trabalho científico, serão feitas algumas considerações metodológicas, que acabam por influenciar, dogmaticamente, todas as noções a serem firmadas e, mais, ensejam um percurso lógico-jurídico que permite coadunar as premissas estatuídas com as conclusões materializadas ao final da exposição.

Tal desiderato não se mostra simples, como bem salienta Agustín Gordillo, com fundamento nestas lições de Hospers:

[...] a linguagem natural (utilizada pelo cientista e operador do direito) tem como característica o que se denominou textura aberta, em razão da qual não se pode lograr uma precisão absoluta nas definições, nas palavras, ou nos símbolos, a menos que construamos uma linguagem nova e totalmente artificial.¹

Diante dessa dificuldade, que transcende a vontade do cientista do Direito², naturalmente atingido e envolvido por essa realidade, é imprescindível que se defina, de antemão, o significado que se pretende atribuir a uma dada realidade jurídica, principalmente quando se aspira empregar uma palavra de maneira diferente daquela utilizada em seu uso e senso comum, sob pena de

¹ HOSPERS, John. *Introducción al análisis filosófico*. T. I. Buenos Aires. *Apud* *Princípios gerais de direito público*. Trad. Marco Aurélio Grecco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. P. 02.

² Essa problemática não é exclusiva da Ciência do Direito. Como salienta Ortega & Gasset “*a filosofia não se pode ler – é preciso deslê-la – quero dizer repensar cada frase, e isto supõe rompê-la em seus vocábulos ingredientes, tomar cada um deles e, ao invés de contentar-se com olhar sua amena superfície atirar-se de cabeça dentro dele, submergir-se nele, descer a sua entranha significativa, ver bem sua anatomia e seus limites para sair de novo ao ar livre, de posse de seu segredo interior. Quando se faz isto com os vocábulos todos de uma frase eles ficam unidos não por contato, mas subterraneamente, por suas próprias raízes de idéias, e só então compõem verdadeiramente uma frase filosófica. À leitura deslizando ou horizontal, ao simples patinar mental, é preciso substituir a leitura vertical, a imersão no pequeno abismo que é cada palavra, fértil mergulho sem escafandro*”. (*¿Que es filosofía?* 5ª. Reimpressão. Madrid: Revista de occidente em Alianza Editorial, 2001. P. 60).

inviabilizar a compreensão do que se pretende expor, ou pior, favorecer uma exegese completamente distinta daquela que se almejou construir.³

Nesse sentido, vale o alerta de Carrió que, a despeito de enaltecer a linguagem como sendo a mais rica *ferramenta de comunicação* entre os homens, deixa claro que nem sempre essa ferramenta funciona adequadamente, pois ela poderá restar frustrada se o seu destinatário se sentir perplexo ante o alcance das expressões que acabou recebendo.⁴

As palavras que compõem as normas jurídicas possuem, na expressão de Carrió, uma "zona de penumbra", sendo necessário estabelecer seus contornos específicos para se saber qual o âmbito de aplicação de um determinado regime jurídico. É que:

[...] as palavras da linguagem têm uma zona central onde seu significado é mais ou menos certo e um círculo exterior no qual sua aplicação é menos usual e se faz cada vez mais duvidoso saber se a palavra pode ser aplicada ou não.⁵

De outra sorte, como enuncia o mestre Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] os conceitos jurídicos, em geral, (...), não são mais que termos relacionadores de normas, pontos de aglutinação de efeitos de direito. Cada bloco ou grupo de situações parificadas pela unidade de tratamento legal recebe - para fins de organização do pensamento - um nome, que é a rotulação de um conceito; vale dizer, o simples enunciado da palavra evoca no espírito uma noção complexa formada pelos diversos elementos agregados em uma unidade, que deram margem ao conceito jurídico.⁶

³ KELSEN adverte: "qualquer tentativa de definição de um conceito deve adotar como ponto de partida o uso comum da palavra, denotando o conteúdo em questão. Para definirmos o conceito de Direito, devemos começar pelo exame da seguinte pergunta: os fenômenos geralmente chamados 'Direito' apresentam uma característica comum que os distingue de outros fenômenos sociais do tipo similar?" (Teoria geral do direito e do estado. 4ª Ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. P. 07).

⁴ Notas sobre derecho y lenguaje. 5ª. Ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2006. P. 17.

⁵ ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. P. 111. *Apud*. GORDILLO, Agustin. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 1. P. I-17.

⁶ Curso de direito administrativo. 27ª Ed. rev. e atual. até a EC nº. 64/10. São Paulo: Malheiros, 2010. PP. 376-377.

Sendo cada conceito um conjunto ou ponto convergente de normas, muitas vezes o próprio direito positivo, de antemão, já aglutina uma série delas debaixo de um determinado conceito jurídico, deixando-o *pronto* para os cientistas do Direito; outras vezes, quando tal não acontece, é o próprio estudioso quem irá construí-lo e, para tanto, deverá voltar suas atenções para o direito positivo e identificar as normas que possuam traços de similitude para enquadrá-las sob um *nomen iuris*, havendo, nesse caso, certa liberdade em sua composição.

No processo de formulação de um conceito pelo cientista do Direito é necessário atentar para estas outras advertências de Hospers, mais uma vez citado por Gordillo:

[...] possivelmente não há duas coisas no universo que sejam exatamente iguais em todos os aspectos. Por conseguinte, por mais semelhantes que sejam duas coisas, podemos usar as características em que diferem como base para colocá-las em classes distintas. De igual modo, provavelmente, não haja duas coisas no Universo tão diferentes entre si que não tenham algumas características comuns, de maneira que constituem uma base para colocá-las dentro de uma mesma classe.⁷

Conquanto seja extremamente árdua essa tarefa de formulação de conceitos jurídicos a partir do direito positivo, não há dúvida acerca da utilidade destes, pois acabam funcionando como um centro de referência de normas e de conseqüentes efeitos de direito, tudo de forma a conferir maior segurança aos utentes dessas "sínteses jurídicas".

Sabendo-se que a *ferramenta* do legislador e do cientista do Direito sempre será a *linguagem*, para utilizarmos a expressão de Carrió, e que, como visto, é aberta, torna-se inafastável a necessidade de ambos descreverem, da forma mais precisa e clara possível, aquilo que pretendem comunicar, para serem evitados os terríveis prejuízos que uma intelecção mal formulada possa acarretar, principalmente em se tratando de um trabalho científico.

⁷ HOSPERS, John. *Introducción al análisis filosófico*. T. I. Buenos Aires. P. 25-7. *Apud* Tratado de derecho administrativo. 7ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey-Fundación de Derecho Administrativo, 2003. P I-21.

No tema *serviço público*, essas circunstâncias ganham especial sobrelevo porque o instituto, trazendo consigo noções que se lhe agregaram durante as mais diversas épocas, fontes e origens, deve receber um tratamento jurídico próprio, específico do direito brasileiro, com os princípios e as regras que aqui o norteiam (alguns espelhados em noções universais, mas adequados à realidade nacional), merecendo toda acuidade possível nessa investigação, individualização e na precisão de seus elementos.

Tendo em conta todos os problemas de linguagem especial atenção é requerida quando tratamos de um tema de tamanha amplitude como os *serviços públicos*⁸, principalmente no tocante a dois aspectos distintos: o primeiro, concernente à identificação do serviço público tal como concebido em França e suas posteriores transformações; o segundo, atinente à necessária cautela na identificação de quais e como as características do instituto foram recepcionadas pelo nosso direito positivo e mesmo na individualização dos princípios e regras construídos internamente.

Nessa incursão será necessário, ainda, traçar os contornos dos modelos estatais que se sucederam e que naturalmente exerceram influência sobre o serviço público, para bem se compreender a sua concepção atual e a sua importância hodierna como provedor de justiça social e de comodidades para o cidadão.

⁸ Adiante-se que o serviço público chegou a ser considerado a pedra angular de todo o Direito Administrativo, sendo tão aclamado por alguns autores que chegaram a defender a posição de que somente haveria a presença do Estado quando e onde se estivesse diante de um serviço público.

2. Considerações Preambulares

Desde que a sociedade humana se organizou e pode receber a qualificação de sociedade política, conheceu o exercício do poder que, ao longo da História da Civilização, foi passando das mãos dos primitivos chefes tribais aos faraós, aos príncipes, aos senhores feudais, aos monarcas, aos imperadores e dentre outros.

Essa mesma sociedade política, desde os seus primórdios, conheceu aquilo que modernamente denominamos de *serviço público*, ou seja, numa acepção breve e por ora sem preocupação de aprofundamentos científicos, serviço que era de responsabilidade desse poder político, muitas vezes prestados por particulares mediante autorização daquele.

Jean-Paul Valette apresenta um interessante resumo a respeito desse tema, indicando, na Antigüidade, serviços públicos prestados na Mesopotâmia e no Egito.⁹

Lembra o citado autor, que o décimo sexto rei mesopotâmico, Hamurabi, foi o autor do primeiro Código onde é possível encontrar e se ter uma idéia a respeito da variedade daqueles serviços, existentes na Babilônia.

Ainda na Antigüidade, dentre os hebreus, Salomão cria “um vasto programa de construção e de trabalhos públicos realizados para satisfazer as necessidades dos particulares”.¹⁰

Na Grécia, Aristóteles preconizava que as instituições deviam ser postas a serviço dos cidadãos.

Antonio Fernández de Buján, estudando o Direito Público Romano, escreve:

⁹ Le service public à la française. Paris: Ellipses, 2000. PP. 10-11.

¹⁰ *Op. cit.* P. 12.

Sobre prestação de serviços públicos por sociedades de particulares através da figura da concessão escreveu, em data recente, Murga: ‘foi algo ordinário, dentro da variada administração municipal romana, que o serviço público não era oferecido diretamente pela Cúria Municipal, mas prestado através de um contratado – *redemptor* – cuja atuação deveria ser sempre conforme a *lex locationis*. Não é raro encontrar no *Digesto* freqüentes referências aos mais variados serviços públicos cedidos em arrendamento a um *redemptor*, devendo em todo o caso o concessionário sujeitar-se ao contrato com contorno absolutamente privatístico’.¹¹

Na Idade Média, com a atomização do poder na Europa continental, este passou a ser exercido, principalmente, pelos diversos suseranos, que se encarregaram dos serviços públicos então existentes.

O citado Jean-Paul Valette afirma que foi a partir do século X que a referência à *utilitas publica* se torna corrente e se impõe definitivamente a partir do século XII. A partir de então, nunca mais desaparece, embora seja raramente utilizada nos textos escritos durante a alta Idade Média. Recorda, ainda, que essa noção “sofreu um desenvolvimento a partir do século XIII sob a influência de São Tomás de Aquino (...) que, na Suma Teológica se refere ao bem comum a propósito da justiça”.¹²

Dando um salto na História, chegamos ao absolutismo, que sucedeu o regime feudal e concentrou o poder em mãos do monarca, ainda em terras da Europa continental.

Avançando o relógio da História, chegamos à Revolução Francesa e ao Estado de Direito.

Se o serviço público, portanto, praticamente sempre existiu – com intensidade e qualidade que variaram muito – é a partir do século XIX que começam a surgir os delineamentos da moderna *teoria do serviço público*, que irá, inexoravelmente, sofrer as influências da própria configuração do Estado,

¹¹ Derecho público romano: recepción, jurisdicción y arbitraje. 11ª Ed. Madrid: Thomson Civitas, 2008. P. 233.

¹² Le service public à la française. Paris: Ellipses, 2000. P. 18.

que, como veremos, irá se alterar a partir de sua formatação como Estado de Direito.

Com efeito, salienta Jacques Chevallier:

A ênfase nova posta, no começo do século XX, pela doutrina e pela jurisprudência administrativas sobre o conceito de serviço público parece, à primeira vista, revelar debates puramente internos ao campo jurídico.

Essa visão será, entretanto errada: os debates que se desenrolaram no terreno do direito são, entretanto, de alcance e implicações mais amplas. Neste caso essas questões são amplificadas por um conjunto de mutações que afetam, agora, a posição e o papel do Estado na vida social: a preocupação dos juristas é de adaptar as categorias jurídicas a essas mutações; o serviço público vai oferecer, notadamente através da apresentação que lhe deu Duguit, um princípio explicativo mais geral, adaptado ao novo contexto e respondendo ao objetivo de recriação do Estado. Assim, se coloca uma poderosa máquina conceitual, que servirá de motor de transformações sociais e políticas.¹³

Um dos objetivos do presente trabalho é precisamente delinear os principais fundamentos e características da teoria do serviço público a partir do Estado de Direito e mencionar, ainda que de passagem, aqueles serviços públicos que foram instituídos ou profundamente modificados ao influxo de novas ideologias que interferiram na própria concepção do Estado, tendo em vista a sua finalidade principal, que é a de traçar os aspectos fundamentais do serviço público no direito brasileiro.

¹³ Le service public. 7^a Ed. Paris: Puf, 2008. P. 09.

3. O Estado de Direito e sua base ideológica

O tema Estado de Direito é vasto e complexo, mas suas linhas mais gerais precisam ser traçadas neste passo, eis que, como sublinha o mestre Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] o Estado de Direito é exatamente um modelo de organização social que absorve para o mundo das normas, para o mundo jurídico, uma concepção política e a traduz em preceitos concebidos expressamente para a montagem de um esquema de controle do Poder.¹⁴

A construção da teoria do Estado de Direito, na Europa continental, ocorreu ao longo do século XIX com a teoria alemã do *Rechtsstaat*¹⁵, que, segundo Otto Mayer, citado por Gustavo Zagrebelsky:

[...] caracteriza-se pela concepção da lei como ato deliberado por um Parlamento representativo e se concretiza em: a) a supremacia da lei sobre a Administração; b) a subordinação à lei, e somente, à lei, dos direitos dos cidadãos, com exclusão, portanto, de que poderes autônomos da Administração possam incidir sobre eles; c) a presença de juízes independentes com competência exclusiva para aplicar a lei, e somente a lei, às controvérsias surgidas entre os cidadãos e entre estes e a Administração do Estado.¹⁶

Assinala Jacques Chevallier que a teoria alemã do *Rechtsstaat* ingressa em França no começo do século XX, graças aos juristas franceses que conheciam o pensamento germânico, especialmente Léon Duguit, Maurice Hauriou e Léon Michoud.

Segundo o Professor da Universidade Panthéon-Assas, certos elementos do pensamento alemão foram então desprezados pelos franceses – embora mais tarde adotados – porque, segundo eles, demasiadamente vinculados ao contexto político da Alemanha.

¹⁴ Curso de direito administrativo. 27ª Ed. rev. e atual. até a EC nº. 64/10. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 49

¹⁵ Para Jacques Chevallier a expressão foi criada por Johann Wilhelm Placidus, que utilizou esse neologismo para qualificar a Escola Kantiana (*L'État de droit*. 4ª Ed. Paris: Montchrestien, 2003. P. 16).

¹⁶ MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán* (1904). Trad. De H. H. Heredia e E. Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1982. V. 1. PP. 72 e seguintes. *Apud* ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 8ª Ed. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2008. P. 23.

A ordem jurídica hierarquizada, em França, ainda nas palavras de Jacques Chevallier:

[...] foi o produto histórico de uma luta contra o absolutismo monárquico, visando a conter o poder real e o sujeitando às normas superiores, dentre as quais deveria encontrar seu fundamento e seus limites; esta construção passará à Revolução pela concepção de uma nova figura, aquela da Nação soberana.¹⁷

A Revolução Francesa foi, portanto, o movimento histórico fundamental que possibilitou a consagração do Estado de Direito em França, como modelo apto a encerrar o chamado *Ancien Régime*, que ignorava os direitos individuais e concentrava em apenas uma pessoa, a figura do soberano, o desempenho de todas as atividades estatais, exercendo um poder absoluto e colocando-se acima do bem e do mal.¹⁸

¹⁷ L'État de droit. 4ª Ed. Paris: Montchrestien, 2003. P. 25.

¹⁸ Importante registrar que o Estado de Direito da Europa Continental apresenta profunda diferença em face do *rule of law* britânico. A propósito, vale a citação de Gustavo Zagrebelsky: “na tradição européia continental, a impugnação do Absolutismo significou a pretensão de substituir o Rei por outro poder absoluto, a Assembléia Soberana; na Inglaterra, a luta contra o Absolutismo consistiu em opor às pretensões do rei ‘privilégios e liberdades’ tradicionais dos ingleses representados e definidos pelo Parlamento. Não há modo mais categórico de indicar que este: o Absolutismo régio foi derrotado, num caso, como poder régio; no outro, como poder absoluto.” (El derecho dúctil: ley, derechos, justicia. 8ª Ed. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2008. P. 25). Mais adiante, o mesmo autor ainda salienta que: “El rule of law – como se ha podido decir – se orienta originariamente por la dialéctica del proceso judicial, aun cuando se desarrolle en el Parlamento; la idea del Rechtsstaat, em cambio, se reconduce a un soberano que decide unilateralmente. Para el rule of law, el desarrollo del derecho es un proceso inacabado, históricamente siempre abierto. El Reechsstaat, por cuanto concebido desde un punto de vista iusnaturalista, tiene em mente um derecho universal y atemporal. Para el rule of law, el derecho se origina a partir de experiencias sociales concretas. Según el Rechtsstaat, por el contrario, el derecho tiene la forma de um sistema en el que a partir de premisas se extraen consecuencias, ex principiis derivationes.” (Op. cit. p. 26).

Efetivamente, há um largo distanciamento entre o sistema continental europeu e o direito inglês, fundado na *common law*. Consoante assevera Celso Antônio Bandeira de Mello: “Há, no Ocidente, duas famílias jurídicas visceralmente distintas e que expressam culturas, ao menos nesta área, animadas por um espírito muito diferente. A do Continente europeu, formada sob a influência do Direito Romano justiniano, do Corpus Juris Civilis, no qual se afirma uma preocupação sistemática e dedutiva, a ser extraída de um Direito escrito, formalmente legislado. Outra, a do Direito inglês, avessa a esquemas rígidos, baseada nos costumes, entendidos como a law of the land, na equity; nas decisões judiciais, na força dos precedents, e onde, por isto mesmo, vigora o case law. Daí seu estudo acadêmico basear-se, muito compreensivelmente, no case method. É o sistema da chamada common law.” (Curso de direito administrativo. 27ª Ed. rev. e atual. até a EC nº. 64/10. São Paulo: Malheiros, 2010. PP. 42/43. Nota de rodapé nº 23.). Mais especificamente em relação ao Direito Administrativo, Albert Ven Dicey, autor inglês de renomado prestígio, entendia que essa seara do Direito era absolutamente incompatível com a *rule of law*. Segundo Dicey, o “sistema chamado Droit Administratif é oposto às idéias jurídicas inglesas, até o ponto de que a fraseologia inglesa não tinha equivalente para o termo.” (DICEY, Albert van. Introduction..., PP. 303-304. Apud FALLA, Fernando Garrido; OLMEDA, Alberto Palomar; GONZÁLEZ, Herminio Losada. Tratado de derecho administrativo. 14ª Ed. Madrid: Tecnos, 2005. P. 109). A despeito desse entendimento, que recebeu grande prestígio a época em que foi formulado, mas que foi alterado alguns anos depois pelo autor, pode-se verificar que na evolução do direito inglês,

Até esse momento, o Estado era irresponsável juridicamente, não havendo mecanismos para se questionar as decisões do soberano (que se confundia com a figura do Estado), estando os súditos a sua total mercê. Era época em que vigiam os seguintes brocardos: "regis voluntas suprema lex" (a vontade do rei é soberana), "quod principi placuit legis habet vigorem" (aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei), "the king can do no wrong" (o rei não erra) e "l'État c'est moi" (o Estado sou eu). O poder titularizado pelo soberano era ilimitado, de origem divina e fonte exclusiva do Direito, inexistindo qualquer força capaz de sobrepô-lo.

Inspirada nas idéias principalmente de Montesquieu e Rousseau, a Revolução Francesa propiciou o surgimento do Estado de Direito, com a submissão do Estado à ordem jurídica.

Montesquieu partiu, em verdade, de uma circunstância bastante simples, resultado da análise de uma inclinação quase que comum a todo ser humano no sentido de que todo indivíduo que detém o poder (seja ele qual for) tende a dele abusar, devendo o poder, portanto, ser dividido entre distintos grupos para evitar tiranias e desmandos.¹⁹

Dessa forma, as atividades estatais deveriam ser divididas em três blocos orgânicos denominados "poderes", que exerceriam precipuamente funções típicas, mas também, atipicamente, atividades próprias dos demais,

presenciou-se uma maior aproximação em relação ao direito continental europeu e também ao próprio Direito Administrativo (*Op. cit.* P. 42. Nota de rodapé nº. 23.). No presente trabalho será enfatizado o Estado de Direito tal como concebido em França, pois foi esse modelo que influenciou fortemente o Estado brasileiro.

¹⁹ Imperioso mencionar que John Locke, ilustre filósofo inglês, também elaborou uma teoria para contenção do poder. Todavia, ela não recebeu tanta consagração quanto à de Montesquieu, justamente por faltar-lhe a percepção de que o poder, a despeito de ser uma virtude, pode corromper o ser humano. Nesse sentido, vale a lição de Paulo Bonavides: "*o célebre livro de Locke, Tratado sobre o Governo Civil, ficou longe de alcançar os efeitos do Espírito das Leis em matéria de contenção do poder. Em Locke, o poder se limita pelo consentimento, pelo direito natural, pela virtude dos governantes, de maneira mais ou menos utópica. Em Montesquieu, sobretudo pela técnica de sua organização, de forma menos abstrata. O publicista inglês ainda não se capacitara daquele princípio sábio da experiência universal, referido por Montesquieu, segundo o qual todo poder tende a corromper-se e todos os que o possuem tendem a ser levados, mais cedo ou mais tarde, a abusar de seu emprego. Da doutrina de Locke emerge um otimismo que ele não dissimula, despreocupação que quase ignora a natureza profundamente negativa do poder*". (Do Estado liberal ao Estado social. 9ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. P. 47)

estabelecendo-se, assim, um sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*).

As atividades de fazer as leis, executar as resoluções públicas e de julgar as controvérsias deveriam ser distribuídas dentre esses Poderes, assim evitando-se que ocorressem abusos. Daí a clássica formulação de Montesquieu: aquele que faz as leis, não julga nem as executa; aquele que as executa, não julga e nem as faz; e aquele que julga, nem as faz e nem as executa.

Dessa forma, a separação de poderes se qualifica como uma das bases ideológicas do modelo de Estado de Direito.

Outro pensamento que permeia a noção de Estado de Direito é o de Rousseau que, em linhas gerais, defendia o princípio da igualdade de todos os homens e, como decorrência disso, a **soberania popular**.

Dizia o ilustre pensador que a titularidade do poder não encontra fundamento na religião e nem se apresenta como resultado de um mero fato, mas, sim, tem seu fundamento no **povo**, responsável pela decisão sobre a forma com que a sociedade deve ser regulada. Ninguém está obrigado a receber ordens de outrem: os homens são iguais e nascem livres, por isso devem tomar as rédeas do seu próprio destino e decidir o caminho a ser trilhado.

Obviamente, essa concepção ideológica recebia uma limitação natural, já que seria impossível, como ocorria em Atenas, reunir todos os habitantes para estabelecerem as normas que deveriam disciplinar a vida social.

A despeito de Rousseau entender que a soberania jamais poderia ser *representada* e que a manifestação de todos era o ideal, a verdade é que, para conferir a necessária funcionalidade a sua teoria, encontrou-se uma fórmula substitutiva, a chamada *representação*.

Por esse modelo, o povo, em eleições diretas, escolhe seus representantes para, em seu nome, exercerem o poder e realizarem as opções que entenderem mais adequadas para a coletividade. É a denominada *democracia representativa*, rechaçada por Rousseau, mas que recebeu ampla consagração na maioria dos países ocidentais.

O pensamento de Rousseau apóia-se fielmente na noção de **igualdade**²⁰ e, por conseguinte, da **supremacia da lei**, já que ela é o resultado da formulação da vontade do povo, único titular do poder, propondo-se a ser geral e abstrata justamente para evitar o tratamento desigual entre os cidadãos, perseguições ou favoritismos e para conferir o máximo de segurança jurídica à coletividade.

Vem a calhar a notável citação de Groethuysen trazida por Eduardo García de Enterría:

Lo que primero se exige – ésta es la primera reivindicación de la conciencia del Derecho – es que el hombre, no dependa del hombre, sino solamente de la Ley impersonal...Es en la soberanía constante de la Ley ejerciéndose sobre todos sin excepción en lo que primeramente parece que puede conciliarse el ideal de la unidad del Estado y las reivindicaciones que exigen que ningún hombre dependa de outro y que todos los hombres sean iguales em Derecho. La Ley em su estabilidad se opone a lo que la voluntad particular tiene de cambio, de aleatorio. De una parte lo arbitrário, el capricho, los saltos de humor del despotismo; de outra, la Ley estable y equitativa.²¹

A confluência dos pensamentos de Montesquieu e Rousseau resultou, então, nas fontes inspiradoras do Estado de Direito, com a limitação do poder estatal e a consagração da igualdade entre os homens.

²⁰ Vale citar a literalidade do pensamento desse autor: “*Terminarei este capítulo e este livro por uma observação que deve servir de base a todo o sistema social: é que o pacto fundamental, ao invés de destruir a igualdade natural, substitui, ao contrário, por uma igualdade moral e legítima a desigualdade física que a Natureza pode por entre os homens, fazendo com que estes, conquanto possam ser desiguais em força ou em talento, se tornem iguais por convenção e por direito*” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. Trad. Rolando Roque da Silva. São Paulo: Ridendo Castigat Moraes, 2001. P. 20.)

²¹ GROETHUYSEN. *Philosophie de la révolution française*. Paris, 1956. PP. 252-253. Apud ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*. 4ª edição, 1ª reimpressão. Madrid: Civitas, 2005. P. 21-22. Nota de rodapé nº. 02.

4. Estado de Direito

4.1 O Estado e o Direito

A expressão “Estado de Direito” sugere uma investigação a respeito da conexão entre os seus dois termos "Estado" e "Direito", tendo em vista as suas origens e sua concepção atual.

Na Alemanha, segundo as lições de Jacques Chevallier, o liame existente entre o Estado e o Direito foi concebido originalmente sob uma perspectiva *liberal*²², sendo Kant o seu precursor.²³ Consoante o entendimento do filósofo de Königsberg, o único e verdadeiro Direito, o chamado "direito natural", precede à experiência do Estado. A ordem jurídica seria, portanto, fundada *a priori*, encontrando-se o Estado submetido aos seus ditames.

Mais tarde, é no pensamento de Hegel que a doutrina alemã concebe a chave da relação entre Estado e Direito, afirmando que o direito não é imposto ao Estado por uma *força externa* (direito natural), mas algo que ele mesmo produz. Por outro lado, é o próprio Direito que irá estabelecer as limitações da atuação estatal. Como consequência disso, o Estado deve estar sujeito a um direito especial e, não, regulado por normas que disciplinam as relações entre particulares.

Nesse sentido é a lição de Carré de Malberg: “somente o Estado possui o poder de conferir às regras destinadas a reger a conduta e as relações humanas aquela força executória que caracteriza o direito”.²⁴

Em França, o Estado de Direito aparece, inicialmente, imbricado ao pensamento alemão de Hegel, mas, rapidamente, os autores franceses já

²² L'État de droit. 4ª Ed. Paris: Montchrestien, 2003. PP. 53-59.

²³ Apenas uma curiosidade: dizem que as donas de casa de Königsberg, na Prússia, acertavam seus relógios pela passagem de KANT pelas ruas da cidade, tal a sua pontualidade e regramento.

²⁴ *Contribution à la théorie général de l'État*. Paris: Sirey, 1920-1922. *Apud L'État de droit*. 4ª Ed. Paris: Montchrestien, 2003. P. 34.

promovem sua adaptação tendo em vista, principalmente, os ideais defendidos pela Revolução Francesa.

Para Duguit, o Estado é uma entidade abstrata que se encontra acima das pessoas físicas exercentes do poder, cabendo ao direito positivo apenas limitar o uso dessa força. O Estado existe porque o homem necessita viver em sociedade, ele se consubstancia num “fato social”, inerente a qualquer grupo social.²⁵

Já o pensamento de Hauriou é distinto: o Direito não se encontra alocado externamente ao Estado, fruto da existência do grupo social. O Direito é criado em nome do Estado e esse funciona como depositário de todo o poder (*puissance publique*). O poder só é legítimo porque exercitado pelo Estado, encontrando-se, todavia, limitado pelo Direito.²⁶

Kelsen, assim como Adolf Merkel, entende que entre o Estado e o Direito existe uma *identidade absoluta*, encarando-o de um ponto de vista estritamente positivista.²⁷

É a ordem jurídica que regula as condições de produção das normas jurídicas e confere existência ao Estado, não havendo qualquer entidade superior, que por detrás do Direito, determine a imposição de sua criação. Portanto, para Kelsen, o ordenamento jurídico deve ser hierarquizado, sendo que a validade de uma norma depende de sua conformidade com as normas superiores que lhe conferem arrimo.²⁸

Muitas críticas foram tecidas ao modelo kelseniano, inclusive por Jacques Chevallier, que, no entanto, aponta uma de suas qualidades:

²⁵*Traité de droit constitutionnel*. 2ª Ed. Paris: Acienne Librairie Fontemoing & Cie, 1924. V. 5. PP. 74-85.

²⁶*Précis de Droit Constitutionnel*. 2ª Ed. Paris: Sirey, 1929. P. 47.

²⁷Teoria pura do direito. 7ª. Ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006. PP. 316 e seguintes.

²⁸*Idem. Ibidem.*

De modo mais geral, a análise kelseniana do Estado de Direito reclama certo número de objeções de fundo. Sem dúvida ela tem o mérito de demonstrar que Direito e Estado não podem ser vistos independentemente um do outro, pois eles se pressupõem mutuamente.²⁹

Também Recasens-Siches promove severas críticas ao modelo da *identidade absoluta* preconizado por Kelsen:

[...] em termos gerais, o Estado não coincide exatamente com o sistema normativo do ordenamento jurídico vigente. Em primeiro lugar, repetirei que esta equivalência entre Estado e Direito se produz tão somente dentro do âmbito doméstico da esfera jurídica, é dizer, não se quer expressar que a existência do Estado se esgote na ordem de Direito vigente, não se quer sustentar que não haja um complexo de realidades estatais, senão que pura e simplesmente denota que, para o Direito, não há mais Estado que aquele que está determinado em suas normas. Em segundo lugar, note-se que esta equação entre Estado e sistema de Direito positivo se refere exclusivamente ao ordenamento jurídico vigente. Há que se dizer que a equiparação jurídica entre Estado e Direito não supõe de nenhuma maneira que, por cima da positividade, não haja requisitos valorativos e ideais políticos, para a crítica das normas existentes e para proceder sua reelaboração e reforma em um sentido mais justo.³⁰

Como se pode observar, inúmeras são as posições jurídicas adotadas a respeito da relação entre Estado e Direito. Todavia, o que parece correto é que, sob o ponto de vista *estritamente jurídico*, a atuação estatal estará sempre condicionada às normas jurídicas, não somente para que o *poder* (ou melhor, *poder-dever*, na expressão cunhada por Santi Romano³¹) conferido instrumentalmente ao Estado possa ser contido, mas, principalmente, porque as normas jurídicas configuram os modelos de conduta escolhidos por aqueles que titularizam o poder (povo) acerca de como deverá ser regida aquela sociedade.

Não se pode negar que, por detrás das normas jurídicas, encontram-se compreendidos determinados valores ou ideais políticos, todavia, o que importa aos olhos do jurista é que o Estado esteja efetivamente regulado pelo Direito

²⁹ L'État de droit. 4^a Ed. Paris: Montchrestien, 2003. PP. 46-52.

³⁰ Tratado general de filosofía del derecho. 19^a Ed. Ciudad de México: Porrúa, 2008. P. 349.

³¹ Frammenti di un dizionario giuridico. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1953.

positivo, que traça os contornos de sua atuação, a sua tipologia e, principalmente, as finalidades públicas que deverão ser atendidas por meio de sua atuação.

4.2 O Estado de Direito e a Constituição

Estabelecidas as principais relações entre o “Estado” e o “Direito”, entende-se que a fonte normativa que deve consolidar o modelo estatal escolhido é a Constituição, exatamente por ocupar o ápice do ordenamento jurídico do país, subordinando as leis e atos a seus preceitos fundadores.

Todavia, é de se mencionar de plano, a advertência feita por Canotilho:

[...] as relações entre a constituição e o Estado não são, ainda hoje, claras. Se alguns autores acentuam a constituição como a dimensão básica do ‘Estado Constitucional’, outros consideram o Estado como ‘dado’, como ‘pressuposto’, como ‘estrutura apriorística’, que precede a constituição.³²

A despeito dessa dificuldade, há verdadeiro consenso acerca do papel fundamental que a Constituição exerce no ordenamento jurídico, cabendo aqui citar as palavras do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, que bem consegue sumular o espinhoso tema:

Além disto, a Constituição não é um mero feixe de leis, igual a qualquer outro corpo de normas. A Constituição, sabidamente, é um corpo de normas qualificado pela posição altaneira, suprema, que ocupa no conjunto normativo. É a Lei das Leis. É a Lei Máxima, à qual todas as demais se subordinam e na qual se fundam. É a lei de mais alta hierarquia. É a lei fundante. É a fonte de todo o Direito. É a matriz última da validade de qualquer ato jurídico.³³

Justamente por essa importância e por assumir a função de condição de validade das demais normas e atos jurídicos, a Constituição deverá contemplar, em seu bojo, as características que definirão a estrutura do

³² Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª Ed., 5ª reimpressão. Coimbra: Almedina, (2003). P. 87.

³³ Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais. São Paulo: Malheiros, 2009. P. 12.

Estado, traçando seus limites de atuação e assegurando o respeito às garantias individuais ali prescritas.

A partir dos preceitos consagrados na Constituição será possível identificar o modelo adotado para determinado Estado: ele somente poderá ser havido como Estado de Direito se naquela estiverem inseridas as características que correspondem a esse tipo estatal.

Nos países que adotam a Constituição como fundamento de sua própria ordem jurídica, por mais complexa que seja a tarefa de caracterizar a conexão entre a Constituição e o Estado, em verdade ela se torna imprescindível para juridicizar o conjunto de elementos que definem o Estado como sendo Estado de Direito e que deverão ser obrigatoriamente obedecidos não só pela coletividade, mas principalmente pelo próprio Estado, cuja atuação somente poderá se desenvolver nos limites por ela fixados.

No Estado de Direito brasileiro, a Constituição Federal possui tanto sobrelevo que a maioria dos doutrinadores, como José Afonso da Silva, destaca que em nosso regime jurídico vige o “princípio da supremacia da constituição”, não só por encabeçar o cume da pirâmide normativa e traçar as competências estatais, mas também porque estabelece um rígido processo de alteração dos seus próprios preceitos e, mesmo assim, desde que não se cuide de matéria que seja considerada cláusula pétrea (*rigidez constitucional*).³⁴

Essas características são, talvez, as mais importantes do Estado de Direito brasileiro que, após muitos anos de ditadura militar, finalmente encontrou condições para escrever uma Constituição democrática por uma Assembléia Nacional Constituinte eleita especialmente para essa finalidade.³⁵

³⁴ Curso de direito constitucional positivo. 31ª Ed. rev. e atual. até a EC 56/07. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 45.

³⁵ Vale recordar que a última Constituição brasileira que foi elaborada por representantes do povo foi a Carta de 1946, e antes dela apenas a de 1934 e 1891.

4.3 O Estado de Direito no Brasil: aspectos jurídico-positivos e conceito

Numa primeira abordagem, cumpre verificar como a Constituição Federal de 1988 consagrou os principais elementos que caracterizam o Estado brasileiro como Estado de Direito, conforme os principais delineamentos feitos nestes estudos: a *limitação do poder estatal* e a *consagração da titularidade do poder pelo povo* (igualdade entre os homens e supremacia da lei).³⁶

No que se refere à *limitação do poder*, resta claro, por conta do disposto no artigo 2º da Constituição Federal, que o País adotou a *separação dos poderes*, engenhosamente concebida por Montesquieu.

Nessa linha, dividiu o poder estatal em três blocos orgânicos: o Poder Judiciário, encarnando a função jurisdicional; o Poder Legislativo, exercendo a função legislativa; e o Poder Executivo, explicitando a função administrativa, ou, como admitem alguns doutrinadores, a função executiva.³⁷

Todavia, consoante adverte Agustín Gordillo, o mais adequado seria falar em separação de funções estatais em vez de separação de poderes, uma vez que o poder é um só. São essas as palavras do eminente jurista argentino:

Surge así el germen de los conceptos de Legislación, Administración y Justicia, conceptos que todavía se mantienen en constante elaboración. Precisando el lenguaje se habla ya más de 'separación de funciones', antes que de separación de poderes ya que el poder es uno solo, pero se mantiene el principio de que ella tiene por finalidad coordinar el ejercicio del poder público y evitar que pueda ser fuente de despotismo o arbitrariedad.³⁸

³⁶ Conforme entendimento anteriormente firmado, não foi inserido como característica do Estado de Direito a existência da Constituição porque ela é um *pressuposto* do Estado de Direito. Todas as características ora aventadas deverão estar abarcadas na Constituição Federal, fonte normativa superior que irradia seus efeitos para todo o direito positivo, sem a qual não existiria o Estado de Direito. Este último é criatura da Constituição Federal, é a fonte de sua existência: não há Estado de Direito sem Constituição, por isso não seria correto estabelecê-la como uma característica para sua formação.

³⁷ Registre-se que o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello entende que no Brasil, existiria ainda uma quarta função estatal, a chamada "função política" ou "de governo", uma vez que há certos atos não se alocam "satisfatoriamente em nenhuma das clássicas três funções do Estado". (Curso de direito administrativo. 27ª Ed. rev. e atual. até a EC nº. 64/10. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 36).

³⁸ Tratado de derecho administrativo. 7ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey-Fundación de Derecho Administrativo, 2003. V.1. PP. IX-1-IX-2.

Com relação à *titularidade do poder*, que tem como consequência a *igualdade* e a *supremacia da lei*, o parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal é altissonante, afirmando que “*todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*”.

Outrossim, reforçando essa noção, a Constituição Federal, no *caput* do artigo 5º prescreve que “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*” e no inciso II desse mesmo dispositivo estabelece que “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”.

Contudo, a Constituição de 1988 traz em seu bojo outras características que completam o perfil do Estado de Direito brasileiro, merecendo especial destaque os *direitos e garantias individuais* e a *segurança jurídica*.

O exame do extenso rol de *direitos e garantias individuais* do artigo 5º da Carta Constitucional não deixa dúvida que consistem eles num dos pilares do Estado de Direito brasileiro, configurando cláusulas que não podem ser suprimidas, conforme o inciso IV do § 4º do seu artigo 60.³⁹

Essas garantias individuais têm aptidão para se transformarem em *direitos subjetivos públicos*, ou seja, direitos que os particulares detêm, verificadas certas condições, em face do Estado⁴⁰. Nesse particular, vale a lição do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] será evidentemente descabido contestar que os indivíduos têm direito subjetivo à defesa de seus interesses consagrados em normas expedidas para a instauração de interesses propriamente públicos, naqueles casos em que seu

³⁹ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

IV - os direitos e garantias individuais.

⁴⁰ Antigamente, os indivíduos encarnavam apenas direitos subjetivos em face dos particulares, jamais em face do Estado. Essa mudança de paradigma é extremamente importante para a evolução estatal e representa uma das principais conquistas do Estado de Direito.

descumprimento pelo Estado acarreta ônus ou gravames suportados individualmente por cada qual.⁴¹

A *segurança jurídica*, por sua vez, permeia todo o direito positivo brasileiro e seu conteúdo é de extrema importância para conferir imutabilidade às relações jurídicas.⁴²

Ao mencionar o princípio da segurança jurídica, consoante afirma Rafael Valim, se está “*levando em conta os dois núcleos conceituais por ele agasalhados, quais sejam: a certeza e a estabilidade*”.⁴³

No que se refere a *certeza*, é imperioso que os indivíduos de uma dada localidade conheçam antecipadamente as normas jurídicas que disciplinarão a sua conduta. Todavia, isso não basta: é necessário que o Direito seja *estável*, para assegurar aos indivíduos o respeito aos seus direitos subjetivos e, principalmente, a fim de que os particulares tenham a convicção de que o Estado promoverá suas atividades em perfeita consonância com os ditames da boa-fé.

Eis a síntese do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

Esta segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem: a segurança em si mesma, a a certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano. É a insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro; é ela, pois que enseja projetar e iniciar, conseqüentemente – e não aleatoriamente, ao mero sabor do acaso -, comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo. Dita previsibilidade é, portanto, o que condiciona a ação humana. Esta é a normalidade das coisas.⁴⁴

⁴¹ Curso de direito administrativo. 27ª Ed. rev. e atual. até a EC n°. 64/10. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 62.

⁴² Muitos autores entendem que o princípio da segurança jurídica configura um *sobredireito* ou um princípio geral inerente à construção do ordenamento jurídico. Realmente, pode-se dizer que esse princípio exerce tais funções; todavia, a acepção que se pretende examinar refere-se a sua efetiva aplicação como princípio juridicizado, integrante do ordenamento jurídico, cuja violação padecerá o ato de legalidade, devendo, então ser fulminado.

⁴³ O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2010.

P. 46.

⁴⁴ *Op. cit.* P 124.

É possível identificar, em nosso sistema positivo, uma série de normas jurídicas que reforçam a *segurança jurídica*. Mais especificamente, é possível identificá-la como presente e inspiradora do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, que protege as relações jurídicas por meio do *direito adquirido*, do *ato jurídico perfeito* e da *coisa julgada*. Outros institutos, tais como a *prescrição*, a *decadência*, a *preclusão* e a *irretroatividade da lei* também configuram expressões concretas da segurança jurídica.

Essas considerações, ainda que superficiais, dados os limites dos presentes estudos, demonstram, indubitavelmente, que afastar a aplicação da segurança jurídica significa negar o próprio Estado de Direito e aniquilar todas as conquistas que culminaram com a submissão do poder estatal às normas jurídicas.

Não é outra a conclusão do Ilustre Professor Rafael Valim, que cuidou com profundidade do tema:

Afigura-se-nos que só a partir dessa díade (certeza e estabilidade) se alcança a verdadeira dimensão do princípio da segurança jurídica no sistema constitucional brasileiro. Certeza sem estabilidade e estabilidade sem certeza resultam, igualmente, em insegurança, e por essa razão devem ser igualmente prezadas para fins de proteção do indivíduo contra o uso desatado do poder estatal.⁴⁵

Vistas as características que informam o Estado de Direito no Brasil, podemos, despretensiosamente, formular o conceito que se segue:

O Estado de Direito brasileiro é um modelo jurídico-estatal que confere ao *povo a titularidade do poder*, prescreve a igualdade entre os homens e a supremacia da lei como única forma de disciplinar a sociedade, estabelece a *separação das funções estatais* de maneira a contê-las reciprocamente, salvaguardando os *direitos e garantias dos indivíduos* e proporcionando-lhes *segurança jurídica* para a certeza e a estabilidade das relações em face do próprio Estado.

⁴⁵ O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 48.

Todavia, o Estado brasileiro vai além de um mero Estado de Direito para se caracterizar como um Estado Social de Direito, como será visto nas próximas linhas.

5. Estado Social de Direito

Conquanto representasse notável avanço, o dogma do Estado de Direito acabou ensejando a defesa da *liberdade individual* no campo econômico, político, religioso e intelectual de forma *exacerbada*, dando lugar a um verdadeiro culto ao *individualismo*.

Esse fenômeno ocorreu, dentre outros fatores, pela concepção *liberal* do Estado, formulada a partir de pensadores como John Locke (1632 - 1704) e Adam Smith (1723-1790), que passou a ser a filosofia política (com forte ideologia econômica, diga-se de passagem) vigente naquele momento histórico, com seus principais ingredientes: manutenção do livre mercado, com a livre concorrência; não intervenção do Estado na economia; ausência de distribuição de riquezas e queda dos monopólios, dentre outros.

Esse modelo liberal era calcado no *absenteísmo estatal*, deixando que as forças do mercado atuassem livremente, assegurando ampla liberdade para os indivíduos. O Estado se mantinha distante e se preocupava somente em garantir a ordem, a paz e a segurança da coletividade. Propugnava-se, então, pelo modelo de "*Estado Mínimo*", com reduzidíssimas funções e que não interferisse na vida econômica dos cidadãos.

Essa circunstância fez com que outro tipo de poder, em substituição ao antigo poder político absoluto, passasse a subjugar os indivíduos: o *poder econômico*. Agora, aqueles que detinham o *poder econômico*, em substituição ao antigo rei absolutista detentor exclusivo do *poder político*, passaram a explorar os homens, causando enormes desigualdades sociais e, conseqüentemente, inúmeros distúrbios no seio da coletividade.

Era imprescindível, então, uma reação, isto é, que de alguma forma, esse poder econômico fosse contido e que as imensas desigualdades sociais por ele provocadas fossem diminuídas: surge, então, o *Estado Social de Direito*, também chamado de Estado de Bem-Estar (*Welfare State*) ou Estado-Providência consagrando os *direitos sociais*.

Nas judiciosas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Até um certo ponto da História havia nítida e correta impressão de que os homens eram esmagados pelos detentores do Poder político. A partir de um certo instante começou-se a perceber que eram vergados, sacrificados ou espoliados não apenas pelos detentores do Poder político, mas também pelos que o manejavam: os detentores do Poder econômico. Incorporou-se, então, ao ideário do Estado de Direito o ideário social, surgindo o Estado Social de Direito, também conhecido como Estado de Bem-Estar (*Welfare State*) e Estado-Providência. O arrolamento de direitos sociais aparece pela primeira vez na histórica constitucional na Constituição Mexicana de 1917, vindo depois a encontrar-se estampado também na Constituição de Weimar, de 1919. O Estado Social de Direito representou, até a presente fase histórica, o modelo mais avançado de progresso, a exhibir a própria evolução espiritual da espécie humana.⁴⁶

Por influência desse novo modelo, o Estado, que já havia incorporado os fundamentos do Estado de Direito, passa a ter novas preocupações, consubstanciadas no dever de *promover prestações positivas aos indivíduos*, de forma a transformá-las em *direitos oponíveis ao Estado*.

A concretização dessas *ações estatais positivas* se dariam por meio de importantes e profundas intervenções no *campo econômico* e também no *campo social*, nesse último caso, com o aperfeiçoamento dos serviços públicos já prestados, a instituição de novos serviços públicos específicos para efetivação dos direitos sociais e a adoção de novas formas de intervenção estatal na ordem social.

Não há dúvida que a necessidade de conter as desigualdades sociais provocadas pelo fator econômico acabou levando o Estado a agir em novos setores da vida, promovendo de forma mais efetiva os direitos sociais e seu atendimento pelos serviços públicos. Neste passo, o Estado passa de um mero *espectador* da vida social para um diligente *ator*.

⁴⁶ Curso de direito administrativo. 27ª Ed. rev. e atual. até a EC nº. 64/10. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 50.

A respeito do tema, eis a percuciente análise procedida por Norberto Bobbio:

É supérfluo acrescentar que o reconhecimento dos direitos sociais suscita, além do problema da proliferação dos direitos do homem, problemas bem mais difíceis de resolver no que concerne àquela 'prática' de que falei no início: é que a proteção destes últimos requer uma intervenção ativa do Estado, que não é requerida pela proteção dos direitos de liberdade, produzindo aquela organização dos serviços públicos de onde nasceu até mesmo uma nova forma de Estado, o Estado social.

Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o superpoder do Estado [...], os direitos sociais exigem, para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal a sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado.⁴⁷

Pela ótica do Estado Social de Direito, os direitos sociais são concebidos como parte integrante dos direitos fundamentais. Mesmo para aqueles que não comungam dessa opinião, a diferença entre ambos torna-se tênue, como demonstra Jorge Reis Novais:

De outro lado, mesmo não adoptando essa concepção radical, a diferença entre os dois tipos de direitos também se esbate quando, já numa concepção de direitos fundamentais própria do Estado Social de Direito, se consideram as circunstâncias fáticas, as condições materiais que contextualizam o exercício dos direitos de liberdade, enquanto pressupostos indispensáveis ao seu exercício e, logo, também enquanto dimensão que invade o próprio conteúdo jurídico normativo principal dos direitos de liberdade.⁴⁸

Nesse sentido, Carolina Zancaner Zockun:

Os direitos sociais são, pois, direitos fundamentais de segunda geração e demandam uma interferência estatal para sua concretização. Assim, o Estado sai de uma posição inercial e passa a atuar positivamente visando a fornecer aos cidadãos condições dignas de existência, para que, reduzindo-se as desigualdades sociais, seja construída uma sociedade justa e solidária.⁴⁹

⁴⁷ Direitos do homem e sociedade. *In: A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2004. PP. 66-67.

⁴⁸ Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. P. 110.

⁴⁹ Da intervenção do estado no domínio social. São Paulo: Malheiros-IDAP, 2009. P. 38.

Evidentemente, todos os serviços públicos que se prestam a tornar efetivos os direitos sociais, ganham, então, importância transcendente. Com efeito, na medida em que os direitos sociais são alçados à condição de direitos fundamentais, cria-se paralelamente, para o Estado, o dever de concretizá-los, por meio da prestação dos serviços públicos de educação, de saúde, de previdência, de lazer, dentre outros.

Os demais serviços públicos preexistentes e que vieram a ser consolidados nas legislações precedentes, a despeito de não guardarem relação direta com a concretização dos direitos sociais, acabam recebendo, no Estado Social de Direito, exponencial influência, justamente por salvaguardarem um interesse coletivo e propiciarem aos cidadãos alguma comodidade a ser utilmente usufruída.

6. Do princípio da solidariedade ou solidarismo

A reação ao Estado liberal, não intervencionista, ensejador de grandes concentrações econômicas e de desigualdades gritantes, que culminou com a instituição do Estado Social de Direito, veio se insinuando a partir dos *ideais solidaristas*, que possibilitaram a construção do denominado *princípio da solidariedade* ou, simplesmente, *solidarismo*.

6.1 Breve intróito acerca dos princípios jurídicos

Necessária, neste passo, breve incursão na teoria dos princípios jurídicos.

A noção dos princípios jurídicos evoluiu sobremaneira nos últimos anos, de modo que ela ultrapassou aquela sua função meramente *residual* de preenchimento de lacunas da ordem jurídica para atingir o reconhecimento de sua *normatividade*.

A *normatividade* dos princípios jurídicos os eleva à categoria de normas jurídicas, tal como as regras jurídicas, conferindo-lhes especial sobrelevo no direito positivo.

Reconheceu-se, ainda, que os princípios jurídicos encerram em si mesmos um elevado *vetor axiológico*, que as regras jurídicas não possuem, dado que seu núcleo de valores acaba se irradiando por todo ordenamento jurídico, de forma a impor suas diretivas.⁵⁰

Justamente por possuírem essa *força expansiva* é que suas emanações são propagadas para todo o sistema positivo, diferentemente das regras, que

⁵⁰ Paulo de Barros Carvalho encarece que: “*toda vez que houver acordo, ou que um número expressivo de pessoas reconhecerem que a norma ‘N’ conduz um vetor axiológico forte, cumprindo papel de relevo para a compreensão de segmentos importantes do sistema de proposições prescritivas, estaremos diante de um ‘princípio’*. Quer isto significar, por outros torneios, que ‘princípio’ é uma regra portadora de núcleos significativos de grande magnitude influenciando visivelmente a orientação de cadeias normativas, às quais outorga caráter de unidade relativa, servindo de fator de agregação para outras regras do ordenamento”. (Direito tributário: linguagem e método. 2ª Ed. rev. São Paulo: Noeses, 2008. P. 261)

disciplinam situações específicas, com espectro mais limitado e mais restrito e que recebem, dos princípios, normalmente, a própria inspiração.

Não foi por outro motivo que o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, em clássica lição, sublinha a importância dos princípios ao ministrar que constitui o:

[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de requisito para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.”⁵¹

Por essas razões básicas, a violação a um princípio significa, em realidade, infringência à significativa área da própria ordem jurídica; os efeitos deletérios dessa transgressão são mais prejudiciais que os de uma regra jurídica, pois se estará, no fundo, contrariando não apenas um, mas uma série de preceitos, que naquele princípio se fundam.⁵²

Outro aspecto que deve ser analisado se refere à questão de se saber se há ou não hierarquia entre um princípio jurídico e uma regra jurídica e, em caso positivo, como deve ser resolvida a contradição para a aplicação do direito ao caso concreto.

Justamente pelo acentuado *caráter valorativo que possuem os princípios*, do qual decorre sua propagação em todo o ordenamento jurídico (*força expansiva*), eles devem prevalecer em face das meras *regras*. Nesse

⁵¹ Curso de direito administrativo. 27ª Ed. rev. e atual. até a EC nº. 64/10. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 958.

⁵² Consoante a notória lição do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello: “*Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão dos seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.*” (Op. cit. P. 959).

sentido, parece, realmente, intuitivo concluir que os princípios configuram norma jurídica de hierarquia superior à das regras.

Outra solução se impõe, porém, quando os princípios se contrapõem mutuamente.

Nesse caso, Ronald Dworkin explica que a colisão entre princípios se resolve por meio da sucumbência de um em favor do outro, sem que isso importe a invalidação do princípio cedente.⁵³

Ainda segundo esse autor, tal ocorre porque os princípios “possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de *peso* ou *importância*”⁵⁴, devendo prevalecer, diante de um caso concreto de colisão, o princípio de maior peso (ou seja, com maior carga valorativa), sem que isso *invalide* o princípio descartado.

Também não se podem olvidar as importantes *funções* que os princípios desempenham no ordenamento jurídico, quais sejam, a função integrativa, interpretativa, limitativa e sistematizadora.⁵⁵

⁵³ Levando os direitos a sério. 2ª Ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007. P. 42. O mesmo autor escreve que em caso de conflito entre regras este será sempre resolvido pela invalidação de uma delas.

⁵⁴ *Op. cit.* P. 42.

⁵⁵ Para que não fique sem nota, vale uma rápida manifestação acerca das funções que os princípios exercem. Em relação à **função limitativa**, preleciona Riccardo Guastini que “*a formulação de um princípio por parte de uma autoridade normativa cumpre em geral a função de circunscrever, sob o perfil substancial ou material, a competência normativa de uma fonte subordinada, no sentido de que a fonte subordinada, conforme o caso, não pode conter normas incompatíveis com aquele princípio; ou deve limitar-se a desenvolver as implicações daquele princípio, sob pena de ambos os casos, de invalidade por vício substancial ou material*”. Pela **função interpretativa** deve-se entender que os princípios configuram verdadeiros indicadores de como se deverá interpretar aquela determinado texto normativo. Já pela **função integrativa**, os princípios recebem a incumbência de preencher as lacunas normativas, tal como preconiza o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Por fim, justamente por exercerem uma **função sistematizadora**, os princípios devem irradiar seu conteúdo sobre as demais normas, de forma a promover um sistema único e coerente. (Das fontes às normas. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. P. 199 e seguintes)

6.2 O fundamento ideológico da solidariedade ou solidarismo, sua juridicidade e conteúdo

A substituição do poder despótico pelo poder econômico, ocorrida em razão do exacerbado individualismo apregoado pelo liberalismo estatal, provocou enormes desigualdades sociais, que se agravaram substancial e progressivamente, levando inúmeros pensadores a iniciar uma investida contra tais ideais, de forma a estabelecer uma doutrina que conferisse ao indivíduo melhores condições de vida na sociedade.

Era necessário encontrar alternativas ao modelo liberal para que se tornasse juridicamente possível conter a exploração ilimitada do cidadão e promover novas formas de se pensar a sociedade, o Estado e até mesmo o Direito.

Consoante nos elucidava José Fernandes de Castro Farias, naquele momento histórico:

[...] o liberalismo econômico passava a agir contra ele mesmo a partir do momento em que servia à concentração dos grandes monopólios, negando os próprios mecanismos de livre concorrência. A concentração dos bens nas mãos de uma classe privilegiada contradizia a retórica do interesse geral, do progresso e da felicidade. O liberalismo não pode mais salvar as aparências e a ideologia liberal era desmascarada como ilusão.⁵⁶

Esse cenário deu ensejo ao surgimento da denominada “*doutrina solidarista*”, a qual não aparece de forma instantânea, como um produto pronto e acabado. Os primeiros pensadores dessa ideologia, Charles Renouvier, Charles Scrétan, Alfred Fouillé, Marion e Charles Gide, apesar de lançarem algumas luzes preliminares sobre o tema, iniciando o processo de aluminação das trevas do individualismo, não conseguiram estabelecer uma sistematização logicamente precisa.⁵⁷

⁵⁶ A origem do direito de solidariedade. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. P. 196.

⁵⁷ Registre-se que a ideia de solidariedade é antiga. Tanto os filósofos gregos, como mais tarde os romanos já se preocupavam com tais noções, diante da sempre existente tensão entre indivíduo e sociedade. Todavia, foi justamente pelo trabalho dos autores ora destacados que se iniciou o pensamento

Aprofundando-se ainda mais na temática, merece menção o excepcional trabalho do sociólogo Émile Durkheim⁵⁸, que em sua obra “*De la Division du Travail Social*”, estabeleceu as bases da chamada “*consciência coletiva*”, buscando construir um sistema social onde o indivíduo pudesse se aprimorar ao mesmo tempo em que as relações sociais pudessem ser desenvolvidas, de forma a conciliar, gradual e ponderadamente, a relação existente entre o indivíduo e a sociedade.

A efetiva sistematização da doutrina solidarista, porém, foi formulada por Léon Bourgeois, em 1898, em sua obra intitulada *La Solidarité*. Segundo esse excepcional doutrinador, a sociedade

[...] não é um ser isolado, tendo fora dos indivíduos que a compõem uma existência real e podendo ser o sujeito de direitos particulares e superiores ao direito dos homens. Não é, então, entre o homem e o Estado ou a sociedade que se põe o problema do direito e do dever; é entre os homens eles mesmos, mas entre os homens concebidos como associados a uma obra comum e obrigados uns com os outros pelos elementos de um objetivo comum.⁵⁹

Consoante o pensamento do ilustre autor francês, pelo fato do homem ser um herdeiro natural das conquistas da civilização, pesa sobre ele uma “*dívida social*”. Todavia, essa dívida não é igual para todos os homens, pois nem todos retiram da sociedade humana vantagens idênticas, devendo, portanto serem disponibilizados elementos para que essas desigualdades possam ser niveladas.

Ainda segundo o ilustre pensador, o solidarismo é essencialmente fundado no *princípio da obrigação moral*: “*o homem vivendo em sociedade, e não podendo viver sem ela, a todo instante é um devedor em relação à ela. Ali está a base de seus deveres, a carga de sua liberdade*”. Com efeito, “*o homem nasce devedor da associação humana*”, ele não pode se considerar como

moderno acerca da temática, com as características específicas que se encontram vigentes até os dias hodiernos.

⁵⁸ De la division du travail social. Paris: Quadris-Presses Universitaires de France, 1986. P. 46.

⁵⁹ La Solidarité. 7ª Ed. Paris: Armand Colin, 1911. P. 90.

gozando de sua legítima liberdade senão o quanto lhe é permitido pela igualdade e a justiça em face dos outros membros, por um efeito solidário.⁶⁰

Na doutrina solidarista, o individualismo e a liberdade individual não são proscritos, mas são sujeitos ao *pagamento* de uma dívida em favor da igualdade, isto é, para o livre desenvolvimento da personalidade de todos os membros da coletividade.

Conforme anota Jacques Chevallier, a partir de então o Estado se apresenta menos sob a forma de manifestação de autoridade e mais como propiciador de utilidades públicas, porque seu objetivo é o de satisfazer, o melhor possível, as necessidades do público: esse é o novo paradigma para o qual o Estado deve atentar – promover a justiça social para equilibrar as condições sociais, rasgando-se esse processo de exacerbação do individualismo.⁶¹

Essa profusão de idéias, aliada a um movimento social de grandes dimensões, ensejou a necessidade de adaptação dos instrumentos jurídicos vigentes para que se pudesse conferir *efetividade* e *aplicação prática* a tais noções: o *solidarismo ideológico* precisaria se tornar *solidarismo jurídico* para que pudesse ultrapassar o plano meramente intelectual.

Surge, então, de forma paulatina, a imprescindível juridicização dessa ideologia, transformando o Estado de Direito vigente e fazendo nascer o Estado Social de Direito.

⁶⁰ Consoante Olivier Amiel “A proposição jurídica de Léon Bourgeois reside na idéia de um quase contrato. Esse termo provém do direito privado e define as ligações que se formam sem convenção. Léon Bourgeois relativiza o consentimento dos indivíduos que encontramos no Contrato Social de Jean-Jacques Rousseau, porque quem pode crer que os homens informados pudessem consentir num acordo injusto, fundado sobre as desigualdades? Ele reconhece a utilidade da associação humana, mas considera que é insuficiente para justificar o pacto social: ‘é por uma razão moral e mais rigorosamente ainda por uma razão de direito, que é necessário que seja assim’. Associados, os homens serão mais fortes e protegidos individualmente, e isso é um fato”. (*Le Solidarism, une doctrine juridique et politique française de Leon Bourgeois à la Ve République*. P. 7. Disponível em: http://www.cairn.info/resume.php?ID_ARTICLE=PARL_011_0149. Acesso em: 15/07/2010)

⁶¹ Le service public. 7ª Ed. Paris: Puf, 2008. P. 10.

Nas palavras de Jacques Chevallier:

[...] esse Estado intervencionista e garantidor da solidariedade social marca o Estado Liberal clássico profundamente: abandonando sua posição de exterioridade e de superioridade, o Estado não hesita mais em se lançar na arena e a intervir ativamente no jogo social; sua intervenção é percebida tanto como um fator de desenvolvimento quanto um meio de preservar a paz civil.⁶²

Em pouco tempo, as Constituições foram, de algum modo, adaptadas para recepcionar os direitos sociais, iluminando um novo caminho para o cidadão e fazendo nascer o verdadeiro Estado Social de Direito.⁶³

Nesse sentido, recebe especialíssimo sobrelevo o *princípio jurídico da solidariedade ou solidarismo*, que representa justamente a tradução, para o mundo do Direito, de todos aqueles ideais preconizados pelos solidaristas (*conter o poder econômico e promover, com ações positivas, a justiça social, de forma a equilibrar as distorções existentes e melhorar as condições de vida da população*), de forma a conferir-lhes efetiva concreção jurídica.

E justamente por se tratar de um princípio jurídico, ele irá clarificar extensa porção do ordenamento jurídico, com vistas a impedir que outros princípios ou regras jurídicas que não estejam em consonância com suas diretivas sejam aplicados ao caso concreto.

⁶² Le service public. 7ª Ed. Paris: Puf, 2008. P. 10.

⁶³ Essa transformação passa a integrar o Direito positivo de inúmeros países. A Constituição do México de 1917, elaborada em Querétaro, absorveu uma série de direitos sociais, especialmente aqueles de proteção ao trabalhador. Registre-se que ela não foi produto do mero acaso, a Assembléia Constituinte estava bem consciente da importância de sua obra, tanto que um dos seus membros assim se pronunciou: “assim como a França, depois de sua revolução, teve a alta honra de consagrar na primeira de suas cartas magnas os imortais direitos do homem, assim a Revolução Mexicana terá o orgulho legítimo de mostrar ao mundo que é a primeira em consignar em uma Constituição os sagrados direitos dos trabalhadores”. A Constituição de Weimar (*Alemanha*) de 1919 concebe uma série de direitos sociais (educação, moradia dentre outros) que antes não se encontravam salvaguardados pelas constituições de caráter liberal. Pode-se citar também a Constituição soviética de 1918, que incorporava uma série de direitos veiculados na “Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado” e a Constituição italiana de 1947, que abarca uma ampla relação de direitos sociais, especialmente no que se refere aos direitos do trabalhador.

Ora, como não poderia deixar de ser, essas transformações acabaram afetando o **serviço público existente** e determinando a instituição de outros, precisamente para dar vida e concretude aos direitos sociais.

Com os serviços públicos de natureza social, o Estado deixa de ser mero expectador: passa a intervir diretamente na vida da coletividade, adequando-se para promover ações no sentido de garantir os direitos sociais e também de reduzir as desigualdades sociais.

6.3 Dos aspectos jurídico-positivos do princípio do solidarismo em face da Constituição Federal de 1988

O exame, ainda que breve da Constituição Federal brasileira, revela que o princípio do solidarismo, juntamente com outras normas de proteção à justiça social, foi por ela consagrado.

Nesse sentido, vale atentar para o disposto no inciso I do artigo 3º da Constituição Federal que nos revela ser objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, dentre outros, a construção de uma *sociedade solidária*⁶⁴:

Ora, se o texto constitucional impõe como fundamento do Estado Brasileiro e, pois, como seu objetivo precípua, a formação de uma sociedade solidária (e não *individualista*, como poderia estar descrito) é porque, efetivamente, almejou que se conferisse concreção ao *princípio do solidarismo*.

De conseqüência, o texto constitucional consagrou no seu art. 6º os denominados “direitos sociais” (“a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”) sendo que, como frisa Carolina Zancaner Zockun:

⁶⁴ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

Os instrumentos indispensáveis para a realização dos direitos sociais, como visto, são os serviços públicos, que podem conjugar os elementos necessários para dar consistência à prescrição constitucional garantidora desses direitos.⁶⁵

No momento em que se pretende conceber uma *sociedade solidária*, na verdade se propõe que o próprio Estado promova uma série de *ações solidárias*, mediante comportamentos positivos, que de alguma maneira atendam aos referidos direitos sociais.

Além dos precitados dispositivos constitucionais, que consolidam, de forma *expressa*, o *princípio do solidarismo*, vale registrar que a Constituição Federal revela alguns mandamentos que ratificam as diretivas preconizadas por esse princípio.

É o caso, por exemplo, do disposto no inciso IV do artigo 3º, que estabelece como objetivo do Estado a promoção do bem de todos, sem distinção, ou mesmo do inciso III do artigo 1º, que estabelece como fundamento da República a “dignidade da pessoa humana”.

O presente quadro normativo demonstra, portanto, a incontestável inclusão do *princípio do solidarismo* no sistema jurídico vigente, de forma a enfatizar a sua conexão em relação exclusivamente aos *serviços públicos de caráter social*, de forma a satisfazer adequadamente as necessidades da coletividade e alcançar a redução de desigualdades sociais, a dignidade da pessoa humana e principalmente a promoção do bem de todos os particulares.

⁶⁵ Da intervenção do estado no domínio social. São Paulo: Malheiros-IDAP, 2009. P. 184.

PARTE 2. O SERVIÇO PÚBLICO E SEU REGIME JURÍDICO

1. Considerações iniciais

Para que se possa tracejar, com as linhas mais precisas possíveis os principais aspectos do regime jurídico dos serviços públicos no direito brasileiro, faz-se necessária, mesmo que brevemente, uma pequena incursão acerca da origem do instituto, bem como de alguns elementos de sua evolução, de forma a se compreender sua adequação ao sistema pátrio.

Para cumprir esse desiderato, o direito francês será o ponto de partida, uma vez que a concepção moderna do instituto teve aquela nação como sua terra natal, sendo necessário voltar os olhos ao pensamento de alguns juristas, principalmente daqueles que formaram a chamada Escola do Serviço Público, e também às decisões do Conselho de Estado, que conferiram os primeiros contornos ao instituto.⁶⁶

Em seguida, para que não fiquem sem notícia, serão suscitados os pensamentos de alguns doutrinadores mais modernos acerca do instituto, para efeito de verificar suas características hodiernas e para que se possa compreender, no bojo da Comunidade Européia, as necessárias transformações perpassadas.

Na evolução dessas idéias, adentraremos o direito pátrio, para verificarmos as características do instituto abarcadas pela legislação nacional, bem como dos principais aspectos que congregam o regime jurídico dos serviços públicos no atual direito brasileiro.

⁶⁶ Para ressaltar a importância da França na construção do instituto do serviço público Jacques Chevallier sublinha que “a noção francesa de serviço público comporta implicações bastante específicas. O serviço público foi erigido em França à altura de um verdadeiro mito, o que significa dizer uma dessas imagens fundadoras, polarizando as crenças e condensando o efeito sobre os quais se apóia a identidade coletiva”. (Le service public. 7ª Ed. Paris: Puf, 2008. P. 05).

2. Serviço público à *la française*

2.1 A Escola do Serviço Público

Não houve país que tenha conferido à noção de serviço público maior importância do que a França. O instituto, em dado tempo histórico, foi erigido como a regra matriz, a noção-chave de todo o Direito Administrativo, chegando-se a afirmar que o “serviço público é o fundamento e o limite do poder governamental”⁶⁷.

Toda essa importância conferida ao instituto teve, como grande propulsor e idealizador, o ilustre Professor Léon Duguit. Esse percuciente jurista francês, entusiasta absoluto dos valores sociais, nasceu em 04 de fevereiro de 1859, em Libourne. No início de sua carreira foi lotado na Faculdade de Direito de Caen e posteriormente, em 01 de novembro de 1886, seguiu para a cidade de Bordeaux, onde, além de ministrar aulas de Direito Constitucional, tornou-se o Ilustre Diretor da Faculdade de Direito de Bordeaux (de 1919 a 1928).

Foi justamente na Faculdade de Direito de Bordeaux que Duguit fez história e inaugurou, em conjunto com outros eminentes juristas, tais como Gaston Jèze e Roger Bonnard, a chamada Escola do Serviço Público ou Escola de Bordeaux.

Muito mais do que alocar o serviço público como idéia chave do Direito Administrativo, concebeu-se por conta daquela Escola uma nova teoria do Estado, que rechaçava o entendimento vigente e estabelecia novos elementos informadores. Vejamos rapidamente o pensamento de Duguit e Jèze acerca do Estado e da noção de serviço público.

⁶⁷ DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. 2ª Ed. Paris: Acienne Librairie Fontemoing & Cie, 1923. V. 2. P. 56.

2.1.1 O pensamento de León Duguit

Os relatos deixados na Faculdade de Direito de Bordeaux apontam que Duguit era um professor militante, com elevada desenvoltura argumentativa, norteando suas ações sempre com uma ativa participação social.

A convivência franca e contínua com os sociólogos Augusto Comte e Émile Durkheim, indubitavelmente, influenciou o seu pensamento, principalmente no tocante à necessidade de substituição do individualismo exacerbado para uma participação solidária, de forma a promover a redução das desigualdades sociais.

Essa influência se mostrou tão vigorosa que, em muitas construções doutrinárias do ilustre mestre de Bordeaux, a sociologia aparece de maneira muito forte, que chega mesmo a dominar a sua inteligência jurídica. Tal circunstância, inclusive, foi objeto de inúmeras críticas daqueles que não se coadunavam com seu pensamento.

2.1.1.1 A concepção teórica do Estado e do serviço público na visão de Duguit

A concepção de Duguit acerca do Estado e sua interdependência com o Direito é inovadora em relação ao pensamento então vigente, que possuía arrimo nas lições de Jellinek⁶⁸ e Jhering⁶⁹, a chamada Escola de Direito Público Alemã.

Esses autores preconizavam que o Estado seria o criador do Direito e que a autoridade pública somente poderia ser exercida a partir das normas

⁶⁸ O ilustre Jellinek nasceu em Leipzig, Áustria, em 1851 e faleceu em Heidelberg no ano de 1911. Estudou na Universidade de Viena e na Universidade de Heidelberg. Dentre suas obras mais renomadas, encontra-se a “Teoria General Del Estado” (Allgemeine Staatslehre), de 1905, leitura de caráter relevantíssimo para aqueles que se dedicam ao Estudo do Direito Público.

⁶⁹ O alemão Rudolf Von Jhering nasceu em 1818 na cidade de Aurich, Hanôver, doutorou-se em direito pela Universidade de Berlim e foi professor universitário em Berlim, Basiléia, Kiel e Giessen, sendo as suas principais obras “A Finalidade do Direito” (“Der Zweck im Recht”), “A Luta pelo Direito (“Der Kampf ums Recht”) e “Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung” (1852-1865), dentre outras.

jurídicas por ele expedidas, havendo um *direito subjetivo* dos particulares que poderia ser contrastado em face de suas emanações.

Nesse sentido, a doutrina alemã concebia o Estado como um sujeito jurídico autônomo, distinto dos governantes e da nação. Vale ilustrar essa concepção com uma citação de Jellineck acerca da temática:

[...] si se atribuye al Estado como a la corporación jurídica el carácter de personalidad, no se hace uso de una hipóstasis o ficción, pues personalidad no es otra cosa que sujeto de derecho, y significa, como hemos dicho, relación de una individualidad particular o colectiva con el orden jurídico. Gran parte de los errores de la doctrina de la persona jurídica descansan en la identificación ingenua de la persona con el hombre, no obstante bastar a todo jurista una ojeada rápida a la historia de la servidumbre para darse cuenta fácilmente de que ambos conceptos no coinciden.⁷⁰

Não se reconhecia autoridade superior ao Estado e, dessa forma, o poder estatal se encontrava imbricado às normas jurídicas por ele positivadas, inexistindo qualquer força interna que pudesse superar a sua vontade. Nesse sentido, o Estado era concebido como a única fonte do direito.

A concepção estatal de Léon Duguit retratou um fenômeno absolutamente diferente, alocando o Direito não como produto do Estado, mas como uma realidade concebida internamente na sociedade, apresentando-se como um verdadeiro dado **objetivo**, inerente à vontade dos governantes e que se impõe ao Estado tal como obriga os indivíduos.⁷¹

Segundo o iluminado jurista de *Bordeaux*:

[...] je suis convaincu que le droit n'est pas une création de l'État, qu'il existe en dehors de l'État, que la notion de droit est

⁷⁰ Teoría general del estado. Trad. e prólogo de Fernando de los Ríos. México: FCE, 2000. P. 196.

⁷¹ Consoante magistral ponderação do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello acerca do pensamento de Duguit, “os governantes, isto é, os detentores do monopólio da força, de acordo com sua concepção, estão submetidos a ‘regra de direito’, não por motivo de alguma qualidade transcendente que possua, nem por autolimitação, mas porque ela se impõe irrefragavelmente como o resultado concreto e inafastável produzido pelo equilíbrio social. É uma derivada das condições sociais. Neste sentido, sua violação implicaria na derrocada dos governantes” (Natureza e regime jurídico das autarquias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. P. 142).

tout à fait indépendante de la notion d'État et que la règle de droit s'impose à l'État comme elle s'impose aux individus.⁷²

O Direito é formulado a partir das inúmeras relações sociais travadas no seio da coletividade, de forma objetiva, e acaba se impondo, naturalmente, como regra formal à sociedade, não havendo que se obter a aquiescência dos governantes, que já se encontram envolvidos por sua flagrante realidade.⁷³

A origem do Direito, portanto, repousaria na vida social, apresentando-se como norma jurídica que se impõe de forma indistinta ao Estado, aos governantes e aos particulares.

É justamente desse pensamento que advém toda a percuciente obra deixada por Duguit, demonstrando de maneira cabal e consciente, a sua efetiva preocupação com o *solidarismo*. Ora, ao se erigir como regra jurídica aquelas emanações vindas diretamente do meio social cria-se um liame imediato entre as necessidades sociais e as regras que irão disciplinar uma dada sociedade. Não há meio mais direto de se estabelecer a relação entre as prioridades sociais e a imediata transformação dessas em regra jurídica, a ser imposta tanto aos governantes como ao próprio meio social que as criou.

É justamente nesse contexto que se identifica a forte influência que os renomados sociólogos que conviveram ao lado de Duguit exerceram sobre seu pensamento, transformando, de imediato, aquelas carências sociais em regras jurídicas, como *situações objetivas* coletadas diretamente no meio social.

Nesse sentido, vale a transcrição do ilustre Mestre de *Bordeaux*:

Les hommes sont unit em société et restant units, particulièrement aujourd'hui, ils son unis ete restent unis en société nationale, parce qu'ils ont des besoins communs et

⁷² Traité de droit constitutionnel. 2^a Ed. Paris: Acienne Librairie Fontemoing & Cie, 1921. V. I. P. 33.

⁷³ Consoante observa Jean-Paul Valette: "Duguit s'oppose aux théoriciens allemands du XIX^e siècle que défendant une conception subjective de la puissance étatique. Por eux, l'État ne se confond pas avec la nation. Il est une personne juridique titulaire unique de la souveraineté et de la puissance publique, distincte du Prince, des individus ou de la nation. Au couros de l'histoire, il a récupéré graduellement la puissance du Prince et détient désormais un pouvoir de domination. (Droit des services publics. Paris: Ellipses, 2006. P. 41).

parce qu'ils ont aussi des besoins différents en même temps que des aptitudes différentes. Les homes ont des besoins communs qui ne peuvent recevoir leur satisfaction que par la vie en commun. Les homes se prêtent un mutuel secours par la réalisation de leurs biens communs par la mise en commun de leurs aptitudes semblables. (...)

D'autre part, les homes ont des aptitudes différentes et des besoins divers. Ils assurent la satisfaction de ces besoins par un échange de services, chacun apportant ses aptitudes propres pour donner satisfaction aux besoins des autres, en retour de quoi il reçoit d'eux un apport de services. Il se produit ainsi dans les sociétés humaines une vaste division du travail, qui constitue par excellence la cohésion sociale.⁷⁴

Assim, o autor acaba substituindo a ideia de soberania estatal (única fonte normativa até então concebida capaz de impor comportamentos ao próprio Estado e aos cidadãos) pela noção de *serviço público*, por configurar o meio mais adequado de satisfazer as necessidades sociais e, com isso, promover-se a redução das desigualdades existente em seu seio.

Tal concepção altera o eixo metodológico de todo o direito público e representa uma guinada radical no âmbito da Teoria do Estado e especificamente no direito administrativo.

Ressalte-se, nesse particular, a efetiva influência que o pensamento de Duguit inculpiu na maioria das constituições modernas que, como no Brasil, inserem o serviço público dentro do contexto do Estado Social de Direito, como meio efetivo e importantíssimo de atuação estatal.

Por meio do pensamento de Duguit o serviço público, então, é erigido como a atividade central da atuação estatal, e com isso, o direito administrativo passa a ser **o direito dos serviços públicos**.

Após toda essa digressão, sem a qual não seria possível compreender com nitidez o pensamento de Duguit, vale apresentar o conceito de serviço público formulado por ele:

⁷⁴ Traité de droit constitutionnel. 2^e Ed. Paris: Acienne Librairie Fontemoing & Cie, 1921. V. 1. PP. 22-23.

C'est toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernantes, parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale, et qu'elle est de telle nature qu'elle ne peut être réalisée complètement que par l'intervention de la force gouvernante.⁷⁵

E arremata:

En même temps, les pouvoirs des gouvernants sont limités à cette activité de service public, et tout acte des gouvernants est sans valeur quand il poursuit un but autre qu'un but de service public. Le service public est le fondement et la limite du pouvoir gouvernemental. Et par là ma théorie de l'État se trouve achevée.⁷⁶

Verifica-se, então, que o serviço público, para o fundador da Escola do Serviço Público, configuraria o fundamento e o limite de atuação estatal, não havendo a possibilidade do Estado se imiscuir em assuntos que não o tivessem como referência, encontrando-se todo o direito administrativo adstrito a sua formulação, oferecendo a cada partícipe da sociedade aquilo que necessita.

2.1.2 O pensamento de Gaston Jèze

Gaston Jèze, que foi reitor da Faculdade de Direito de Bordeaux, entendia, tal como Duguit, que o serviço público compreendia a noção fundamental do direito administrativo. Todavia, seu pensamento se diferenciava em relação ao daquele autor por enveredar por uma concepção mais jurídica do que sociológica do instituto. Tanto é assim que, em sua magnífica obra "*Les Principes Généraux du Droit Administratif*", afirma, categoricamente, que "estudo aqui a questão somente do ponto de vista jurídico".⁷⁷

⁷⁵ Traité de droit constitutionnel. 2^a Ed. Paris: Acienne Librairie Fontemoing & Cie, 1923. V. 2. P. 55. Em tradução realizada pelo Ilustre Professor Celso Antônio Bandeira de Mello: serviço público "é toda atividade cujo cumprimento é assegurado, regulado e controlado pelos governantes por ser indispensável à realização da interdependência social e de tal natureza que não pode ser assumido senão pela intervenção da força governante" (Natureza e regime jurídico das autarquias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. P. 141.)

⁷⁶ *Op. cit.* P. 56.

⁷⁷ Principios generales del derecho administrativo. Trad. da 3^a Edição Francesa por Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Editorial De Palma, (1948). V. 1. P. 18.

Realmente, admitindo como premissa de seu pensamento que a administração tem como “principal missão a de fazer funcionar os serviços públicos”, era necessário que para atendimento dessa finalidade, utilizasse-se outro tipo de regras jurídicas conformadas num regime especial. Nesse particular, observa que “é preciso assegurar que o interesse geral prevalecerá sobre os interesses particulares: o governo e a administração representam o interesse geral”.⁷⁸

Estabeleceu-se, assim, um liame entre o serviço público e as regras de direito público, especialmente concebidas para favorecer o interesse geral em relação ao interesse particular e possibilitar, destarte, a consecução e desenvolvimento das atividades estatais de oferecimento de serviços públicos.

Nesse contexto, arquitetou a sua noção de serviço público:

Dizer que em determinada hipótese existe serviço público, equivale a afirmar que os agentes públicos, para dar satisfação regular e contínua a certa categoria de necessidades de interesse geral, podem aplicar os procedimentos de direito público, isto é, um regime jurídico especial, e que as leis e regulamentos podem modificar a qualquer momento a organização do serviço público, sem que a isto se possa opor nenhum obstáculo insuperável de ordem jurídica.⁷⁹

Outra afirmação importante de Jèze, e que deve ser analisada com resguardo e parcimônia, refere-se à possibilidade de o Estado promover a prestação de serviços públicos sob o *regime de direito privado*. O sobrecitado autor, a despeito de admitir essa hipótese, a realiza de forma a qualificá-la como algo excepcional, objeto de situações isoladas.

A despeito dessa especial interpretação, que reduz ao máximo a possibilidade da incidência do regime privado na prestação dos serviços públicos, uma decorrência importante pode ser retirada: o regime jurídico aplicável pode servir de requisito de definição da jurisdição no caso de litígio.

⁷⁸ Principios generales del derecho administrativo. Trad. da 3ª Edição Francesa por Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Editorial De Palma, (1948). V. 1. P. 19.

⁷⁹ Principios generales del derecho administrativo. Trad. da 3ª Edição Francesa por Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Editorial De Palma, (1948). V. 2. P. 4.

Nessa linha argumentativa, pontifica o ilustre jurista francês que, em dadas situações isoladas e excepcionais, em que o regime de direito privado é incidente, o tribunal competente para solucionar os conflitos decorrentes são os tribunais judiciais, encontrando-se os tribunais administrativos encarregados de conhecer os litígios regidos apenas pelas normas do direito público, independentemente da pessoa do litigante.

Em que pese à logi-juridicidade do pensamento de Jèze, é claro que tais apontamentos geraram certa perplexidade dentre os próprios autores que formavam a Escola do Serviço Público, que tinham opiniões diferentes acerca da matéria, especialmente no que tange ao regime jurídico aplicável.

A despeito disso, todos eram uníssonos ao erigirem o serviço público **como a pedra angular da atuação estatal**, especialmente para que se pudesse propiciar uma melhor distribuição social, concedendo ao particular uma efetiva e positiva prestação estatal.

2.2 A jurisprudência francesa

Além das referências às fecundas construções doutrinárias acerca do serviço público pelos doutrinadores franceses, para que se possa bem compreender a origem do instituto não há como deixar de analisar, mesmo que rapidamente, a jurisprudência do Conselho de Estado, que, de forma precursora, estabeleceu os primeiros contornos dessa noção.

Impende notar que, naquela época em França, uma das principais controvérsias existentes se referia ao exato pressuposto que seria utilizado para definir o Tribunal competente para solucionar determinado litígio: se a Jurisdição Comum ou a Jurisdição Administrativa.

Naquele momento, vigia a chamada *teoria da dualidade da ação do Estado* para determinar a competência da jurisdição. Segundo entendimentos, o Estado se comportava em algumas situações como pessoa civil (*Estado-pessoa civil*) e em outras circunstâncias como pessoa pública (*Estado-*

autoridade), encontrando-se, no primeiro caso, sob regime de direito privado, e, em decorrência, submetido à Corte de Cassação, e na situação seguinte, sob regime de direito público, no exercício da chamada *puissance publique*, sob o crivo do Conselho de Estado.

Essa concepção, por não ser clara e objetiva, gerava inúmeras dúvidas, propiciando intensos debates acerca do assunto, sem contar a natural inclinação de cada uma das aludidas Cortes em acreditar que sua jurisdição deveria sempre prevalecer em relação à outra.

Foi justamente no bojo dessa discussão que, em 24 de maio de 1872, foi criado o Tribunal de Conflitos, órgão jurisdicional responsável por solucionar as questões de competência de Jurisdição. Esse Colegiado, de forma inovadora, conferiu especial importância ao instituto do *serviço público* por entender que seria esse o melhor traço distintivo para definição das competências jurisdicionais. Vejamos como isso ocorreu.

Em 08 de fevereiro de 1873, foi submetida à apreciação do Tribunal de Conflitos, precisamente para que fosse definida a competência jurisdicional, o caso concernente a um pedido de indenização formulado pelo pai da menina Agnès Blanco, que fora atropelada por uma vagonete da Companhia Nacional de Manufatura do Fumo, integrante da Administração Pública Indireta.

A decisão exarada pelo Tribunal de Conflitos ficou conhecida como “**arret Blanco**” e se tornou uma das mais importantes decisões da jurisprudência francesa, pois acabou erigindo o instituto do serviço público como circunstância determinativa da Jurisdição competente.

Consoante as lições contidas no aludido aresto, era preciso definir se as regras a serem utilizadas no caso concreto seriam aquelas encontradas no Código Civil (*responsabilidade civil*) ou se seriam aplicadas regras especiais, por se estar diante de uma atuação estatal concernente à prestação de um serviço público (*responsabilidade administrativa*).

Como resultado do julgamento, definiu-se que, por se estar diante de um serviço público, as regras que teriam incidência seriam aquelas especiais, relativas à **responsabilidade estatal**, adotando-se, destarte, o serviço público, como critério para definição da jurisdição administrativa (Conselho de Estado).⁸⁰

Para ilustrar, vale a transcrição literal do comissário de Governo David, responsável por elaborar as conclusões do referido acórdão: “os tribunais judiciais são radicalmente incompetentes para conhecer todas as demandas formadas contra a Administração em razão de serviços públicos, qual seja seu objeto”.⁸¹

Consoante as noções ora expendidas, pode-se afirmar que a importância do aludido julgamento residiu em duas circunstâncias específicas: primeiro, introduziu a noção de serviço público, firmando-o sob um regime jurídico especial, derogatório daquele que disciplina as relações privadas; em segundo lugar, como consequência dessa primeira assertiva, elegeu o serviço público como critério determinativo da Jurisdição competente.⁸²

A partir daquele momento, foi colocado sob a esfera da jurisdição administrativa todo e qualquer litígio envolvendo o instituto do serviço público, influenciando inteiramente a jurisprudência francesa do final do século XIX e início do século XX, o que enseja evidenciar outra curial importância do aludido

⁸⁰ O Conselho de Estado da França comenta o aludido aresto nos seguintes termos: “L’arrêt Blanco consacre ainsi la responsabilité de l’État, mettant fin à une longue tradition d’irresponsabilité, qui ne trouvait d’exceptions qu’en cas de responsabilité contractuelle ou d’intervention législative, telle la loi du 28 pluviôse an VIII pour les dommages de travaux publics. Il soumet toutefois cette responsabilité à un régime spécifique, en considérant que la responsabilité qui peut incomber à l’État du fait du service public ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le code civil pour les rapports de particulier à particulier. La nécessité d’appliquer un régime spécial, justifié par les besoins du service public, est ainsi affirmée. Le corollaire de l’existence de règles spéciales réside dans la compétence de la juridiction administrative pour connaître de cette responsabilité, en application de la loi des 16 et 24 août 1790, qui interdit aux tribunaux judiciaires de “troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs”. Au-delà même de la responsabilité, l’arrêt reconnaît le service public comme le critère de la compétence de la juridiction administrative, affirme la spécificité des règles applicables aux services publics et établit un lien entre le fond du droit applicable et la compétence de la juridiction administrative. (Disponível em: <http://www.conseil-etat.fr/cde/node.php?articleid=1268>. Acesso em: 15/07/2010).

⁸¹ DEVOLVÉ, Pierre. *Les grands arrêts de la Jurisprudence administrative*. 12^a Ed. Paris: Dalloz, 1999.

⁸² Registre-se que alguns autores, como Benoit, não conferiram ao *arret Blanco* a importância que a maioria esmagadora dos doutrinadores acabou conferindo.

aresto, um dos vetores da transição do Estado de Direito para o Estado Social de Direito.⁸³

Com o engrandecimento da noção do serviço público pela jurisprudência francesa, inicia-se um movimento de oferecimento aos particulares de prestações estatais positivas, situação que se opunha ao pensamento da maioria, que referendava uma completa inação estatal, mediante um individualismo exacerbado.

Todo esse arcabouço fático e jurídico marcado pela excepcional apologia ao serviço público contido no aresto Blanco, acaba tornando-se a semente que irá propagar uma idéia de Estado prestacional, a ser acometido por inúmeros juristas que perpassaram esse momento histórico. Neste passo, interessante notar a transformação radical que um mero acórdão bem formulado pode propiciar no pensamento jurídico vigente, transformando toda uma realidade posterior, concebida a partir da evolução de suas emanações.

2.3 A concepção hodierna do serviço público à *la française*

Conforme visto, a noção de serviço público na França recebeu efusivo tratamento pela doutrina e também pela jurisprudência durante o final do século XIX e início do século XX. Pode-se concluir que durante esse período, o serviço público serviu a dois propósitos fundamentais: servir como critério de delimitação da competência da Jurisdição Administrativa e constituir a noção principal do direito administrativo, tornando-se o elemento essencial de atuação estatal.

Todavia, com a evolução dos tempos, essas duas premissas acabaram sendo superadas por outras realidades jurídicas. Identificaram-se outros critérios para subsunção de litígios à Jurisdição Administrativa e se percebeu que as atividades estatais eram mais amplas, não se cingindo, unicamente, à

⁸³ Posteriormente, o serviço público deixa de ser um requisito absoluto para a definição da competência da Justiça Administrativa, principalmente considerando os litígios relativos aos serviços públicos industriais e comerciais cuja competência acabou sendo delegada à Jurisdição Comum.

prestação de serviços públicos. Nesse período ocorria um intervencionismo crescente do Estado francês na economia, passando a ocupar espaços que eram afetos exclusivamente à iniciativa privada.

A jurisprudência francesa inicia, então, um processo de flexibilização do regime jurídico do serviço público, mediante a criação do chamado **serviço público industrial e comercial**. O primeiro aresto a tratar sobre o tema, sem mencionar expressamente essa nova categoria de serviço público, foi aquele proferido pelo Tribunal de Conflitos em 22 de janeiro de 1921: o *Sté commerciale de l'ouest africain*.

Na continuidade, foi o acórdão *Bac d'Eloka* e as conclusões do comissário *Matter* que, ainda sem pronunciar a expressão, efetivamente reconheceram que o Estado além de prestar serviços essenciais, também desempenhava outras atividades de natureza econômica, tipicamente privada.

Surge, então, com o aresto *Sté générale d'armement*, proferido pelo Conselho de Estado, a expressa menção ao *serviço público industrial e comercial* (SPIC), encarados como serviços cuja titularidade é pública, mas que por possuir uma *característica econômica*, não estariam subsumidos à jurisdição administrativa e nem ao regime público.

Consubstancia-se, então, em França, duas categorias de serviços públicos: os *serviços públicos administrativos*, submetidos ao regime jurídico de direito público e à jurisdição administrativa e o *serviços públicos de caráter industrial e comercial*, afetos ao regime jurídico de direito privado e à jurisdição comum.

Vale a citação de Pierre Esplugas acerca da temática:

Ce dernier distingue em effet de manière nette les services publics administratifs des services publics industriels et commerciaux en admettant pour chacune de ces catégories des conséquences juridiques. Il résulte ainsi du droit positif que les rapports individuels d'un service administratif avec son

personnel, sés usagers et lês tiers sont, em príncipe, régis par le droit public alors que, pour les services publics industriels et commerciaux, ces rapports son normalement définis par le droit privé. Ces situations juridiques différents impliquent em outre naturellment une compétence des juridictions administratives pour les services publics administratifs e judiciaires pour les services publics industriels et commerciaux.⁸⁴

Se pudéssemos comparar essa situação com a disciplina dos serviços públicos no direito positivo brasileiro, verificaríamos que a expressão “serviços públicos industriais ou comerciais” não seria cabível, pois tais serviços poderiam ser considerados, no máximo, atividades econômicas, a serem explorados pelo Estado em situações em que fosse necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, à luz do disposto no artigo 173 da Constituição de 1988.

Na evolução dessas idéias, vale consignar que o derradeiro impacto que a noção de serviço público à *la française* viria sofrer não se referia, propriamente, à instituição dos *services publics industriels e commerciaux*, mas na celebração do Tratado de Roma, que estabeleceu as bases da atual União Européia.⁸⁵

Realmente, o aludido Tratado, bem como os que se sucederam (Tratado de Bruxelas, Ato Único Europeu, Tratado de Maastricht, Tratado de Amsterdã, Tratado de Nice e Tratado de Lisboa), preconizavam a livre circulação de bens, serviços, capitais e pessoas, instituindo a **livre concorrência** como princípio basilar de suas emanações. Nesse sentido, os serviços públicos, que tinham por excelência assegurar uma efetiva atuação estatal num regime jurídico próprio, representavam difíceis barreiras a serem transpostas pelo direito comunitário.

⁸⁴ Le service public. 2ª Ed. Paris: Dalloz, 2002. P. 58.

⁸⁵ Registre-se que a formação da União Européia não ocorreu pela formalização de apenas um acordo ou tratado. Nesse sentido, já em 1951, foi assinado o Tratado de Paris para instituir a CECA (Comunidade Européia do Carvão do Aço), composta por seis países, que recomendava a livre circulação de carvão, ferro e aço. Em 1957, os países subscritores do Tratado de Paris, celebraram o Tratado de Roma, criando a CEE (Comunidade Econômica Européia). Outros importantes tratados foram celebrados (Tratado de Bruxelas, Ato Único Europeu, Tratado de Maastricht, Tratado de Amsterdã, Tratado de Nice e Tratado de Lisboa) até a concepção daquilo que hodiernamente chamamos de União Européia.

Foi nessa perspectiva que o Tratado de Roma, em seu artigo 90 (hoje artigo 86, § 2º), concebeu os chamados “*serviços de interesse econômico geral*”, submetendo-os às **regras da concorrência**, na medida em que a aplicação delas não constituísse obstáculo ao cumprimento, de direito ou de fato, da missão particular que lhes foi confiada.

A instauração desses “serviços” colocaram em cheque a noção clássica de serviço público, posto que os sujeitavam não mais a um regime de direito público, mas à livre iniciativa, campo próprio das normas de direito privado.

Além dessa noção, foi introduzido pelo Ato Único de 1986 o conceito de “*serviço universal*”, que procurou assegurar o oferecimento de prestações mínimas de qualidade e de preço acessível à coletividade.

Em que pese certa similitude entre o *serviço universal* e o *serviço público à la française*, a verdade é que sua visão é mais restrita, referindo-se apenas a uma parcela da coletividade e não a todos os membros do meio social, como o serviço público.

Não é preciso dizer que os franceses se insurgiram radicalmente contra tais inovações (*serviço universal* e *serviços de interesse econômico geral*), de forma a tentar manter inalterada a sua noção clássica de serviço público, num contra-ataque rápido e eloqüente em face às emanações do direito comunitário.

Como bem lembra Monica Spezia Justen:

Dentre os documentos mais relevantes produzidos na década de 90 está o *Rapport au Premierer Ministre*, realizado por Denoix de Saint Marc no ano de 1996, que parece ter servido para influenciar os membros da Comissão Européia acerca da importância da noção de serviço público não só para os franceses mas para os demais Estados-membros.⁸⁶

⁸⁶ A noção de serviço público no direito europeu. São Paulo: Dialética, 2003. P. 190.

A despeito desses embates, a verdade é que a discussão na França acerca dos serviços públicos encontra-se pujante e viva, sendo necessário observar, durante os próximos anos, como a noção tipicamente francesa do instituto, que impõe ao Estado a sobranceiro encargo de salvaguardar comodidades à coletividade em regime obrigacional, irá se amoldar ao quadro comunitário, que impõe ao instituto as regras da livre concorrência, em regime de direito privado.

3. Conceito de serviço público

3.1. Critérios utilizados pela doutrina para definição de serviço público

A noção de serviço público não é unívoca. Os doutrinadores que, de alguma forma, procuraram formular o seu conceito, utilizaram-se dos mais diferentes critérios para estabelecer a sua compostura.

De uma maneira geral e no intuito de conferir didatismo à presente explanação, é possível classificar os critérios adotados pela doutrina para conceituar o serviço público, basicamente em três: *critério subjetivo*, *critério objetivo* ou *material* e *critério formal*.

O *critério subjetivo* define o serviço público a partir da entidade que presta a atividade. Nas palavras do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

Em sentido subjetivo o serviço público é concebido como um organismo público, ou seja, uma parte do aparelho estatal. Nesta acepção, falar em serviço público é o mesmo que se referir a um complexo de órgãos, agentes e meios do Poder Público. É uma organização pública de poderes e competências.⁸⁷

Consoante se verifica, o *critério subjetivo* parte da premissa que o Estado, por ele mesmo ou por entidade sua, figure como titular da prestação do serviço, além, obviamente, de funcionar como titular do próprio serviço, posições estas que não podem ser confundidas.

Cabe aqui um breve esclarecimento, que *a posteriori* será melhor detalhado: não se pode confundir a *titularidade do serviço público* com a *titularidade da prestação do serviço*. São realidades absolutamente distintas, juridicamente. O *titular do serviço* será o ente federativo que a Constituição ou a lei infraconstitucional estabelece como “senhor” daquele determinado serviço; já o *titular da prestação do serviço* será aquela entidade, estatal ou particular, que exerce a atividade material respectiva. No caso da titularidade ser

⁸⁷ Natureza e regime jurídico das autarquias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. P. 151.

transferida para um particular, deverá haver um ato formal de delegação, mediante o instrumento jurídico apto para tanto.

Realmente, num primeiro momento, e em França isso ocorreu durante muitos anos, o *critério subjetivo* era adotado de forma irrestrita, uma vez que, naquela época, o Estado era o único que promovia a prestação dos serviços públicos, seja diretamente, seja por entidade sua, criada para essa finalidade.

Todavia, com o passar dos anos, o Estado acabou assumindo uma série de outras atividades e se verificou a necessidade de transferir ao particular a prestação de alguns serviços públicos.

Nesse sentido, os institutos da concessão e da permissão do serviço público viabilizavam, juridicamente, que esses serviços fossem prestados pelos particulares, de forma a auxiliar o Estado no cumprimento de seus desideratos. Nesse modelo, todavia, mantinha-se a titularidade do serviço com o Estado, que detinha a obrigação de fiscalizar e regular as atividades do particular, assegurando que os usuários gozassem de um serviço de qualidade.

No momento em que isso ocorreu, o *critério subjetivo* que, como visto, pressupunha o Estado como exclusivo titular da prestação do serviço, acabou sofrendo inevitável abalo, restando impossível utilizá-lo, de forma isolada, para compor a noção do serviço público.

Na esteira dessas considerações, procurou-se, então, um novo requisito que, de alguma forma, pudesse balizar os contornos do instituto. Inicia-se, então, um processo de investigação acerca da **natureza da atividade**, ou seja, procura-se saber se o que justifica a qualificação daquele serviço como público é alguma qualidade intrínseca daquele serviço, que o tornaria imprescindível para a coletividade.

Alinhava-se, então, o argumento que veio a se chamar de *critério objetivo ou material* do serviço público, segundo o qual somente se estaria

diante de um serviço público se a atividade material a ser exercida fosse de **interesse ou necessidade geral**.

Nesse sentido, é a lição precisa do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

Pode-se, em conclusão, firmar que, na acepção objetiva, o serviço público se define em razão da natureza da atividade ou tarefa. É o fato de corresponder a uma necessidade de interesse geral, é a circunstância de se impor como uma exigência da coletividade, cuja satisfação incumbe ao Poder Público prover, ainda quando não o faça diretamente, o elemento que se encontra por detrás de todas as noções objetivas de serviço público.⁸⁸

Vale também transcrever a percuciente observação da Professora Dinorá Grotti:

A concepção objetiva de serviço público pretende assinalar que uma atividade é serviço público não porque prestada através de um complexo de meios públicos, mas em razão da natureza da atividade ou tarefa. Assim, é o fato de, num dado momento histórico corresponder a uma necessidade de interesse geral, se constituir em uma exigência da coletividade, independentemente da organização que exercer esta atividade, o elemento que se encontra por detrás de todas as noções objetivas de serviço público.⁸⁹

Registre-se que esse critério foi utilizado de forma absoluta por Duguit, que, como já visto, estabelecia um *liame direto* entre a noção de *serviço público* e aquelas atividades que o meio social entendia como imprescindíveis ao convívio social, transformando em serviço público e, portanto, em comandos obrigatórios, todas as necessidades surgidas no seio da coletividade.

Logicamente, a utilização desse critério de forma absoluta, como fez Duguit, chega a certos exageros que, certamente, devem ser evitados, sob pena de se transformar qualquer atividade estatal em serviço público. Todavia, uma reflexão mais profunda revela que seria inadequado, para não dizer

⁸⁸ Natureza e regime jurídico das autarquias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. PP. 153-154.

⁸⁹ O serviço público e a constituição brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003. P. 46.

impossível, extirpar completamente a aplicação do requisito ao conceito de serviço público.

Ora, ao se qualificar, em determinada norma jurídica, uma dada atividade como serviço público, certamente uma das justificativas que serão aventadas reside, invariavelmente, no interesse geral que aquela atividade satisfaz, de forma a legitimar a sua inclusão no manto de proteção estatal. Dificilmente uma atividade será qualificada como serviço público sem que exista, mesmo que minimamente, um interesse geral a ser salvaguardado.

Sem se admitir a possibilidade de se valer do aludido requisito, mesmo que minimamente, estar-se-á legitimando a qualificação de qualquer serviço prestado pelo Estado como sendo serviço público: mas será isso desejável?

Se, então, o legislador viesse a dizer que o serviço de “*tinturaria*” (e aqui não há nenhum demérito à profissão) deve ser qualificado como serviço público poderia, jurídica e legitimamente, fazê-lo? Ou será que aquele requisito acaba sendo útil e operativo, constituindo-se em verdadeira barreira de contenção aos possíveis e impensados desmandos do legislador?

Atento a tais questionamentos é que se pode compreender a necessidade de se utilizar o aludido requisito na formulação do conceito de serviço público, como, inclusive, fazem alguns juristas, sempre aliando, todavia, a outros requisitos também imprescindíveis.

Na continuidade, outro critério importante de que alguns juristas se valeram para delimitar a noção de serviço público é o chamado **critério formal**. Em relação a esse tema, não há como deixarmos de suscitar novamente as lições de Gaston Jèze, que, de maneira inédita, encarece a relação entre o *regime jurídico de direito público* e o *serviço público*.

Consoante observado anteriormente, em seu conceito de serviço público o ilustre jurista de Bordeaux condiciona o serviço público a um regime jurídico especial, derogatório do direito privado. Nesse sentido, somente se estará

diante de um serviço público se, efetivamente, as normas que o disciplinarem forem normas de direito público, estando submetido, destarte, a uma série de procedimentos especiais, que inexistem na seara do direito privado.

Consoante observado por Chenot, ilustre defensor da acepção formal: “dizer que uma atividade é serviço público é dizer que está submetida ao regime de serviço público. O serviço público não é mais uma instituição, é um regime, é a aplicação de serviço público a certos atos”⁹⁰. Ressalte-se que a formulação de Chenot é estritamente formal, levada à sua pureza mais extrema, pois acaba confundindo o próprio regime jurídico com o instituto.

Apesar de alguns exageros, pacificou-se em doutrina que, pelo **critério formal**, o serviço público estaria submetido a um **regime jurídico de direito público**, porque apenas normas dessa seara do direito teriam incidência. Nesse sentido também foi a jurisprudência francesa do final do século XIX e início do século XX, ratificando esse entendimento, o qual, foi alterado, após o advento dos chamados serviços industriais e comerciais que se desenvolveram no país, como assinalado alhures.

Pondera-se, desde já, que a incidência ou não do regime de direito público nos serviços públicos é a questão que mais tem despertado controvérsias hodiernamente. Essa questão será minudenciada mais à frente.

3.2. Considerações metodológicas acerca da conceituação de serviço público

Vistos os requisitos utilizados pela doutrina publicista para delimitação da noção de serviço público, urge que se analise, em seguida, os requisitos adotados na sua conceituação em face do direito brasileiro, de forma a finalmente ser possível oferecer o conceito de serviço público em nosso País.

Antes, porém, há considerações metodológicas acerca da conceituação de serviço público que devem ser abordadas.

⁹⁰ Organisation économique de l'état. Paris: Dalloz, 1951. P. 78.

Consoante clássica lição do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, quando estamos diante de um instituto jurídico que não possui conceito legal, cumpre ao cientista do direito tentar formulá-lo.⁹¹

Obviamente, nesse processo de formulação, os diferentes juristas partirão de elementos diferentes para estabelecer o seu conceito, não havendo nenhuma circunstância que possa obrigar a uma coincidência de opiniões acerca dos traços de similitude que devem ser encontrados.

Tudo isso porque não se trata de buscar um conceito *verdadeiro* ou *falso*, mas um conceito *operativo*, que possa aglutinar sob uma mesma titularidade jurídica elementos que possuam alguma similaridade entre si, de forma a se destacarem, em bloco distinto, dos demais institutos.

Como alerta Carrió:

[...] las clasificaciones no son verdaderas ni falsas, so serviciales o inútiles: sus ventajas o desventajas están supeditadas al interés que guía a quien las formula y a su fecundidad para presentar um campo de conocimiento de una manera más fácilmente comprensible o más rica em consecuencias prácticas deseables.⁹²

A despeito das palavras nem sempre serem unívocas, elas possuem um conteúdo mínimo, sem o qual não seria possível externar qualquer idéia. Ao utilizá-las, portanto, o jurista inevitavelmente se encontra até certo ponto livre para formular seu conceito, embora deva sempre ter, como referência e pano de fundo, o direito posto, sem o qual não formularia um conceito jurídico, mas sociológico, matemático ou de qualquer outra área de conhecimento humano.

Nesse particular, cumpre ao cientista do direito analisar as emanações contidas no Direito Positivo acerca do instituto e, a partir daí, consolidar sob o mesmo *nomen iuris* realidades que possuam alguma semelhança entre si, de forma a compor uma unidade sistêmica e lógica.

⁹¹ Curso de direito administrativo. 27ª Ed. rev. e atual. até a EC nº. 64/10. São Paulo: Malheiros, 2010. PP. 176-177.

⁹² Notas sobre derecho y lenguaje. 5ª. Ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2006. P. 72.

Vale, a respeito do tema, o alerta do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

Deveras, o pior erro em que se pode incidir um cultor de qualquer ciência é o de desencontrar-se com o próprio objeto de estudo, é de distrair-se daquilo sobre o qual seu espírito imaginava e pretendia estar focalizado. Assim, um conceito extrajurídico produz nos estudiosos do Direito menos atentos a suposição de que estão a tratar com algo juridicamente relevante os conduz a produzir especulações que não abicam em nada de aproveitável para o Direito, do mesmo passo em que tal absorção os leva a deixar de lado a tarefa de arrecadar e organizar mentalmente os dados que permitiriam enfrentar os tópicos e questões dos quis teriam que se ocupar.⁹³

Essas considerações iniciais são necessárias para destacar que, em não havendo, ao menos na legislação brasileira, o conceito de serviço público, enseja-se, por parte da doutrina, a possibilidade de estabelecer sua noção com base nas características, que de forma esparsa, a legislação estabelece relativamente a esse *instituto*.

No caso do serviço público, o trabalho de formulação de seu conceito é ainda mais rigoroso porque, em se tratando de um instituto que teve origem em outro País e recebeu uma feição própria em cada nação que o absorveu, é preciso estabelecer, com rigor metodológico ainda mais exato, as características universais que efetivamente foram abarcadas pelo direito interno, de forma a evitar a inclusão de traços alienígenas, que, certamente, o tornaria desconforme ao modo como foi tracejado pelo direito nacional.

Justamente por se estar diante de um instituto jurídico multifacetado, faz-se imprescindível que se estabeleça o conceito de serviço público de forma mais precisa possível, para que o interlocutor possa compreender seu exato conteúdo, evitando interpretações dissonantes, e, com isso, a própria ilogicidade do texto elaborado.

⁹³ Serviço Público e sua feição constitucional no Brasil. *In* Grandes temas de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009. P. 272.

Na doutrina brasileira, podem ser encontrados inúmeros conceitos de serviço público. Alguns receberam maior consagração porque, de alguma forma, encontravam-se mais completos, ou seja, aglutinaram de forma mais ampla o conjunto de elementos arrecadados nas indicações do direito positivo. Isso não quer dizer que foi encontrado o conceito "correto" ou "verdadeiro", mas aquele que se mostra mais útil (*operativo*) para os fins a que se propõe o estudioso.

A par disso, posições doutrinárias dissonantes também são comuns na seara jurídica. Todavia, para efeito de lealdade intelectual, caso o cientista do direito deixe de formular o seu conceito e adote o estabelecido por outro jurista, ele deve se perfilhar à noção que tenha um maior número de coincidências com o seu próprio pensamento.

Outra preocupação que deve nortear o cientista do direito que irá tratar acerca do serviço público se refere à delimitação das atividades que se encontram insculpidas sob o seu manto. É preciso que seja esclarecido, desde logo, se, na acepção conferida ao serviço público, encontram-se insertas todas as atividades administrativas titularizadas pela Administração, ou se está se referindo a uma *atividade específica*, com características que lhe são próprias. Nesse sentido, é preciso deixar remansoso se existe distinção entre *serviço público* e outras atividades estatais como fomento, polícia administrativa, obra pública, dentre outras.

Também é necessário que o cientista do direito formule o seu conceito de serviço público em absoluta consonância com o tipo estatal que entenda vigente em determinado tempo e local. Não há como fugir dessa lógica. Dependendo do modelo estatal em análise, há que se estabelecer uma flagrante correspondência em relação ao conceito que se esteja formulando.

No presente trabalho, o modelo que se entende vigente no Brasil é o do Estado Social de Direito, sendo ínsita a esse sistema, a concretização dos direitos sociais pelo Estado, por meio da prestação de serviços públicos, promovendo a redução das desigualdades sociais, à luz do quanto preconizado

pelo *princípio do solidarismo*. No que atina aos demais serviços públicos titularizados pelo Estado brasileiro, o modelo social adotado confere especial relevo a atividades que procuram oferecer comodidades úteis ao cidadão, de forma a inseri-los num contexto digno.

Diante dessas rápidas considerações, procurou-se demonstrar alguns cuidados que são necessários para se formular o conceito de serviço público (e de qualquer outro instituto jurídico, diga-se de passagem).

3.3. Os requisitos para conceituação de serviço público no direito brasileiro

Preambularmente, é preciso apenas um pequeno registro: alguns autores brasileiros quando formulam o conceito de serviço público se utilizam, indistintamente, das expressões “requisito”, “pressuposto” ou “elemento” para estabelecer suas características informadoras.⁹⁴ A doutrina estrangeira, como visto, utiliza largamente a expressão “critérios”.

Em que pese essa discussão taxonômica, para efeitos do presente trabalho, os “critérios” a que alude a maior parte da doutrina serão aqui considerados como “requisitos”, porque se entende que este termo expressa melhor as condições necessárias sem as quais não se poderia afirmar que se está diante de um serviço público.

Assim, para que se possa conceituar o serviço público no direito brasileiro, é imprescindível que os três *critérios* suscitados pela doutrina, para nós *requisitos*, estejam presentes: o *requisito subjetivo*, o *requisito objetivo ou material* e o *requisito formal*.⁹⁵

⁹⁴ O professor Almiro do Couto Silva, por exemplo, utiliza num primeiro momento a expressão “requisito” e posteriormente, em nota de rodapé, a palavra “elementos” para tratar dessa mesma realidade. Confira em seu artigo intitulado “Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público ‘à brasileira’?”, publicado na Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande Do Sul, p. 211.

⁹⁵ Consoante as preciosas lições da Professora Dinorá Grotti, em sua notável monografia acerca do tema dos serviços públicos, “a utilização isolada dos critérios apresentados não oferece condições para solucionar o problema da noção de serviço público, porque, ressaltando apenas um requisito, vê-se tão-somente parte da realidade.” Mais a frente conclui: “Por isso, os doutrinadores, em sua maioria,

No que se refere ao *requisito subjetivo*, ele deve ser interpretado não da forma como foi concebido originalmente, quando então se presumia que somente o Estado poderia figurar como *titular do serviço* e *titular da prestação do serviço*, mas a partir de uma nova perspectiva: entendendo-se que a titularidade do serviço público fica mantida em mãos estatais e admitindo-se a possibilidade de promover a delegação de seu exercício a particulares.

A norma jurídica, ao estatuir dada atividade como serviço público, automaticamente a coloca sob a titularidade estatal, extirpando-a das mãos dos particulares e, conseqüentemente, do regime de direito privado.

A titularidade do serviço público, pois, será sempre estatal, sendo essa uma condição sem qual não há serviço público.

Dessa forma, a novel leitura que se impõe ao *requisito subjetivo* não impede que os serviços públicos postos como competências do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) possam ser delegados aos particulares por meio dos institutos jurídicos competentes.

Para arrematar essa noção, vale suscitar os ensinamentos de Almiro do Couto e Silva, que estabelece ser “indispensável a existência de um vínculo orgânico entre ele (serviço público) e o Estado. Este é o titular do serviço, muito embora sua gestão possa ser transferida a particulares.”⁹⁶

No direito brasileiro, o *requisito objetivo ou material*, além de exigir (i) a *presença de um interesse geral ou coletivo em relação àquela específica atividade a ser desenvolvida sob o título de “serviço público”*, como preconiza a doutrina estrangeira, também demanda, para seu preenchimento: (ii) *que a atividade em referência ofereça uma utilidade ou comodidade à coletividade e que* (iii) *essa atividade seja fruível singularmente pelo administrado.*

consideram imperiosa a união de dois ou três dos elementos enunciados na conceituação da atividade estatal analisada, como mais adiante será verificado”. (O serviço público e a constituição brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003. PP. 47 e 48)

⁹⁶ Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares: serviço público à brasileira? Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul. V. 27. Nº. 57, 2003. P. 210.

Essas duas últimas exigências são também condições necessárias para que se esteja diante de um serviço público e, por guardarem estreita relação com a “**atividade material**” desempenhada, acabam integrando o *requisito objetivo* ou *material* do conceito de serviço público no direito brasileiro.

Atribui-se, destarte, um qualificativo à “**atividade material**” desenvolvida a título de serviços públicos, que não se encontra adjacente à toda e qualquer atividade prestacional do Estado: caso fosse oferecida uma excessiva amplitude à atividade desenvolvida por meio dos serviços públicos, a noção perderia seu préstimo, uma vez que seria confundida com outras atividades das quais também se encontra incumbido o Estado.

Há breves ponderações a serem feitas acerca das condições impostas para preenchimento do *requisito objetivo ou material*.

No tocante à primeira condição, registre-se que o Estado somente irá qualificar uma atividade como serviço público se entender que tal atividade possui elevada *relevância social*, caso contrário não se justificaria a sua assunção. A Constituição Federal, bem como a legislação infraconstitucional competente, ao qualificarem certas atividades como serviço público, entendeu-as como atividades imprescindíveis para a satisfação do interesse coletivo.

Não havendo o requisito da essencialidade, jamais o Estado estaria agindo legitimamente ao classificar determinada atividade como serviço público, funcionando, portanto, o *requisito objetivo*, como uma das condições necessárias para solucionar o problema da conceituação do instituto.⁹⁷

Obviamente a identificação de uma dada atividade como essencial ou não é circunstância que comporta uma certa apreciação subjetiva, principalmente em situações localizadas numa zona de incerteza.

⁹⁷ É claro que existe uma série de atividades que também possuem o requisito da essencialidade intrínseco aos seus objetivos (como as atividades de benemerência, por exemplo), todavia, por uma questão de opção legislativa, somente algumas são qualificadas como serviço público.

Todavia, essa questão em nada difere de algo que a doutrina administrativista está acostumada a enfrentar: a existência de termos com conteúdo plurissignificativo, vago ou impreciso. Qualquer impasse, então, acerca da aplicação do designativo à uma atividade que não pareça salvaguardar um interesse coletivo, deverá ser resolvida pela aplicação da teoria geral do direito administrativo.

Há hipóteses que deixam evidente não caracterizarem uma atividade que resguarde um interesse geral ou coletivo (*zona de certeza negativa*) e outros em que restará absolutamente claro que o designativo é apropriado (*zona de certeza positiva*).

Diante de tais considerações, não resta dúvida que é possível exercer um controle acerca de atividades que podem ou não serem qualificadas como serviço público, sendo absolutamente legítimo impugnar uma norma jurídica que tenha qualificado determinado serviço como “público”, mas que não tenha, em flagrante zona de certeza negativa, qualquer relevância social.

Nessa linha de considerações, admitindo-se que existe um liame necessário entre o serviço público e sua destinação como atividade de interesse geral, se está autorizando impugnar diplomas normativos que de alguma maneira não apresentem essa correlação.

A outra condição imposta para a conformação do requisito se refere à necessidade de se tratar de uma *atividade que ofereça uma utilidade ou comodidade material*. Assim, em primeiro lugar, o serviço público deve se encontrar vinculado à prestação de uma *atividade* e não se referir a algo pronto e acabado.

Essa atividade é dinâmica: refere-se à própria operação que se está executando e não um produto estático e inamovível. Além disso, essa *atividade* deve prover um benefício à coletividade, de forma a lhe oferecer um conforto, uma vantagem, algo proveitoso, sem o que, não se está diante de um serviço público.

Para arrematar, a última condição necessária para se preencher o *requisito objetivo* no direito brasileiro concerne à sua fruição singular pelos administrados. Nesse particular, os serviços, para serem considerados públicos, devem ser utilizados de forma individual pela coletividade (*uti singuli*), estando fora de seus limites aqueles serviços prestados à generalidade da população (*uti universi*). Tais considerações serão mais bem aprofundadas, no momento em que se tratar do conceito de serviço público no direito brasileiro.

Passa-se, então, ao exame do último requisito que, cumulativamente com os demais, afigura-se como uma condição necessária para se qualificar uma atividade como serviço público: o *requisito formal*.

É justamente pela importância que se confere à atividade no meio social, qualificando-a como serviço público, que o Estado a coloca sob a égide de um regime jurídico especial, caracterizado pela existência de prerrogativas e sujeições peculiares, instituídas especificamente para a proteção dos interesses coletivos: o **regime jurídico de direito público**.

Conforme já asseverado, a incidência ou não do regime de direito público nos serviços públicos é questão que tem despertado inúmeras controvérsias. Infelizmente, alguns autores acabam entendendo que é possível se falar, no Brasil, *em prestação de serviços públicos sob regime de direito privado*, principalmente por conta de alteração constitucional que estabeleceu a *autorização* como uma forma de delegação de serviço público.

A despeito do respeito intelectual que merece qualquer idéia ou pensamento jurídico, por mais distantes de nosso modo de pensar que estejam, não resta dúvida que um **aspecto fundamental do instituto do serviço público no direito brasileiro é justamente estar submetido a um regime jurídico de direito público, que irá salvaguardar o interesse coletivo nele inserido**.

Basta uma breve análise dos princípios e regras insertos em nossa Carta Constitucional, que disciplinam o serviço público (artigo 175, principalmente) e do próprio regime jurídico-administrativo para se verificar que é o direito público que deverá disciplinar sua prestação.

Além desses, como será minudenciado à frente, ao serviço público foram destinados alguns princípios jurídicos específicos, como o princípio da universalização e da modicidade das tarifas, que lhe conferem um específico regime de Direito Público e que deve ser observado durante sua prestação. Interessante que, mesmo com a incidência de todos esses princípios afetos ao serviço público, doutrinadores renomados insistem na idéia de que os serviços públicos possam ser prestados sob regime jurídico de direito privado.

Dessa maneira, certo é que o *requisito subjetivo*, o *requisito objetivo* e o *requisito formal*, tais como vistos, são condições necessárias para que se esteja diante de um serviço público no direito brasileiro.

3.4. O conceito de serviço público no direito brasileiro

3.4.1 Panorama geral das concepções doutrinárias do serviço público no direito brasileiro

De uma forma geral, os doutrinadores brasileiros procuram estabelecer o seu conceito de serviço público aglutinando certo número de realidades debaixo de seu título jurídico e com isso, estabelecendo conceitos que podem ser classificados em **sentido amplo** e **restrito**.⁹⁸

Aqueles que aglutinam mais elementos acabam, normalmente, restringindo o conceito, porque estabelecem mais requisitos para que se esteja diante de um serviço público, já os que estipulam menos elementos, ampliam a

⁹⁸ Alexandre dos Santos Aragão consegue estabelecer uma gradação ainda mais detalhada dos conceitos de serviço público, entendo haver uma *concepção amplíssima de serviço público*, uma *concepção ampla de serviço público*, uma *concepção restrita de serviço público* e uma *concepção restritíssima de serviço público*, apontando para cada uma dessas concepções, características específicas. (Direito dos serviços públicos. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. PP. 144-149).

sua irradiação, generalizando a atividade e, com isso, permitindo a inclusão de mais realidades sob seu *nomen iuris*.

Para que se possa ilustrar o quanto dito, vale a pena exemplificar, trazendo conceitos formulados por juristas que evidenciam tais qualificativos, para, posteriormente, adotar-se aquele que melhor retrata a realidade do serviço público, em consonância com os requisitos acima destacados.

Importante mencionar que a maioria dos doutrinadores que serão mencionados, a despeito de pormenorizarem menos ou mais as atividades materiais que podem ser incluídas na noção de serviço público, utilizam-se, com algumas adaptações, é verdade, dos requisitos de delimitação do conceito de serviço público acima estudados.

Para José Cretella Júnior, que adota o conceito em sua acepção ampla, serviço público é *“toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação do interesse público, mediante procedimento de direito público”*.⁹⁹

Consoante se deduz do aludido conceito, não há a especificação de que tipo de atividade se está falando, sendo possível intuir que se estaria diante de um serviço público mesmo em face de atividades jurisdicionais e legislativas desenvolvidas pelo Estado (as quais também têm o intuito de satisfazer o interesse público). Esse é o obstáculo que muitas vezes se coloca aos conceitos amplos, pois acabam incluindo em seu âmago uma série de disposições que não são adequados ao instituto.

Outro conceito em acepção ampla é aquele formulado por Hely Lopes Meirelles:

Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para

⁹⁹ Curso de direito administrativo. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. P. 409.

satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado.¹⁰⁰

Hely Lopes Meirelles, embora reduza o espectro de atividades estatais ao incluir a expressão “Administração”, não deixa assente que tipo de atividade desenvolvida pela Administração se está referindo no conceito emitido. Diante do elevado número de atividades relegadas à Administração, fica realmente difícil saber se todas elas estariam abrangidas pelo conceito (o que não é provável) ou se, eventualmente, ele se refere a uma atividade específica.

Almiro do Couto e Silva, por sua vez, estabelece o conceito de serviço público nas seguintes bases: “aquele serviço que é prestado por órgão estatal, visando fim de utilidade pública, ou executado por particular, mas, neste caso, sempre por delegação do Estado.”¹⁰¹

O Ilustre jurista também confere uma perspectiva *ampla* a seu conceito de serviço público, dando ênfase, inclusive, ao requisito subjetivo, de forma a prescrever que o órgão estatal se encontra vinculado à atividade desempenhada. O autor também dá ênfase à finalidade da prestação do serviço, que deverá se nortear pela sua utilidade pública.

No tocante a concepção restrita, pode se encontrar no pensamento da Ilustre Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

[...] toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.¹⁰²

Vê-se que a ilustre Professora do Largo São Francisco, ao qualificar a expressão “atividade” como “material”, busca excluir outras atividades estatais que não considera serviço público, como a de polícia, fomento e intervenção,

¹⁰⁰ Direito administrativo brasileiro. 34ª Ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burtle Filho. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 333.

¹⁰¹ Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares: serviço público à brasileira? Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul. V. 27. Nº. 57, 2003. P. 209.

¹⁰² Direito administrativo. 23ª Ed, atualizada até EC 62/10. São Paulo: Atlas, 2010. P. 102.

tal como assinala a Professora Dinorá Grotti, para quem Lucia Valle Figueiredo também emite conceito restrito.¹⁰³

Observe-se que Maria Sylvia Zanella Di Pietro acaba admitindo que o serviço público pode ser prestado sob um regime jurídico parcialmente público, o que não se coaduna com o *requisito formal*, que exige a incidência do regime de direito público sem qualquer tipo de modulação em sua aplicação.

3.4.2 Conceito de serviço público adotado

Perpassadas essas rápidas pinceladas acerca das várias concepções doutrinárias do serviço público no direito brasileiro, vale, então, suscitar o conceito formulado pelo Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, cuja enunciação é adotada para efeitos do presente trabalho, por se entender que, indubitavelmente, é o conceito que, de forma mais acurada e precisa, consegue amalgamar todas as especiais características que detêm os serviços públicos.

Passa-se, então, a transcrever seu conceito:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.¹⁰⁴

Vejamos as principais características do conceito expendido, de forma a compreender sua exata compostura, examinando, principalmente, se os requisitos que funcionam como *condições necessárias* para estar presente um serviço caracterizável como público encontram-se cumulativamente atendidos.

¹⁰³ O serviço público e a constituição brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003. P. 144.

¹⁰⁴ Curso de direito administrativo. 27ª Ed., rev. e atual. até EC 64/10. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 671.

3.4.3 Requisito Subjetivo

O *requisito subjetivo* se encontra sufragado pelo conceito no momento em que o ilustre Professor Celso Antônio Bandeira de Mello sintetiza que: “o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes”.¹⁰⁵

Como ele próprio preleciona:

[...] trata-se de atividade assumida pelo Estado como própria, na qualidade de titular dela, ou seja, por ele considerada como interna a seu campo de ação típico, isto é, à esfera pública. Quando outorga concessão, autorização ou permissão (que é a linguagem constitucional brasileira) para que seja prestada por terceiros, o que transfere é o exercício da atividade, não a titularidade sobre ela, que sempre retém para si; por isso pode retomar o serviço, se o interesse público o demandar.¹⁰⁶

Nessa linha, verifica-se que o *requisito subjetivo* se encontra atendido pelo conceito formulado, uma vez que estabelece, de maneira bastante clara, que o Estado assume a titularidade do serviço público, possibilitando a delegação de sua prestação, num liame clarividente entre atuação estatal e serviço público.

Na seqüência de suas considerações, como matéria conexa à presente, o Ilustre Professor encampa a idéia de que há certos casos nos quais, embora a Constituição imponha ao Estado o dever de prestar o serviço, não lhe reserva a *titularidade exclusiva* sobre ele, pois também o libera à iniciativa privada, como é o caso, por exemplo, do serviço de saúde e educação.¹⁰⁷

Todavia, em que pesem tais judiciosos argumentos, o que nos parece é que, em verdade, ao se admitir a hipótese dos particulares também prestarem aludidas atividades, eles o fazem, mas num regime jurídico diferente daquele

¹⁰⁵ Curso de direito administrativo. 27ª Ed. rev. e atual. até a EC nº. 64/10. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 671.

¹⁰⁶ Serviço Público e sua feição constitucional no Brasil. In Grandes temas de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009. P. 280.

¹⁰⁷ *Idem. Ibidem.*

próprio do serviço público. Isso porque, como visto, a **titularidade do serviço público é sempre exclusiva do Estado**, não sendo possível compartilhá-la com os particulares. Nesse sentido, não haveria que se falar em **exclusividade ou não da titularidade**, pois se estamos diante de um serviço público, a **titularidade será sempre exclusiva do Estado**, podendo, no máximo, delegar a **prestação** do serviço a particulares, pelos meios juridicamente postos à disposição do Poder Público.

Esse é justamente o conteúdo do *requisito subjetivo*: estabelecer um estreito liame entre o serviço público e o Estado, de forma que a titularidade do serviço público esteja sempre em mãos deste.

Não poderia ser diferente, pois tais serviços, aos olhos dos particulares, são atividades econômicas muito lucrativas, que devem, indubitavelmente, ser controladas por meio de **poder de polícia estatal**, mas que não se encontram subordinadas ao regime jurídico de direito público: a escola privada não precisa fazer licitação para construção de sua sede, não precisa promover concursos públicos para contratação de pessoal.

O que as empresas privadas, autorizadas, por exemplo, pelo artigo 209 da Constituição Federal estão realizando são **serviços de educação**, mas não **serviço público de educação**. As atividades desempenhadas pelos particulares se assemelham a tudo quanto é realizado pelo Estado, todavia, para efeitos jurídicos, elas não podem receber o designativo “público”, justamente por não se encontrarem sob a titularidade estatal e, sim, dos particulares, que se encontram efetivamente prestando o serviço, inseridas num regime jurídico de direito privado.

A distinção que se pretende aludir procura estabelecer uma diferença entre a natureza jurídica dos serviços considerado “públicos” de outros serviços análogos, mas que não são “públicos”, deixando que o legislador defina, num determinado caso concreto, se efetivamente aquela atividade deverá ser alocada num regime de serviço público, ou se tal atividade configura um

serviço que é posto à disposição dos particulares, mediante algumas regras específicas de sua prestação estabelecidas pelo poder de polícia estatal.

Se o serviço em questão, por expressa autorização legal, permitir que o serviço seja exercido pelo Estado e pelo particular, quando submetido ao Estado receberá o designativo **serviço público** e quando pelo particular continuará sendo um **serviço**, todavia sem aquela qualificação. No primeiro caso, o serviço estará sob o regime de direito público e no segundo, sob a incidência do regime de direito privado.

Verifica-se, então, que o *requisito subjetivo* encontra guarida no conceito de serviço público adotado no presente trabalho, sendo necessário continuar essa investigação em relação aos demais requisitos.

3.4.4 Requisito Objetivo ou Material

De plano, pode-se afirmar que o conceito de serviço público formulado pelo Professor Celso Antônio a) a atividade desempenhada a título de serviço público deve salvaguardar algum interesse geral ou coletivo; b) essa atividade deve oferecer uma utilidade ou comodidade material e c) que a atividade oferecida seja singularmente fruível pelos administrados.

No tocante à primeira condição, imposta pelo *critério objetivo*, é possível averiguar que foi devidamente abrangida no conceito ora adotado. Consoante assevera o Ilustre Professor, o serviço público encontra-se destinado “à *satisfação da coletividade em geral*”: é justamente essa a condição imposta, que os serviços públicos somente poderão ser assim qualificados quando a atividade salvaguardar um interesse coletivo.

Consoante nos alumia o Emérito Professor:

[...] a atividade material em apreço, pois, é aquela destinada a atender a conveniências, necessidades, da coletividade em geral, pois se assim não fosse é bem de ver que o serviço não seria público, não seria voltado a satisfazer a coletividade, mas apenas interesses privados. Este traço está na própria origem da noção. Se não fora pela relevância para o todo social, o Estado não teria por que assumir tal atividade.¹⁰⁸

Por isso, não são públicos os serviços de telecomunicações denominados “interfones” que interligam apenas os particulares que possuem seu serviço próprio de conexão, assim como os radioamadores, que apenas se comunicam de forma restrita, entre aqueles que possuem o aparelho próprio e se propõem a ingressar nesse pequeno círculo de intercomunicadores.

Em relação à *segunda condição* imposta pelo *requisito objetivo*, concernente à conformação de uma *atividade que deve oferecer uma utilidade ou comodidade material à coletividade*, é possível denotá-la de maneira expressa no conceito adotado no presente trabalho, logo em seu início.

Tais diretivas exigem que o serviço público se **encontre vinculado à prestação de uma atividade**, ou seja,

[...] que se constitua no desenvolver de um comportamento contínuo, que se apresenta como uma fluência, seguidamente disponibilizado, e não como uma obra, um produto no qual se haja cristalizado dada atividade, como fruto acabado dela.¹⁰⁹

Para facilitar a compreensão do quanto se assevera, basta promover a comparação entre serviço público e obra pública, nos moldes preconizados pelo Mestre: a obra é um produto estático, o serviço é uma atividade, algo dinâmico; a obra produz uma coisa, no serviço, é a própria operação que ocasiona uma vantagem; a obra não presume a existência de um serviço, o serviço para ser prestado, normalmente pressupõe uma obra, que lhe constituiu o suporte material.

Consoante tais aspirações, resta evidente que a atividade material desempenhada sob a titulação de serviço público deve ser desenvolvida de

¹⁰⁸ Serviço Público e sua feição constitucional no Brasil. In Grandes temas de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009. P. 278.

¹⁰⁹ *Idem. Ibidem.* P. 276.

forma contínua e que tal comportamento tenha como conseqüência uma *utilidade* ou *comodidade* material para aquele que se encontra usufruindo do serviço.

Repare-se que essa utilidade ou comodidade poderá proporcionar qualquer benefício que o usuário venha a receber pela prestação dos serviços públicos (água, esgoto, gás, transporte coletivo, dentre outros). Não seria possível conceber um serviço público que não ofereça, minimamente, algum proveito, alguma benfeitoria à coletividade.

No tocante à última condição imposta pelo *requisito objetivo ou material*, a **fruição singular do serviço pelo usuário**, tal posição foi também adotada no conceito formulado pelo Professor Celso Antônio Bandeira de Mello: restringiu-se a noção de serviço público àqueles denominados *uti singuli*, ou seja, aqueles serviços **individualmente fruíveis pelo usuário**.

A doutrina pátria sempre preconizou a distinção entre os serviços *uti singuli*, aqueles prestados diretamente a usuários determinados e os serviços *uti universi*, serviços prestados à generalidade da população.

Consoante preconiza César Guimarães:

[...] a noção de serviços *uti universi* vem perdendo a relevância no âmbito da teoria do serviço público. Remete-se a sua prestação às atividades gerais do Estado, reservando-se o conceito de serviço público aquelas atividades de prestação de utilidades dirigidas a usuários determináveis.¹¹⁰

Realmente, o serviço público é colocado à disposição do público em geral, com foco no **usuário**, que deve se beneficiar daquela comodidade material a ele destinada. O interesse coletivo a ser salvaguardado pela consecução dos serviços públicos é justamente o interesse que cada usuário do serviço possui em receber aquela prestação estatal e desfrutá-la plenamente.

¹¹⁰ Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos. São Paulo: Saraiva, 2006. P. 24.

Tal orientação tem fundamento nas lições de Renato Alessi, conforme nos alerta o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, que pressupõe a concretização de uma relação jurídica entre a Administração e o particular destinatário da prestação. Para o renomado jurista italiano, não seria possível falar em *relação jurídica concreta* tendo por base o oferecimento de serviços públicos, se esses *não forem singularmente fruíveis* pelo administrado.¹¹¹

Nesse contexto, não se coadunam com a exata noção de serviço público os serviços *uti universi*, devendo ser estabelecida, de forma concreta, uma relação jurídica entre a Administração e o usuário, reafirmando o interesse coletivo que determinou aquela atividade como legítimo serviço público.¹¹²

Registre-se que o presente tema guarda absoluta conexão com a questão da remuneração dos serviços públicos, restando claro que, ao se optar por uma noção de *serviço público* cuja atividade seja singularmente desfrutada pelo usuário, está-se também prescrevendo que a remuneração pelo serviço prestado deverá ser também *divisível* e *individual* para cada um dos seus utentes.

Os reflexos mais sensíveis dessa questão se encontram afetos à concessão de serviços públicos, já que, como regra geral, os usuários serão os responsáveis pela remuneração do prestador do serviço, com a possibilidade de algum subsídio estatal.

Dessa forma, constata-se a necessidade de que as **atividades** que se encontram afetas à materialização dos serviços públicos encontrem supedâneo

¹¹¹ Serviço Público e sua feição constitucional no Brasil. In Grandes temas de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009. P. 273.

¹¹² Nesse sentido, valem as considerações bem articuladas de César Guimarães a respeito do tema: “Ao mesmo tempo em que se afirma o caráter coletivo do serviço público (que torna instrumental a posição do usuário), destaca-se o papel individual do usuário na relação concreto de serviço. Essa afirmação não nega que o serviço público seja dirigida ao público em geral, a uma pluralidade indeterminada de usuários em potencial. Mas, se baseia em que o usuário efetivo é determinado e integra uma relação jurídica concreta. Por isso é que somente os serviços fruíveis singularmente é que podem ser caracterizados como serviços públicos. (Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos. São Paulo: Saraiva, 2006. P. 34).

nesses **requisitos** estabelecidos no conceito adotado, seja no que se refere ao oferecimento de utilidade ou comodidade material aos destinatários do serviço, seja na fruição singular da atividade pelo usuário.

3.4.5 Requisito Formal

Resta, então, examinar se o *requisito formal* se encontra compreendido no conceito de serviço público adotado.

Nesse particular, verifica-se na parte final do conceito formulado pelo Professor Celso Antônio Bandeira de Mello que o serviço público encontra-se afeto a “*um regime de Direito Público – portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo*”.¹¹³

Esse é justamente o ponto principal, do qual discordam alguns juristas, que reputam que o regime jurídico de direito público não mais satisfaz as necessidades atuais de prestação dos serviços e por isso, encontra-se autorizada sua prestação sob *regime de direito privado* ou sob *regime jurídico parcial de direito público*.

Apesar de tal posicionamento jurídico, a verdade é que a Constituição Federal de 1988, ao incumbir à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a senhoria de alguns serviços, imediatamente os submete ao regime próprio que disciplinam as relações travadas entre essas entidades: o *regime jurídico de direito público*.

Não teria qualquer sentido lógico ou jurídico atribuir determinado serviço à incumbência dos entes federativos e, na sequência, admitir a possibilidade de que sejam desenvolvidos sob a incidência de um regime de direito privado. O

¹¹³ Serviço Público e sua feição constitucional no Brasil. *In* Grandes temas de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009. P. 275.

regime próprio da Administração é o regime jurídico-administrativo, trata-se de noção basilar, que não se pode negar.¹¹⁴

Nesse sentido, se houver um serviço que esteja sendo realizado por meio de outro regime que não o de direito público, pode-se dizer que tal serviço não possui o qualificativo “público”, encontrando-se, destarte, sob outro regime, próprio das atividades econômicas, em que impera a livre iniciativa.

Vale a citação do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello acerca da inequívoca aplicação do regime de direito público aos serviços público:

[...] em suma: o que se deseja encarecer é que de nada adiantaria qualificar como serviço público determinadas atividades se algumas fossem regidas por princípios de Direito Público e outras prestadas em regime de economia privada. Posto que o jurista só tem interesse em localizar quis as regras e princípios que presidem seu desempenho, ver-se-ia a braços com noção inútil, imprestável para indicar-lhe o único objeto que tinha em mira.¹¹⁵

Além dessas considerações, que já bastariam para justificar a incidência do regime especial, não resta dúvida que faz parte integrante desse regime jurídico uma série de princípios e regras específicas que disciplinam o serviço público, tais como a *universalidade*, *continuidade* e *modicidade das tarifas*, dentre outros a serem pormenorizados nas linhas que seguem.

Adiante-se, todavia, que tais diretivas se encontram insculpidas em norma infraconstitucional expressa, como ocorre no § 1º, do artigo 6º da Lei nº 8.987/95, diploma legal que regula a concessão dos serviços públicos.

¹¹⁴ Infelizmente, para justificar a incidência do regime de direito privado, alguns doutrinadores pincelam algumas lições alienígenas, as quais, todavia, não possuem ressonância em nosso ordenamento jurídico, o que infelizmente desprestigia a logicidade do seu pensamento. É o caso, por exemplo, da França, onde se admite a prestação dos chamados serviços públicos industriais e comerciais em franco regime de direito privado.

¹¹⁵ Curso de direito administrativo. 27ª Ed. rev. e atual. até a EC nº. 64/10. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 680.

Não é demais afirmar, outrossim, que, se uma legislação infraconstitucional estabeleceu, eventualmente, a possibilidade da prestação de um serviço público em regime de direito privado temos duas possibilidades para resolver o impasse: **ou** o dispositivo legal em questão é inconstitucional e, dessa feita, deve ser expurgado do sistema mediante o procedimento jurídico correto, alternativa que acaba sendo sempre criticada, pois se busca sempre a adequação da norma ao sistema, **ou** aquele determinado serviço deixou de ser público e, portanto, encontra-se, agora, sob a tutela da economia privada, relegando-se, ao Estado, apenas, as funções de fiscalizá-lo e regulá-lo, em flagrante desempenho de atividade de polícia administrativa.

A sustentar essa posição, não se entende retroceder no tempo, de forma a defender algo que não encontra ressonância com os avanços tecnológicos observados nos últimos anos, principalmente no que se refere à modernidade a que os serviços públicos se encontram submetidos.

Não há dúvida que, em se tratando de serviço público, muitas tecnologias surgiram e proporcionaram uma melhor prestação do serviço. Esse é um fenômeno do mundo atual que não se pode negar: os meios de telecomunicação são melhores do que outrora, os ônibus e trens são mais avançados tecnicamente do que os de antigamente, as novas técnicas de tratamento de esgoto e de resíduos sólidos configuram uma realidade pujante.

Todo esse quadro tecnológico, porém, jamais tem o condão de justificar a alteração do regime jurídico de prestação dos serviços, e isso ocorre, justamente, porque sua relevância social continua subsistindo. Com o advento dessas novas tecnologias, pode-se dizer que a importância social do serviço recebeu ainda maior sobrelevô, de forma a exigir do Estado uma superior acuidade em seu tratamento.

Se os reclamos sociais se tornaram mais exigentes, cumpre ao Estado oferecer serviços públicos que possam corresponder a tais expectativas, servindo tais exigências como verdadeiras molas propulsoras de desenvolvimento estatal.

Nesse sentido, o problema não será resolvido pela transferência da titularidade do serviço aos particulares, e sua conseqüente inclusão ao regime jurídico de direito privado e, sim, aparelhando o Estado para que se desenvolva na mesma escala de exigência tecnológica requerida pelo meio social.

Saliente-se apenas que, para cumprir com tais desideratos, o Estado tem ao seu dispor importantes instrumentos jurídicos que podem auxiliá-lo nesse desenvolvimento, como é o caso, por exemplo, das concessões de serviços públicos, em que os particulares, em perfeita colaboração com o Poder Público, podem dispor dessas novas tecnologias, sem suprimir essa atividade da titularidade estatal.

Nesse particular, o Estado ainda se encontrará marchando rumo aos ditames do Estado Social de Direito, uma vez que poderá subsidiar, de forma parcial ou integral, tais serviços aos usuários que não detenham condições para tanto, de forma a inseri-los nesse contexto moderno.

Conclui-se, destarte, que o *requisito formal* se encontra devidamente delineado no conceito de serviço público adotado, tal como ocorreu em relação ao *requisito subjetivo* e o *requisito objetivo ou material*.

4. Princípios do serviço público

4.1. Considerações iniciais

Como visto anteriormente, os princípios jurídicos, hodiernamente, são reconhecidos por sua efetiva *normatividade*, o que lhes confere o *status* de **normas jurídicas**, tais como as regras. Todavia, a relevância dos princípios jurídicos no direito se sobrepõe em relação às meras regras, uma vez que eles possuem um *vetor axiológico* que as regras não possuem, irradiando, com isso, seus efeitos para todo o ordenamento jurídico e impondo suas diretivas.

Nesse sentido, a violação a qualquer princípio significa a violação de porção significativa da própria ordem jurídica e os efeitos dessa violação são extremamente prejudiciais, uma vez que, pela força expansiva dos princípios, estar-se-á infringindo uma série ilimitada de preceitos já enraizados no sistema positivo.

De outro lado, os princípios jurídicos afetos ao serviço público criam uma série de preceitos obrigatórios que devem ser necessariamente respeitados sempre que se tratar do instituto.

Esses preceitos consubstanciam um *regime jurídico próprio do serviço público*, conformado não somente pelos princípios que compõem o regime jurídico-administrativo, mas, também, por princípios específicos que lhe conferem identidade.

Tais princípios foram concebidos originalmente pela doutrina francesa, especialmente por Louis Rolland que, de forma precursora, estabeleceu os seguintes princípios que deveriam nortear o instituto dos serviços públicos: a) continuidade; b) adaptação; e c) igualdade.

À época, esses princípios denominavam-se “Leis de Rolland”, em justa homenagem a seu idealizador, e, na evolução dos tempos, foram sendo

incluídos vários outros, tanto pelo esforço da jurisprudência francesa, quanto pela doutrina mais abalizada.¹¹⁶

No Brasil, o modelo principiológico concebido a partir da doutrina e jurisprudência francesas acabou sendo absorvido, com algumas adaptações, pelo nosso direito positivo, de forma a consolidar um regime especial, que tem por **finalidade última a prestação de um serviço adequado, tal como previsto no inciso IV, do artigo 175 da Carta Constitucional de 1988.**

Os princípios introduzidos no sistema, a partir daqueles de envergadura constitucional, configuraram-se verdadeiras especificidades desse preceito mais genérico, encontrando com ele consonância absoluta.

Assim, em que pesem esses princípios terem sido consolidados na legislação infraconstitucional, especialmente na Lei nº 8.987/95, isso não quer dizer que não irradiem seus efeitos para todo o direito positivo, como se estivessem expressos na Constituição Federal. Isso porque o veículo que introduziu determinado princípio no sistema jurídico não pode servir como limitação à sua aplicação, sendo imprescindível valorá-los em perspectiva sistemática.¹¹⁷

Não é demais ressaltar, tendo em vista a própria evolução tecnológica dos serviços públicos, que é possível que alguns princípios estejam voltados a disciplinar apenas um específico serviço público. É claro que suas emanações não incidirão sobre os demais serviços públicos, todavia, em relação a ele, obviamente sua incidência é absoluta e fará parte integrante de seu regime jurídico.¹¹⁸

¹¹⁶ Consoante as lições de Stéphane Braconnier: “tous les services publics sont soumis, quels que soient leur nature ou leur mode de gestion, à un corps de principes appelés ‘lois du service public’ ou ‘lois de Rolland’, que leur sont applicables, même sans texte. L’égalité, la continuité e la mutabilité constituent ainsi les piliers traditionnels de l’organisation de outo service public, les ‘lois réelles’ du service public.” (*Droit des services publics*. 2ª Ed. atual. Paris: Puf, 2003. P. 299.)

¹¹⁷ O Professor Rafael Valim encarece como prova dessa circunstância, o que ocorre com o princípio da segurança jurídica, “ao qual ninguém hesita em atribuir dignidade constitucional, não obstante sua consagração expressa, conforme veremos, seja obra do legislador infranconstitucional.” (O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 37).

¹¹⁸ A chamada Lei de Saneamento (Lei Federal nº 11.445/07) estabelece em seu artigo 2º, uma série de princípios fundamentais a serem observados na prestação dos serviços públicos de saneamento básico.

Passa-se, então, a uma rápida digressão acerca do conteúdo dos princípios do serviço público que o direito brasileiro devidamente encampou, de forma a reafirmar a noção de que o regime próprio dos institutos é o regime de direito público, em perfeita consonância com o *requisito formal* adotado no presente trabalho.

4.2 Princípio da Generalidade ou Universalidade

O princípio da generalidade ou universalidade prescreve que o serviço público deve ser disponibilizado para toda a coletividade: trata-se de uma decorrência do próprio princípio da igualdade.

Hodiernamente, pode-se dizer mais, que o conteúdo efetivo do princípio da universalidade reside na imposição, ao Estado, de fazer com que todos os usuários de uma dada coletividade recebam efetivamente o serviço público por ele titularizado, não sendo mais suficiente sua mera disponibilização.

De nada adiantaria o Estado disponibilizar o serviço se ele não garantir que todos sejam efetivamente atendidos por aquele serviço. O interesse coletivo a ser protegido pela prestação do serviço não é satisfeito com a sua mera disposição, mas sim, como o atendimento universal da sociedade.

Retira-se o fundamento jurídico do aludido princípio, de forma implícita, da Constituição Federal, ao incumbir o Poder Público, em seu § 4º, do artigo 175 a manter serviço público adequado e, de maneira expressa, do disposto no § 1º, do artigo 6º da Lei nº 8.987/95.

Dentre eles, dispõe o inciso XII, do aludido preceptivo legal: “integração das infra-estruturas e serviços com a gestão eficiente dos recursos hídricos”. Ora, é claro que tal princípio faz todo sentido em relação ao serviço de saneamento básico, todavia, no tocante ao serviço público de transporte coletivo não é possível se inferir qualquer aplicação, pois não há sentido lógico ou jurídico na integração da infra-estrutura do transporte com a gestão eficiente de recursos hídricos!!!

4.3 Princípio da Modicidade

Aspecto que sempre suscita polêmicas acerca dos serviços públicos se refere a sua remuneração. Realmente, por se tratar de atividade essencial à coletividade, seria desnecessário afirmar que sua acessibilidade deve ser garantida, mediante o pagamento de valores baixos ou mesmo subsidiados, uma vez que, no Brasil, grande parte da população vive em estado de miserabilidade ou muito próximo dele.

Não há dúvida que dificilmente o Estado teria condições de arcar, com exclusividade, os serviços públicos para a coletividade, já que não é só a população que sofre com a falta de recursos. É claro que a situação econômica do País se encontra melhorando nos últimos anos, mas não é possível generalizar, principalmente no Brasil, que possui dimensões continentais, existindo entes federativos que sofrem intensamente com a falta de recursos diante da enormidade de atribuições que lhe são incumbidas.

O que fazer, então? Como conciliar realidades tão distintas social e economicamente e estabelecer um requisito jurídico que possa privilegiar a modicidade tarifária, permitindo uma redução das desigualdades sociais?

Ora, a solução é antiga: é justamente por conta das diretivas encabeçadas pelo princípio da modicidade tarifária que o Estado deve se nortear sua atuação, sempre atento ao modelo social que se encontra tracejado na Carta Constitucional de 1988.

Esse norte da modicidade tarifária, que tem *status* de princípio jurídico, deve guiar o administrador para, em casos em que se esteja diante de condições econômicas favoráveis, promover gratuitamente a prestação de tais serviços para as camadas mais pobres da população ou, caso não seja possível, estabelecer tarifas sociais, subsidiadas em parte pelo Poder Público, de forma que o serviço público seja efetivamente prestado.

No caso de entes federativos mais carentes, algumas alternativas podem ser aventadas, já que a única que deve ser descartada é a omissão estatal em deixar de prestar os serviços públicos. Por outro lado, não se pode olvidar que a infra-estrutura necessária para o desenvolvimento dos serviços públicos, na maioria dos casos, demanda um elevado volume de investimentos.¹¹⁹

Nesses casos, em que o ente federativo não disponha de recursos para investir em serviços públicos ou não tenha índice de liquidez necessário para obter financiamento, a alternativa que se coloca é, muitas vezes, estabelecer uma parceria com o ente privado, que de alguma forma irá propiciar que tais serviços públicos sejam colocados à disposição do particular.

Nem se diga que essa possibilidade é inadequada, porque o empresário que irá funcionar como prestador do serviço visa ao lucro e, portanto, a população será inevitavelmente explorada.

Essa é uma visão antiga e inadequada do instituto, pois a despeito do empresário realmente visar ao lucro, esse acréscimo patrimonial não precisa ser extorsivo, de forma a *sacrificar demasiadamente* o cidadão. Ao se manter nas mãos do Estado a titularidade do serviço, e com isso, o efetivo controle da remuneração do particular, é possível adequá-la à realidade econômica da população. Alternativa nociva e altamente prejudicial seria submeter essa lucratividade às regras de mercado, como muitos pretendem por meio das privatizações¹²⁰.

No caso da concessão, a amortização do capital investido pelo empresário pode ser bastante alongada, não sendo necessário que todo o montante seja revertido nos primeiros anos da execução contratual,

¹¹⁹ Não resta dúvida que pior alternativa para a coletividade do que a impossibilidade do Estado não possuir recursos para prestação de serviços públicos é deixar de prestá-los. Dessa forma, por mais que um processo de concessão de serviços públicos possa ser criticado (corrente à qual não me filio), indubitavelmente é mais salutar do que a inação estatal em relação aos serviços públicos.

¹²⁰ Privatização no sentido de venda dos ativos públicos aos particulares, em regime de livre iniciativa, conforme estabelecido na Lei Federal que veiculou o Programa Nacional de Desestatização.

observando-se o nível de capacidade financeira da população, sem qualquer trauma.

Além disso, para os mais carentes, que não podem remunerar a prestação dos serviços públicos, pode ainda o Estado subsidiar os custos, permitindo que aquele cidadão recupere, finalmente, a sua dignidade.

Veja-se, pois, a importância do *princípio da modicidade das tarifas*: é ele que, indubitavelmente, obrigará que o Estado promova a prestação dos serviços públicos em valores que possam ser suportados pela população, em flagrante harmonia com o *princípio do solidarismo* e da dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal prescreveu em seu inciso III, do parágrafo único, do artigo 175 que o legislador infraconstitucional deverá disciplinar a política tarifária dos serviços públicos. Em cumprimento à determinação constitucional, a Lei nº 8.987/95 além de prescrever em seu § 1º, de forma expressa, que serviço adequado é aquele que satisfaz a modicidade das tarifas, inclui em seu Capítulo IV o Título “DA POLÍTICA TARIFÁRIA” de forma a disciplinar adequadamente a questão. Nesse particular, ressalve-se que o artigo 11 da Lei de Concessão prevê a possibilidade de se instaurarem receitas alternativas para favorecer a modicidade das tarifas.

4.4 Princípio da Continuidade

Ao tratar das raízes do princípio da continuidade, a Ilustre Professora Dinorá Grotti encarece que:

Para a Escola do Serviço Público, o princípio da continuidade é um requisito qualificador do serviço público. Jêze chega a fundamentar seu regime jurídico especial na exigência prestacional contínua e regular, pois todas as regras jurídicas especiais ‘têm por objeto facilitar o funcionamento regular e contínuo do serviço público, satisfazendo, de forma mais rápida e completa que seja possível, as necessidades de interesse geral.’ Na França, o princípio da continuidade tem valor

constitucional pelo Conselho Constitucional e é considerado princípio geral de direito pelo Conselho de Estado.¹²¹

E continua a preclara Professora:

[...] o princípio da continuidade dos serviços públicos deriva de sua indispensabilidade, do seu caráter essencial e do interesse geral que o serviço satisfaz. Destarte, seu funcionamento há de ser contínuo, sem interrupções, a não ser em hipóteses estritas, previstas em lei.¹²²

Diante da ressalva feita ao final do trecho transcrito acima, cumpre verificar, num primeiro momento, se se trata, aqui, efetivamente, de um princípio ou de uma regra jurídica.

Sem nos aprofundarmos demasiadamente no espinhoso tema, quer nos parecer que, quando se trata de um verdadeiro princípio jurídico não há que se falar em exceções: sua aplicabilidade é absoluta, em dada área do direito.

O acerto dessa conclusão talvez se possa demonstrar de forma indireta pela análise dos conceitos expendidos por Robert Alexy na sua conhecida “Teoria dos Direitos Fundamentais” quando analisa o fenômeno da colisão entre regras jurídicas e princípios jurídicos.¹²³

Escrevendo sobre o conflito de regras, Robert Alexy afirma que “um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma regra, uma *cláusula de exceção que elimine o conflito*, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida” (sublinhamos)¹²⁴.

¹²¹ A ordem econômica na Constituição de 1988. 13ª. Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 260.

¹²² *Idem. Ibidem.* P. 260.

¹²³ Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 92.

¹²⁴ *Idem. Ibidem.* P. 92. De se observar, porém, que Ronald Dworkin entende que essa regra de exceção deva se conter na enunciação completa da própria norma – mas esta afirmação apenas reforça o argumento do texto. (Levando os direitos a sério. 2ª Ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007. P. 40)

Portanto, essas considerações deixam claro que uma regra pode ter uma exceção – seja na formulação dela própria (Dworkin), seja mediante formulação autônoma, em outra norma jurídica (Alexy).

Porém, ao analisar a colisão entre princípios, diz Alexy:

As colisões entre princípios deve ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido – um dos princípios terá de ceder.¹²⁵

Ora, isso significa que o princípio, além de não ter exceção, deve se aplicar *por inteiro* a dada área de regramento jurídico e, caso venha a colidir com outro, há que se valer da chamada lei da colisão enunciada por Alexy:

“A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de *condições* sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras *condições*, é possível que a questão de precedência seja resolvida de forma contrária”.¹²⁶

Assim, da afirmação feita pela Professora Dinorá Grotti – “Destarte, seu funcionamento há de ser contínuo, sem interrupções, a não ser em hipóteses estreitas, previstas em lei”¹²⁷ – no que tange às exceções, segundo entendemos, *deve ser interpretada como exceções à fruição individual do serviço e não quanto à paralisação do serviço como um todo*.

Portanto, há que se distinguir o *princípio geral da continuidade* das *regras especiais de fruição do serviço*.

Dessa forma, se uma estação de tratamento de água precisa de energia elétrica para funcionar e por algum motivo o prestador do serviço deixou de

¹²⁵ Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 93.

¹²⁶ *Idem. Ibidem.* P. 96.

¹²⁷ O serviço público e a Constituição brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003. P. 261.

adimplir o fornecedor, não poderá esse último interromper o serviço, pois o bem maior a ser salvaguardado é o interesse público que há no fornecimento de água para a população, devendo o prestador dos serviços de energia elétrica promover as medidas judiciais cabíveis no sentido de ver seu crédito satisfeito, sem qualquer sacrifício da população.¹²⁸

Tais considerações, polêmicas é verdade, não nos impede de enfatizar que, malgrado essas circunstâncias especiais rigorosamente tratadas na legislação, o princípio deve possuir aplicação absoluta e é extremamente importante que assim o seja, para que o Estado não tenha como, legitimamente, justificar sua inação em relação à paralisação da prestação dos serviços, de forma a assumir todas as responsabilidades que dessa situação advierem.¹²⁹

Imagine-se se a concessionária que promove a prestação dos serviços de transporte ferroviário resolver paralisar o serviço *sponte propria*: indubitavelmente prejudicará um número ilimitado de pessoas, encontrando-se sua conduta absolutamente vetada por conta do aludido princípio.

Registre-se, outrossim, que o princípio da continuidade tem estreita relação com um princípio geral de direito administrativo, qual seja, o princípio da indisponibilidade do interesse público.

Assim como, por conta desse princípio geral, o Estado se encontra investido em determinadas funções, encarnando interesses que não lhe são próprios, mas tendo o dever de curá-los, nos termos da finalidade a que estão adstritos: na prestação dos serviços públicos o Estado, por conta do princípio

¹²⁸ Nesse particular, anota-se que existem acórdãos proferidos pelos mais diversos Tribunais do Brasil (TJSP, TJRS, TJRO, TJPR, STJ) admitindo a impossibilidade do corte de energia elétrica, por constituir serviço público indispensável à população, obediente ao princípio da continuidade, tanto no que se refere aos particulares como às entidades estatais e também decisões no sentido contrário, em face inclusive, da inadimplência do usuário.

¹²⁹ A jurisprudência dos Tribunais Superiores tem enfrentado essa polêmica questão há muito tempo, sendo possível identificar decisões favoráveis e desfavoráveis acerca da possibilidade de interrupção do serviço. No mesmo sentido é a doutrina, que ora admite a possibilidade de interrupção, ora não admite. Existem ainda aqueles que estabelecem uma terceira opção, admitindo a interrupção em alguns casos (como no dos serviços facultativos) e inadmitindo nos chamados serviços obrigatórios.

da continuidade, tem o dever de prestá-los uma vez que não se encontram sob sua livre disposição.

Do princípio da indisponibilidade do interesse público decorre o chamado princípio da obrigatoriedade do desempenho de atividade pública e seu cognato, o princípio da continuidade do serviço público.

Acerca do tema, eis a transcrição literal das lições do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] o princípio da obrigatoriedade do desempenho da atividade pública traduz a situação de 'dever' em que se encontra a Administração – direta ou indireta – em face da lei. Como efeito, uma vez que a Administração é curadora de determinados interesses que a lei define como públicos e considerando que a defesa, e prosseguimento deles, é, para ela, obrigatória, verdadeiro dever, a continuidade da atividade administrativa é princípio que se impõe e prevalece em quaisquer circunstâncias.¹³⁰

Continua o Emérito Jurista:

Outrossim, em face do princípio da obrigatoriedade do desempenho da atividade pública, típico do regime administrativo, como vimos vendo, a Administração sujeita-se ao dever de continuidade no desempenho de sua ação. O princípio da continuidade do serviço público é um subprincípio, ou, se se quiser, princípio derivado, que decorre da obrigatoriedade do desempenho da atividade administrativa. Esta última, na conformidade do que se vem expondo, é, por sua vez, oriunda do princípio fundamental da 'indisponibilidade, para a Administração dos interesses públicos', noção que bem se aclara ao se ter presente o significado fundamental já exposto da 'relação da Administração'.¹³¹

Vê-se, portanto, que o princípio em referência decorre diretamente do regime jurídico-administrativo. Todavia, é possível se encontrar anotação legislativa expressa ao princípio no § 1º, do artigo 6º da Lei nº 8.987/95, a chamada Lei de Concessões e também no próprio Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8078/90) no *caput*, do seu artigo 22.

¹³⁰ Curso de direito administrativo. 27ª Ed. rev. e atual. até a EC nº. 64/10. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 80.

¹³¹ *Idem. Ibidem.* P. 81.

Registre-se, finalmente, que existem diplomas legais, cujo objeto é a disciplina de determinados serviços públicos, os quais fazem referência expressa ao aludido princípio e também estabelecem as hipóteses em que não possui aplicação. Para exemplificar o quanto exposto é possível citar os serviços públicos de saneamento básico, em relação ao qual a Lei 11.445/07, em seu artigo 43, estabelece que “a *prestação dos serviços atenderá a requisitos mínimos de qualidade, incluindo a regularidade, a **continuidade***” e ainda, em preceptivo precedente, isto é, no artigo 40, há o registro das hipóteses em que a fruição dos serviços pode ser interrompida.

4.5 Princípio da Transparência

O princípio da transparência reclama que, em sede de prestação de serviços públicos, sejam conferidas à coletividade, da forma mais ampla possível, todas as informações concernentes aos serviços, para que os usuários tenham efetiva ciência de como anda a sua prestação.

Se os serviços públicos prestigiam um interesse coletivo, não resta dúvida que os titulares desse interesse devam ter conhecimento da situação em que se encontra a prestação desses serviços.

No intuito de dar cumprimento ao referido princípio é que se encontram previstas as audiências e consultas públicas, tão salutares para permitir que a coletividade participe efetivamente de decisões administrativas que tenham por objeto a prestação de serviços públicos.

Tão somente para ilustrar, verifica-se que a nova Lei de Saneamento Básico veio estabelecer uma série de atividades nesse sentido: prevê a realização de audiência e de consultas públicas sobre o edital de licitação e contrato, no caso de concessão dos serviços (inciso IV, do artigo 11); assegura ampla divulgação das propostas dos planos de saneamento básico mediante a realização de audiências ou consultas públicas (§ 5º, inciso V, do artigo 19); garante, no processo de elaboração e revisão dos planos de saneamento básico, a realização de consulta e audiências públicas para oferecimento de

críticas e sugestões (artigo 51); determina a oitiva dos usuários de serviço público no caso do Poder Público promover revisão tarifária (§ 1º, do artigo 38), dentre outras.

A obrigatoriedade que se impõe, pelo princípio da transparência, permite uma participação direta da coletividade na promoção dos serviços públicos, diminuindo o tradicional distanciamento que normalmente se apresenta entre os agentes públicos e a coletividade, de forma a inserir o particular no processo de decisão administrativa, uma vez que produzirá efeitos imediatos em sua esfera jurídica. Em certos casos, certamente a participação popular irá demonstrar que o caminho intentado pela Administração pode ser desastroso se ouvido o usuário.

Para arrematar, registre-se que o aludido princípio é corolário do *princípio da publicidade*, que consagra o dever da Administração Pública de manter plena transparência em seus comportamentos. Tal princípio, a despeito de sua especial feição em relação aos serviços públicos, acaba irradiando seus efeitos para toda a Administração, por fazer parte integrante do regime jurídico-administrativo, à luz do disposto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

4.6 Princípio da Adaptabilidade, Mutabilidade ou Atualidade

Ausente de dúvida que o serviço público deva ser prestado de acordo com os padrões tecnológicos mais atuais possíveis, devendo se adaptar às modernidades para que não fique obsoleto.

Consoante asseverado, requer-se um serviço público moderno, atual, que disponha das melhores tecnologias disponíveis no mercado. Não se admite mais um serviço precário, ultrapassado, antiquado. Deve o Estado se encontrar preparado para promover, sempre que necessário, as adaptações que sejam necessárias.

Em casos em que o serviço público tenha sido delegado ao particular, a exigência deve ser inquestionavelmente mantida, devendo o prestador do

serviço oferecer aos usuários um serviço moderno, que disponha de tecnologias avançadas, de forma a atender os anseios da coletividade.

Por isso, em contratos que tenham essa natureza e que normalmente são celebrados por períodos longos (20, 30 até mesmo 40 anos), é preciso que o instrumento convocatório seja muito bem elaborado para possibilitar que, mesmo após alguns anos de execução contratual, as novas tecnologias surgidas possam ser incorporadas, de forma a promover uma adaptação contínua e gradual.

Não é por outro motivo que a Lei de Concessão, no § 1º, do artigo 6º, agasalhou o aludido princípio de maneira expressa, obrigando o concessionário a oferecer um serviço adequado, que satisfaça as condições de atualidade.

4.7 Princípio da Cortesia

A Professora Dinorá Grotti sintetiza bem o princípio da cortesia ao asseverar que:

[...] traduz-se em bom acolhimento ao público. Impõe-se a quem presta um serviço público um tratamento urbano, civilizado, sem o menosprezo daquele que se considera dono da coisa pública, prevalecendo-se do poder que lhe foi atribuído, tal como se estivesse prestando um favor aos usuários.¹³²

O serviço público tem como destinatário o usuário: não seria lógico construir todo um regime próprio para os serviços públicos, guardião do interesse coletivo, se fosse autorizado que os prestadores do serviço agissem de forma a aviltar os que dele se utilizam. Trata-se de uma peculiaridade importante e que terá o condão de impor aos agentes faltantes severas sanções pelo descumprimento desse dever.

¹³² O serviço público e a constituição brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003. P. 299.

Registre-se que o princípio não deve nortear simplesmente aqueles que de, alguma forma, se relacionam mais diretamente com o usuário, mas de todos quantos desempenham as atividades materiais específicas concernentes àquele serviço.

Por outras palavras, os destinatários de suas diretivas são, portanto, todos os prestadores do serviço, desde a autoridade máxima da entidade até um simples operador material do serviço em referência. A reciprocidade deve também existir em relação aos usuários, diga-se de passagem.

O mínimo que se espera daquele que venha a prestar o serviço é um comportamento afável, educado e cortês, em perfeita sintonia com os mais comezinhos deveres de urbanidade. Não foi por acaso que o princípio da cortesia recebeu expressa menção no § 1º, do artigo 6º, da Lei de Concessão.

4.8 Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade, aplicável, indistintamente, a toda atividade da Administração Pública, tem especial incidência no regime jurídico dos serviços públicos. A noção que nele se encerra é bastante simples: a Administração Pública deve tratar todos os administrados de forma igualitária, desprovida de qualquer discriminação injustificada. Encontra previsão expressa no artigo 37, *caput* da Constituição Federal, além de estar mencionado no *caput*, do artigo 5º da Carta de 1988 (“todos são iguais perante a lei”).

Aplicando essas noções ao serviço público, tem-se que os seus usuários devem ser tratados de forma juridicamente igual, sem qualquer tipo de discriminação.

Obviamente, aqueles que merecerem tratamento diferenciado ou especial, por alguma condição pessoal específica, devem recebê-lo, pois somente assim serão tratados de forma igual aos que não apresentam essas deficiências.

O que se exige é uma relação de pertinência entre a circunstância específica em que se encontra o usuário e o dever de fornecimento do serviço, sendo legítimo, portanto, que sejam realizadas adaptações para prestação do serviço em relação aos usuários que ostentem tal discrimen.

Parafraseando o célebre ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Melo, o critério discriminatório para estabelecimento de diferentes regimes jurídicos a beneficiar determinadas categorias (nunca usuários individualmente identificados) sempre deve guardar relação de pertinência lógica para com o motivo de fato escolhido, sempre à vista de racional fundamento para tanto¹³³.

É claro que se o tratamento que é conferido ao usuário não guardar qualquer pertinência com a sua situação especial, mesmo que seja para conferir-lhe benefícios, tal comportamento é juridicamente inadequado, sendo possível a responsabilização do prestador.

O transporte coletivo especial, utilizado por pessoas com algum tipo de deficiência, reclama uma série de especificidades que o transporte ordinário não apresenta, sendo uma obrigação estatal *adaptar* o serviço para que todos possam acessá-lo e, com isso, eliminar qualquer tipo de obstáculo.

Nesse sentido também são justificadas as chamadas “tarifas sociais”, que são oferecidas a determinada categoria de usuários, que contemplam valores mais baixos para prestação de um determinado serviço público. É justamente em função de uma dada situação de vida real (como a condição econômica do cidadão) que se proporcionam condições específicas para que aquele usuário possa usufruir, como qualquer outro cidadão, do serviço público.

Essa é uma faceta importantíssima do regime jurídico do serviço público, sendo absolutamente necessárias todas as ações estatais que possam, de alguma forma, proporcionar um tratamento especial aos usuários que dele precisam, a fim de inseri-lo no contexto social: esse é o verdadeiro espírito que

¹³³ Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª Ed. 13ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 21.

deve nortear a prestação dos serviços públicos; essa é a filosofia que deve balizar a atividade administrativa no seio do Estado Social.

4.9 Princípio da Regularidade

No que se refere ao princípio da regularidade, alguns autores o estabelecem como corolário do princípio da continuidade. Todavia, examinando-se de forma mais detida o conteúdo de cada um deles, percebe-se que são diferentes.

Essa posição tem supedâneo na própria legislação de regência, que aponta de maneira expressa tanto a “continuidade” quanto a “regularidade”, conforme se infere no § 1º, do artigo 6º da Lei nº 8.987/95. Caso pretendesse falar da mesma realidade jurídica, não teria o legislador expressamente registrado os dois princípios, bastaria falar em *continuidade* **ou** em *regularidade*.

Dessa forma, o conteúdo do princípio da regularidade se refere à necessidade do serviço público ser prestado de acordo com as normas que o disciplinam, de forma a atender às condições específicas em que foram concebidos.

No momento em que o prestador de serviço público deixa de atender às normativas que o individualizam, acaba descumprindo o princípio da regularidade, a exigir a fiel observância, durante toda a prestação do serviço, das condições e regras preestabelecidas.

Esse conteúdo, a despeito de ser um complemento à continuidade, com ela não se confunde. Pode ocorrer, então, uma situação em que o serviço público esteja sendo prestado de forma *contínua*, todavia, *sem regularidade*.

4.10 Princípio do Controle (Interno e Externo) sobre as condições de sua prestação

O princípio em referência foi expressamente consignado pelo Professor Celso Antônio Bandeira de Mello como parte integrante do regime jurídico dos serviços públicos¹³⁴.

Essa posição doutrinária, que nos parece absolutamente acertada, tem fundamento justamente na importância que os serviços públicos possuem para coletividade, devendo sua prestação receber uma rígida fiscalização por parte dos órgãos de controle, de forma a evitar quaisquer prejuízos aos usuários.

Nesse sentido, a efetiva fiscalização do cumprimento do especial regime jurídico dos serviços públicos deve ser realizada não só pelos órgãos da própria Administração que integram o chamado “**controle interno**”, mas também por entidades alheias à Administração, que detêm competência legislativa para prover o “**controle externo**”.

Consoante anota Gabriela Dal Pozzo, em sua monografia acerca das funções do Tribunal de Contas e o Estado de Direito, o controle interno:

[...] é aquele que se realiza em cada um dos órgãos ou entidades do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, sobre seus próprios atos e agentes. Pode ser também o controle que se exerce sobre as atividades descentralizadas que lhe estão vinculadas.¹³⁵

Mais à frente, a mesma autora revela o que se deva entender por controle externo:

[...] trata-se de controle realizado por um poder ou órgão distinto, apartado da estrutura do órgão fiscalizado. Em sentido amplo, é externo o controle desempenhado pelo Poder Judiciário sobre os demais poderes, bem como o cumprido pela Administração indireta. Em sentido estrito, o controle

¹³⁴ Curso de direito administrativo. 27ª Ed. rev. e atual. até a EC nº. 64/10. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 679.

¹³⁵ As funções do tribunal de contas e o estado de direito. Belo Horizonte: Fórum, 2010. P. 54.

externo, nos termos do que dispõe o artigo 70 da Constituição, é tão só aquele exercido pelo Poder Legislativo (controle político) e pelo Tribunal de Contas (controle financeiro) sobre a Administração direta e indireta dos demais poderes.¹³⁶

Assim, tanto os órgãos internos que realizam a atividade de controle, como as entidades externas à Administração Pública, tais como, o Congresso Nacional (*no caso de serviços públicos de titularidade da União e as demais casas legislativas respectivas no caso de Distrito Federal, Estados e Municípios*), os Tribunais de Contas e o Poder Judiciário, devem exercer um preciso **controle sobre a prestação dos serviços públicos**, de forma a verificar se as atividades que estão sendo desenvolvidas se encontram realizadas sob o regime jurídico aplicável.

Nessa linha de considerações, deve-se destacar que se configuraria um total despautério reservar aos serviços públicos uma série de princípios e regras especiais, sem se conferir a algumas entidades o dever de fiscalizá-los. A forma com que tais entidades desempenharão tal desiderato, seja no controle interno como no externo, poderá ser múltipla, a depender das normas que a disciplinam.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, por exemplo, estabeleceu forma bastante interessante de promover o controle da prestação de serviços públicos, especialmente quando desempenhados por entidades privadas, mediante concessão (comum, administrativa ou patrocinada) e permissão.

Trata-se da Instrução nº 01/2008 e da Instrução nº 02/2008 daquela Egrégia Corte de Contas, em vigência a partir de 01 de janeiro de 2009, a primeira no âmbito do controle realizado nos atos e contratos entabulados pelo Estado de São Paulo e a segunda nos Municípios paulistas, em que os referidos entes públicos encontram-se obrigados a oferecer ao Tribunal, 30 (trinta) dias após a data de aniversário de cada vigência contratual, uma série de documentos para proceder à fiscalização e o acompanhamento das

¹³⁶ *Idem. Ibidem. P. 60.*

atividades desenvolvidas pelas entidades prestadoras de serviço público sob regime de concessão e permissão.¹³⁷

Ainda no tocante ao controle da prestação de serviços públicos pelos particulares, é possível destacar outra interessante situação: é possível que determinados serviços necessitem de um sistema de controle ainda mais minucioso por parte da Administração Pública, como é o caso de atividades que demandam uma elevada *expertise* técnica em sua consecução.

Nesses casos, além do controle realizado pela própria Administração Direta (Secretaria, Departamento ou qualquer órgão competente), impende como necessária a constituição de uma entidade estatal (*autarquia* ou *autarquia especial*, as chamadas *agências reguladoras*) específica para realizar, de forma mais minuciosa ainda, a fiscalização das entidades particulares na prestação dos serviços.

A título de exemplo dessa situação jurídica, pode-se citar a Lei Federal nº 11.445/07, a chamada Lei de Saneamento Básico, que em seu artigo 11, inciso III, estabelece como condição de validade de contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico a “*designação da entidade de regulação e de fiscalização*”.

O legislador infraconstitucional, diante da magnitude do serviço de saneamento básico, optou por um sistema mais rígido para promover sua regulação e fiscalização, obrigando a constituição de uma entidade, “*com independência decisória, incluindo autonomia administrativa, orçamentária e financeira*” (artigo 21, I, da referida Lei) que possa se incumbir da consecução de tais tarefas.

¹³⁷ Inúmeros são os dispositivos normativos compreendidos nas aludidas Instruções acerca do controle dos serviços públicos. Apenas a título exemplificativo, salienta-se o artigo 23, da Instrução nº 01/2008 (Área Estadual) que assim prescreve: “*Artigo 23. Para fins de fiscalização e acompanhamento das atividades desenvolvidas pelas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, a Secretaria outorgante da concessão deverá encaminhar a este Tribunal, no prazo de 30 (trinta) dias após a data de aniversário de cada vigência contratual, cópia dos seguintes documentos, retratando o respectivo período anual encerrado: (...)*”.

A atividade de controle é, indubitavelmente, de curial importância, tal como o serviço público; os agentes faltosos devem ser devidamente responsabilizados por qualquer tipo de atividade envolvendo o serviço público que, de alguma forma, venha a ofendê-lo ou desrespeitá-lo.

Registre-se, nesse cenário, que o regime dos serviços públicos permite, inclusive, a aplicação da própria Lei Federal nº 8.429/92, a chamada Lei de Improbidade Administrativa, para efeito de responsabilizar aqueles que, de alguma forma, tenham praticado comportamento qualificado pelo aludido diploma legal, como “ato de improbidade administrativa”. Basta lembrar que as penalidades previstas nesta Lei são extremamente gravosas, motivo pelo qual, resguarda-se, ainda mais, a adequada prestação do serviço público.

Por fim, para que não fique sem registro, hodiernamente, uma das maiores preocupações que pode acometer o Estado na prestação de serviços públicos é o aspecto ambiental envolvido. Não há dúvida que a construção da infra-estrutura necessária para prestação dos serviços públicos exige uma série de intervenções físicas nas localidades de sua realização.

Nesse desiderato, a preocupação com o meio ambiente, deve ser incisiva, não somente em razão da conatural consciência ecológica que todos devem albergar, mas também pelas rígidas sanções que podem ser impostas pelos órgãos de controle ambiental no caso de descumprimento das normas aplicáveis. Esse é também um viés importante a ser considerado na atividade de controle da prestação de serviços públicos: o viés ambiental.

5. Serviço público e atividade econômica

5.1 A formação da ordem social e da ordem econômica pela ótica do princípio do solidarismo

Consoante asseverado no início do presente trabalho, perante a crise do modelo liberal, esculpiu-se uma nova forma de se enxergar a relação indivíduo-sociedade. O individualismo jurídico, proveniente do liberalismo clássico, revelava-se fonte de injustiças e desigualdades, rendendo ensejo ao aparecimento de ideários solidaristas, preconizadores da superioridade de valores sociais sobre ele.¹³⁸

Pela lógica solidarista, o Estado não poderia ficar no imobilismo, sendo-lhe imperioso assegurar o equilíbrio do sistema social, mediante comportamentos positivos, com vistas à redução das desigualdades sociais, dentre os quais se alvitrava a prestação de serviços públicos.

Nessa esteira, Almiro do Couto e Silva¹³⁹ anota que, desde o advento do *Welfare State*, a intervenção no plano econômico e no campo social era a nota distintiva por excelência da nova conformação do Estado.

A ordem econômica¹⁴⁰, após a morte do modelo liberal clássico e advento da ideologia do Estado Social de Direito, conduz-se a viabilizar a fruição de bens e interesses de ordem social que repercutam na existência digna de todos.

É nessa dialética, fundada em discurso solidarista¹⁴¹, que a atual Constituição prevê a *ordem econômica* com fundamento em valores sociais.

¹³⁸ FARIAS, José Fernando de Castro. A origem do direito de solidariedade. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. PP. 187-196.

¹³⁹ Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul. V. 27. Nº. 57, 2003. P. 195.

¹⁴⁰ Está-se a se referir a esse designativo “ordem econômica” como se fosse uma parcela da ordem jurídica, como preconiza Eros Grau. (A ordem econômica na Constituição de 1988. 13ª. Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 68 e seguintes)

¹⁴¹ “O discurso do direito de solidariedade se inscreve numa *experiência jurídica imanente*, onde se busca a articulação entre o coletivo e o individual. A *justiça social* aparece como um parâmetro da experiência

Deseja-se, aqui, sublinhar que a relação entre a ordem econômica e a ordem social – como bem anota Carolina Zancaner Zockun – é constitucionalmente umbilical, já que aquela, fundada na valorização do trabalho, tem por finalidade assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social.¹⁴²

Nesse sentido, o *caput* do artigo 170 da Constituição Federal, que inaugura o capítulo acerca dos princípios gerais da atividade econômica, enuncia que a *ordem econômica* deve se encontrar fundada na “valorização do trabalho” e tem por fim “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Por sua vez, o inciso VII do precitado artigo estabelece que a *ordem econômica* deverá observar o princípio da “redução das desigualdades regionais e sociais”, expressão máxima do conteúdo solidarista.

Por outro lado, a ordem social, consoante o disposto no artigo 193, que funda em nossa Constituição o Título da “Ordem Social”, tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais, anseios também correlatos à teoria do solidarismo.

Da leitura dos aludidos dispositivos, resta incontestemente que o constitucionalismo do Estado Social Brasileiro encareceu, tanto para o domínio econômico quanto para a ordem social, o pleno atendimento às diretivas preconizadas pelo *princípio do solidarismo*, de forma a edificar uma sociedade que propicie condições favoráveis de vida para todos os seus partícipes, erradicando a pobreza, a marginalização e reduzindo as desigualdades sociais.

jurídica. Esta, por consequência, passa a ter como referência valores éticos, morais e sociais que não são criados por uma transcendência, nem procurados numa instância exterior, mas sim neste mundo onde vivemos, inscrevendo-se numa lógica de imanência dos valores morais e sociais. Os fundamentos e conteúdos dos valores morais e sociais, assim como a legitimidade política, não são procurados num além, numa vontade divina ou racional; eles se encontram nos seres, homens e mulheres situados nas relações sociais diferenciados no tempo e no espaço. Esse espaço de imanência, que não procura algures a liberdade, mas neste mundo finito onde vivemos, constitui a condição de autonomização do espaço social e o exercício da liberdade dos grupos e dos indivíduos na sociedade. *Sem abolir a metafísica, o direito de solidariedade busca o fundamento dos valores sociais a partir de relações de imanência.*” (FARIAS, José Fernando de Castro. A origem do direito de solidariedade. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. P. 279-280).

¹⁴² “Isto quer dizer que a ordem econômica está plenamente adequada aos desideratos de um Estado social, pois a liberdade de iniciativa tem claros limites à sua atuação, na medida em que o capital está indiscutivelmente a serviço do bem-estar da população” (Da intervenção do estado no domínio social. São Paulo: Malheiros-IDAP, 2009. P. 37).

O serviço público, a despeito de se encontrar inserto, em nossa Constituição, na ordem econômica, afilia-se muito mais à ordem social, pois apesar de ambos domínios (econômico e social) almejarem a melhoria das condições de vida do cidadão, esse aspecto teleológico é alcançado de forma mais plena e direta pela prestação de serviços públicos.

Fixadas essas premissas, passa-se a confrontar os serviços públicos com as atividades econômicas, para, ao final, enquadrá-los dentro desse contexto constitucional.

5.2 Distinção entre serviços públicos e atividades econômicas

Preleciona a Ilustre Professora Weida Zancaner que a Constituição Federal de 1988 desenhou o divisor de águas entre o público e o privado, prevendo, de um lado, os serviços públicos, a serem prestados pelo Estado ou por intermédio de outorga a terceiros e, de outro, as atividades econômicas, campo próprio de atuação dos particulares.¹⁴³

Nesse sentido é também a lição do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, ao afirmar que a Constituição “*estabeleceu uma grande divisão: de um lado, atividades que são da alçada dos particulares – as econômicas; e, de outro, atividades que são da alçada do Estado, logo, implicitamente qualificadas como juridicamente não-econômicas – os serviços públicos. De par com elas, contemplou, ainda, atividades que podem ser da alçada de uns ou de outro.*”¹⁴⁴

Conforme será melhor examinado adiante, as **atividades econômicas** somente podem ser desempenhadas pelo Estado em caráter excepcional, em casos específicos, dentre eles: ou quando for necessário por imperativo da segurança nacional ou quando demandado por relevante interesse público,

¹⁴³ Limites e confrontações entre público e o privado. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). *Direito administrativo contemporâneo: estudos em memória ao professor Manoel de Oliveria Franco Sobrinho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. P. 343.

¹⁴⁴ Curso de direito administrativo. 27ª Ed. rev. e atual. até a EC nº. 64/10. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 794.

consoante prescreve o artigo 173 da Constituição da República. Já os **serviços públicos** somente podem ser prestados pelos particulares se o Estado delegá-los (artigo 175 da Constituição Federal), não obstante conservar-lhe a titularidade.

Infere-se desses apontamentos uma verdadeira antinomia entre esses setores plasmados na Constituição da República (*atividade econômica versus serviços públicos*), sendo possível perscrutar, no sistema normativo brasileiro, reservas suficientes para delimitar cada instituto.

Registre-se, ademais, que alguns doutrinadores não estabelecem essa dicotomia de forma rigorosa, como é o caso, por exemplo, de Eros Grau, que preleciona que o gênero **atividade econômica em sentido amplo** (assim considerada aquelas dispostas no artigo 174 da Constituição Federal) compreende **três espécies: atividade econômica em sentido estrito** (atividades econômicas exploradas diretamente pelo Estado quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse público – artigo 173 da Constituição), **serviços públicos** (que podem ser privativos ou não privativos, dependendo de sua exclusividade em relação ao Estado) e ainda uma última e derradeira espécie, as **atividades ilícitas** (atividades econômicas em sentido amplo, cujo exercício é vedado pela lei, tal como a produção e comércio de drogas).¹⁴⁵

Parece que a presente classificação parte da ontologia da atividade, o que, contudo, não se coaduna com o sentido jurídico conferido à expressão. Com efeito, à luz da Constituição Federal, serviço público e atividade econômica não se confundem, constituem noções antitéticas insuscetíveis, portanto, de uma categorização conjunta, como se fossem espécies de um mesmo gênero.¹⁴⁶

¹⁴⁵ A ordem econômica na Constituição de 1988. 13ª. Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. PP. 90-128.

¹⁴⁶ Merecem menção os ensinamentos do Professor Geraldo Ataliba a respeito das classificações no direito: as definições jurídicas devem tomar por ponto de partida o dado jurídico supremo: a lei constitucional. A partir do desenho constitucional dos tributos é que o jurista deve construir o seu conceito; deve ater-se exclusivamente aos aspectos normativos, constitucionalmente prestigiados. Por isso procuramos evitar postura não dogmática, informada por critérios pré-jurídicos, de grande valia para o

Nesse sentido, a observação de Emerson Gabardo:

Fala-se em atividade econômica em 'sentido estrito', pois o serviço público também possui a ontologia de uma atividade econômica, apesar de o sistema constitucional não reconhecer, do ponto de vista jurídico, tal nomenclatura.¹⁴⁷

A despeito dessas inferências, os serviços públicos e as atividades econômicas se apartam frontalmente uns dos outros.

Conforme antevisto, os requisitos para demarcar os serviços públicos, em contraste com as atividades econômicas podem ser reduzidos a três, a saber: o *subjetivo*, o *objetivo ou material* e o *formal*.

Deveras, a eleição de certa atividade como serviço público significa que ela ficou incorporada ao Estado e excluída da esfera de ação livre dos particulares. Aqui se está defronte a uma operação em que determinada atividade resulta primordial para a satisfação das necessidades sociais, não sendo possível oferecê-la sob a égide das leis de mercado.¹⁴⁸

Em rigor – escreve Juan Carlos Cassagne – a incorporação de uma atividade ao sistema de direito público tão-só expressa a decisão estatal que determinada atividade se sujeita às potestades administrativas mediante um regime especial, conforme já minuciosamente visto.¹⁴⁹

Como bem leciona Weida Zancaner, a Constituição Brasileira, como projeto político defensivo dos cidadãos, tem um:

[...] bem elaborado leque de direitos e garantias individuais e sociais e para satisfazê-los reservou a si a titularidade de serviços públicos – e dentre eles alguns – para que ele próprio,

legislador, mas secundários para o jurista, que tem como ponto de partida de sua tarefa exegética o texto normativo. (Hipótese de incidência tributária. 6ª Ed., 10ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2009. PP. 37-40.

¹⁴⁷ Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009. P. 131.

¹⁴⁸ CASSAGNE, Juan Carlos; ORTIZ, Gaspar Oriño. *Servicios públicos, regulación y renegeociación*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot – Lexis-Nexis, 2005. PP. 58-59.

¹⁴⁹ *Op. cit.* PP. 62-63.

ou pessoa de sua administração indireta, executasse as prestações positivas devidas aos administrados.¹⁵⁰

Deixou-se, ademais, que os particulares adentrem a esfera de atividades estatais concernentes ao serviço público, mas tão-só como titulares da sua prestação, nunca como titulares do próprio serviço público.

Residualmente, as atividades econômicas seriam, destarte, aquelas de índole comercial ou industrial, abertas ao particular (salvo os casos de monopólio, constitucionalmente previstos no artigo 177, I-V) e regidas basicamente pelas normas de direito privado, sempre com a finalidade de assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Como atividade econômica, profissional, organizada e privada, a empresa é o núcleo conceitual do direito empresarial e sua “marca essencial é a obtenção de lucros com o oferecimento ao mercado de bens ou serviços, gerados estes mediante a organização dos fatores de produção.”¹⁵¹

Agregue-se que, com a aprovação do Código Civil de 2002, inspirado no *Codice Civile*, adotou-se expressamente a teoria da empresa, quer dizer, incorporou-se o modelo italiano de disciplina privada da atividade econômica, sintonizando o texto normativo com o desenvolvimento dos sistemas de tratamento de economia, pelo ângulo das relações privadas.¹⁵²

Entretanto, foram proclamados elementos que podem ser tomados como condicionantes do exercício das liberdades oriundas da teoria da empresa, quer dizer: como a ordem econômica está voltada a viabilizar a fruição de bens e interesses de ordem social que repercutam na existência digna de todos, os lucros intentados pelo particular, a busca pelo oferecimento de bens ou serviços não podem ser descabidos.

¹⁵⁰ Limites e confrontações entre público e o privado. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). *Direito administrativo contemporâneo: estudos em memória ao professor Manoel de Oliveria Franco Sobrinho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. P. 342.

¹⁵¹ Curso de direito comercial. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006. P. 18.

¹⁵² *Idem. Ibidem*. P. 24.

Noutros termos: as atividades econômicas se regem por princípios que vedam o “capitalismo selvagem”, tais quais os da: função social da propriedade; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente; redução das desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego; tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

No que toca às atividades econômicas, Alexandre Santos de Aragão preleciona que elas se submetem ao “princípio da livre iniciativa, com interferência estatal justificada apenas para garantir as condições saudáveis de mercado e da concorrência, inclusive mediante a aplicação da legislação de proteção da concorrência”.¹⁵³

Na realidade, porém, a ordem econômica, plasmada na própria Constituição, garante o exercício da livre iniciativa visando à produção de riquezas, jungida, no entanto, a limitações que não advêm do mercado, mas da atuação destinada a garantir o exercício de certas liberdades com atenção a fins sociais.

Essas limitações advêm não apenas dos objetivos mediatos das atividades econômicas, que são de ordem social, mas também da possibilidade que a Constituição Federal ensejou quanto à intervenção estatal direta, em casos excepcionais em que o Estado se imiscui na ordem econômica para assegurar os imperativos da segurança nacional ou o relevante interesse coletivo (artigo 173 da Carta Magna).^{154 e 155}

¹⁵³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O serviço público e suas crises. *In: Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. P. 435.

¹⁵⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello preleciona que a intervenção estatal pode ocorrer de três modos, quais sejam: “(a) ora dar-se-á através de seu “poder de polícia”, isto é, mediante leis e atos administrativos expedidos para executá-las, como “agente normativo e regulador da atividade econômica” – caso no qual exercerá funções de “fiscalização” e em que o “planejamento” que conceber será meramente “indicativo para o setor privado” e “determinante para o setor público”, tudo conforme prevê o artigo 174; (b) ora ele próprio, em casos excepcionais, como foi dito, atuará empresarialmente, mediante pessoas que cria com tal objetivo; e (c) ora o fará mediante incentivos à iniciativa privada (também supostos no artigo 174), estimulando-a com favores fiscais ou financiamentos, até mesmo a fundo perdido” (Curso de direito administrativo. 27ª Ed. rev. e atual. até a EC nº. 64/10. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 795).

Pela oportunidade, é de se ponderar que são inerentes ao próprio direito constitucional as hipóteses e formas pelas quais o Estado pode legitimamente atuar no domínio econômico.

Nessa conjuntura, mencione-se que não parece plausível e nem adequada, por destoante da realidade constitucional, a doutrina que propugna que as atividades previstas no artigo 173 da Constituição são, na verdade, serviços públicos industriais, explorados diretamente pelo Poder Público.^{156e157}

Afinal, a nomenclatura “serviço público comercial e industrial” aglutina em um mesmo rótulo figuras antitéticas: serviços públicos e atividade econômica e, por isso, deve ser rechaçada.

Interessante notar que uma parte da doutrina vem defendendo a idéia de que, hodiernamente, por conta de mudanças na ordem econômica e no modelo de Estado, há uma efetiva aproximação entre o regime de prestação de serviços públicos com aquele próprio das atividades econômicas. Nesse sentido, fala-se em *regime de competição, liberdade de preços, livre concorrência, regulação estatal desprovida de titularidade*, na prestação de serviços públicos.

Ora, entender que tais características informam o regime constitucionalmente traçado para prestação de serviços públicos é, no mínimo, inadequado juridicamente, não sendo legítimo se evadir de um regime próprio, para outro, absolutamente desconforme.

Vê-se, destarte, que o **público**, representado pelos serviços públicos, e o **privado**, concebido para as atividades econômicas, estão perfeitamente

¹⁵⁵ Oportuno assinalar que a primeira parte da dicção do artigo *sub examine* (“Ressalvados os casos previstos nesta Constituição”) refere-se às atividades econômicas exercidas pelo Estado como monopólios. (*Idem. Ibidem.* P 788).

¹⁵⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 34ª Ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 336.

¹⁵⁷ Imperioso notar, por oportuno, que Maria Sylvania Zanella Di Pietro entende que sob o rótulo “serviços públicos comerciais e industriais” o Estado desenvolve atividade econômica, mas como se serviço público fosse, prestando-o direta ou indiretamente, por meio de concessão ou permissão. (Direito administrativo. 23ª Ed., atual. até EC nº. 62/09. São Paulo: Atlas, 2010. PP. 110-111).

delineados em sede constitucional, muito embora eles se interliguem e se complementem, mas sem se interpenetrarem.

6. Os serviços públicos na constituição de 1988

Percorrendo-se o Texto Constitucional, é possível vislumbrar uma série de atividades que são incumbidas ao Poder Público e que se encontram destinadas à satisfação da coletividade em geral, em regime de direito público.

Tais atividades são obrigatoriamente serviços públicos, e se encontram acometidas, pela Constituição Federal, aos respectivos entes federativos, que serão seus titulares. Dessa forma, é possível antever serviços públicos de incumbência da União, dos Estados, do Distrito Federal e também dos Municípios.

Aqui, uma questão correlata deve ser encarada. Conforme já afirmado, a titularidade do serviço público será sempre do Estado, pois esse é o conteúdo adequado que preenche o *requisito subjetivo*. Nesse sentido, não seria próprio se falar em titularidade *exclusiva* ou *não exclusiva* do Estado em relação ao serviço público, uma vez que sua **titularidade será sempre exclusiva do Estado**.

Todavia, é possível se falar em titularidade exclusiva do serviço público no que se refere ao respectivo ente federativo que promoverá sua prestação. Para clarificar essa ordem de idéias, basta suscitar o serviço público de educação. A despeito do Poder Público deter a sua titularidade, ela não é exclusiva da União, dos Estados ou dos Municípios, sendo-lhes comuns consoante prescreve o disposto no artigo 211 da Constituição Federal.

Assim, o tema da exclusividade da titularidade do serviço público somente pode vir à tona em serviços públicos que o legislador constitucional ou infraconstitucional incumbiu a dois ou mais entes federativos, mas tal compreensão em nada resvala no requisito subjetivo, que permanece intocado.

Deve-se também ressaltar que, a despeito da Constituição Federal encabeçar um rol, até extenso, de serviços públicos, destinando-os à incumbência de seus respectivos titulares, é absolutamente legítimo que a

legislação infraconstitucional atribua a outras atividades, que não aquelas constantes do Texto Maior, a qualificação de serviço público, desde que os requisitos de definição encontrem-se devidamente preenchidos. Esse panorama nos faz concluir que a enumeração dos serviços públicos **não é exaustiva** na Constituição Federal.¹⁵⁸

Passa-se, então, a examinar os serviços públicos alocados no Texto Maior de forma a compreender a exata dimensão a eles conferida.

Os serviços públicos de competência da União encontram-se, em sua maioria, alocados no artigo 21 da Carta Constitucional, são eles: serviço postal e o correio aéreo nacional (inciso X); os serviços de telecomunicações (XI); serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens (alínea “a”, do inciso XII); serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos (alínea b, do inciso XII); navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária (alínea c, do inciso XII); os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território (alínea d, do inciso XII); serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (alínea e, do inciso XII); os portos marítimos, fluviais e lacustres (alínea f, do inciso XII); e os serviços e instalações nucleares (inciso XXIII).

Impende notar, à primeira vista, que o Texto Constitucional não denominou aqueles serviços com o designativo “público”. É que tal providência seria realmente desnecessária em face do especial regime jurídico que a União se encontra submetida. Dessa feita, no momento em que a Constituição incumbiu a União da prestação daqueles serviços, automaticamente os inseriu no regime próprio daquela entidade federativa, alocando-os como “serviços públicos”.

¹⁵⁸ Nesse sentido é o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de direito administrativo. 27ª Ed. rev. e atual. até a EC nº. 64/10. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 687). Em sentido contrário, Fernando Herren Aguillar (Controle social dos serviços públicos. São Paulo: Max Limonad, 1999. PP. 133-134).

Outra particularidade digna de nota se refere à enormidade de atividades que se encontram compreendidas sob o rótulo de um determinado serviço público. Assim, quando falamos em “serviços de saneamento básico”, por exemplo, estamos diante de uma série de atividades compreendidas debaixo dessa titulação, tal como “serviço de abastecimento de água potável”, “serviço de esgotamento sanitário”, “serviço de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos”, “serviço de drenagem e manejo de águas pluviais urbanas”, devendo a legislação infraconstitucional conferir os contornos jurídicos mais específicos acerca dessas atividades.

Ainda em relação aos serviços de incumbência da União, é possível verificar que, em alguns deles, a despeito da Constituição Federal deixar de inseri-los sob sua senhoria, atribui-lhe competência para a **instituição de diretrizes**, como é o caso dos serviços de saneamento básico e transportes urbanos (inciso XX, do artigo 21). A pergunta que advém dessa constatação é a seguinte: o que se entende por “instituir diretrizes”? Quais são os limites dessas imposições?

Apenas para não deixar sem resposta a indagação, embora o tema não seja objeto do presente trabalho, vale dizer que a instituição de diretrizes tem como finalidade estabelecer *linhas gerais* para que a matéria seja tratada de maneira uniforme em todo o território nacional.

Essas diretrizes encontram limites no princípio da autonomia dos entes federativos, insculpido no artigo 18 da Carta Constitucional, legitimando o titular a disciplinar as especificidades e particularidades do serviço sempre em harmonia com as diretrizes nacionais impostas pela União.

A respeito da autonomia municipal, vale os ensinamentos do Ilustre Professor Maurício Zockun:

Logo, a autonomia municipal (art. 34, VII, ‘c’ da Constituição da República) tem como elemento característico a possibilidade de gestão dos próprios interesses. Vale dizer, lei municipal pode dispor sobre temas de interesse local e suplementar a

legislação estadual e federal quando elas se revelem insuficientes para satisfação dos interesses municipais. Eis a tônica nuclear da denominada autonomia municipal.¹⁵⁹

No que concerne aos Estados, o dispositivo constitucional que trata da temática é o artigo 25, § 2º, que assenta, sob sua autoridade, os serviços locais de gás canalizado, além daqueles comuns a outros entes federativos.

Por derradeiro, aos Municípios se reservam a organização e a prestação, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, dos *serviços públicos de interesse local*, incluído o *transporte coletivo*, que tem caráter essencial, consoante prescreve o inciso V, do artigo 30 da Constituição Federal.

Note-se que alguns serviços públicos não possuem definição legislativa expressa acerca do seu titular. É o caso, por exemplo, dos **serviços de saneamento básico**, em que a Constituição Federal e a própria Lei de Saneamento (Lei 11.445/07) não definiram o titular do serviço. A construção acerca de sua titularidade acaba sendo relegada à doutrina, que no caso do saneamento, em sua maioria, defende a titularidade municipal. Todavia, não há indicação expressa na legislação acerca dessa questão.

Para ultimar as considerações acerca dos serviços públicos na Constituição Federal de 1988, impende trazer rápidas considerações acerca dos serviços públicos de saúde, educação, previdência social e assistência social, principalmente, em face de algumas de suas particularidades.

Em primeiro lugar, deve-se perquirir a natureza jurídica de tais atividades estatais para que se possa compreender o regime jurídico em que elas se encontram inseridas. Nesse particular, é possível encontrar algumas posições doutrinárias acerca da temática.

¹⁵⁹ Competência legislativa municipal e o interesse local. P. 09. Disponível em: <http://www.idap.org.br/Artigos/Competencia%20legislativa%20municipal.pdf>. Acesso em 29 de agosto de 2010.

Consoante nos ensina a Professora Carolina Zancaner Zockun, em seu excelente trabalho sobre os direitos sociais, os serviços de previdência social, assistência social, seguridade social, educação e saúde configuram serviços públicos e que, por ostentarem tal característica, consistem na forma mais importante de intervenção estatal na ordem social. Nesse sentido, manifesta a autora que uma das maneiras para efetivação dos direitos sociais é a instituição de seus correlatos serviços públicos.¹⁶⁰

Carlos Ari Sundfeld prefere classificar essas atividades como serviços sociais e não como serviços públicos. Diferencia-os porque os primeiros são de titularidade estatal, desenvolvendo-se em setores não reservados ao Estado, mas livres aos particulares, independentemente de qualquer delegação estatal e, os segundos porque não se encontram suscetíveis à atuação dos particulares enquanto tais, mas sempre através de delegação que instaura vínculo especial entre Administração e administrado. Dessa forma, os serviços sociais constituem, ao mesmo tempo, atividade estatal – quando prestados pelo Poder Público sob um regime de direito público – e atividade privada – quando prestados pelos particulares sujeitos ao regime de direito privado.¹⁶¹

Nessa mesma linha é o pensamento Fernando Herren Aguillar, que não considera os serviços de saúde e educação como serviços públicos, enquadrando-os como funções estatais irrenunciáveis pelo Estado, ainda que não em regime de exclusividade. É de sua autoria o seguinte excerto:

[...] os serviços de saúde e de educação são necessariamente desenvolvidos pelo Estado, que não pode deixar de fazê-lo. Porém, na atual sistemática constitucional, saúde e educação são atividades livres aos particulares que desejarem explorá-las. No sentido adotado neste trabalho, portanto, não são serviços públicos, nem atividades econômicas desempenhadas pelo Estado, mas funções estatais irrenunciáveis pelo Estado, ainda que não em regime de exclusividade.¹⁶²

¹⁶⁰ Da intervenção do estado no domínio social. São Paulo: Malheiros-IDAP, 2009. PP. 177 e 185.

¹⁶¹ Fundamentos de direito público. 4ª Ed., 9ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008. PP. 83-84.

¹⁶² Controle social dos serviços públicos. São Paulo: Max Limonad, 1999. P. 152.

O Professor Celso Antônio Bandeira de Mello os entende como serviços públicos. Todavia, sustenta que em relação a esses serviços (saúde, educação, previdência social e assistência social), o **Estado não detém titularidade exclusiva**, ao contrário do que ocorre com os demais serviços públicos previstos na Constituição. Isso ocorre porque em relação a tais serviços, a própria Constituição, conquanto os tenha colocado a cargo estatal, simultaneamente, deixou-as liberadas à iniciativa privada.¹⁶³

Finalmente, repisando o que já se aventou no presente trabalho, parece-nos que, em verdade, a Constituição, ao admitir a hipótese dos serviços de saúde, educação, assistência e previdência social se encontrarem livres à iniciativa privada, ela acaba alocando-os num regime jurídico diferente daquele próprio do serviço público¹⁶⁴.

Isso porque, como visto, o serviço somente se qualifica como “público” quando sua **titularidade for do Estado**; caso o ordenamento jurídico permita que o mesmo serviço seja prestado por particular ele deixa de ser um serviço “público”. Portanto, a mesma realidade, ontologicamente considerada, não poderá ser havida como sendo um serviço público se aquele que o exerce for o particular.

Nesse sentido, não há como se falar em exclusividade ou não da titularidade do serviço público por parte do Estado, pois se estamos diante de um *serviço público*, a sua titularidade somente pode ser do Estado (é exclusiva). O que o Estado pode fazer, desde que permitido pelo ordenamento jurídico, é, no máximo, delegar a prestação do serviço público, o que não ocorre no caso sob exame, pois estamos cuidando de serviços abertos aos particulares – mas, insista-se: nesta hipótese o serviço prestado pelo particular – de educação, por exemplo – deixa de ser público.

¹⁶³ Curso de direito administrativo. 27ª Ed. rev. e atual. até a EC nº. 64/10. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 687.

¹⁶⁴ Os dispositivos constitucionais que submetem tais serviços à livre iniciativa são os seguintes: em relação ao serviço de saúde, o artigo 199, no tocante ao serviço de educação, o artigo 209, no que se refere à previdência social, o artigo 202, ao pressupor uma atuação “complementar da iniciativa privada” e a assistência social no artigo 204, I e II, que expressamente contemplam a presença de particulares no setor, independentemente de concessão ou permissão.

Tais serviços, aos olhos dos particulares, são atividades econômicas e lucrativas, mas que devem, indubitavelmente, ser controladas por meio de **poder de polícia estatal**, embora não se encontrem incluídos no regime jurídico de direito público afeto indistintamente ao serviço público: o hospital privado não precisa fazer licitação para construção de sua sede, não precisa promover concursos públicos para contratação de pessoal, não se encontra submetido ao princípio da modicidade, da continuidade etc.

O que as empresas privadas estão realizando são **serviços de saúde**, mas não **serviço público de saúde**. As atividades desempenhadas pelos particulares se assemelham a tudo quanto é realizado pelo Estado, todavia, para efeitos jurídicos elas não podem receber o designativo “público”, justamente por não se encontrarem sobre **a titularidade estatal e, sim, dos particulares e nem subordinados ao regime de direito público**.

Essa distinção permite que se estabeleça uma diferença entre a natureza jurídica dos serviços públicos e dos mesmos serviços sem esse qualificativo, deixando que o legislador defina, num determinado caso concreto, se efetivamente aquela atividade deverá ser alocada num regime de serviço público, ou se tal atividade configura um serviço que se encontra à disposição dos particulares, mediante algumas regras específicas de sua prestação estabelecidas pelo poder de polícia estatal.

Portanto, os serviços de saúde, educação, assistência social e previdência social serão serviços públicos quando titularizados pelo Estado e não configurarão serviços públicos se explorados sob o enfoque da atividade econômica pelos particulares.

Basta agora investigar os dispositivos constitucionais específicos de cada serviço para finalizar o presente tópico.

No tocante aos serviços públicos de saúde (artigo 23, II; artigo 196, artigo 197, artigo 198), verifica-se pelo seu regime constitucional, tratar-se de

um “dever do Estado” e de um serviço cuja titularidade é comum à União, aos Estados e aos Municípios, que devem prestá-los sob um regime único, com recursos orçamentários advindos de todos os entes federativos.

Em relação aos serviços públicos de educação (artigo 23, V, artigo 205, 208, 211, 213 da Constituição Federal), a orientação constitucional é no sentido de também encarecê-los como um “dever do Estado”, mediante regime de colaboração entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, cada qual enfatizando uma dada parcela da evolução educacional, assegurando a sua universalização e gratuidade.

Os serviços públicos de previdência social (artigo 201 e 202) e de assistência social (artigo 203, 204) serão oferecidos à coletividade em caráter obrigatório. Todavia, é expressamente admitida a possibilidade de previdência privada em caráter complementar ao regime geral de previdência social, consoante o disposto no artigo 202 da Constituição Federal. Nesse caso, os serviços perdem sua qualificação pública e passam a integrar a atividade econômica, devendo ser regulados por lei complementar, por expreso comando constitucional.

Registre-se que, em relação à assistência social, o inciso I do artigo 204, atribui a titularidade do serviço público a todos os entes federativos, da seguinte forma: a coordenação e as normas gerais são de competência da esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social.

7. A suposta “crise” do serviço público

Atualmente é muito comum encontrar nos manuais jurídicos e em escritos específicos a alusão à “crise do serviço público”: expressão certamente emblemática, mas que, felizmente, não subsiste no sistema brasileiro.

Mesmo em tese, é possível falar-se em crise do serviço público como preconizam alguns autores?

Esse, o tema a ser desenvolvido nas próximas linhas.

A primeira investigação a se fazer é saber se é possível cogitar de crise de um instituto jurídico ou se o termo é mais apropriado para enfatizar realidades de outras ciências que não as jurídicas.

Com efeito, a despeito do vocábulo “*crise*” encerrar, em sua acepção comum, a idéia de *declínio*¹⁶⁵, de *falta de prosperidade em relação ao momento anterior*, sua utilização foi concebida, inicialmente, pelas ciências médicas, indicando a “transformação decisiva que ocorre no ponto culminante de uma doença e orienta o seu curso em sentido favorável ou não”.¹⁶⁶

Posteriormente, sua utilização acabou sendo incorporada pela ciência social, política e econômica, que também se valeram tecnicamente do termo. No caso da *ciência social*, a expressão é utilizada para significar transformações decisivas em qualquer aspecto da vida em sociedade, inclusive nas relações de produção, na distribuição da propriedade e na estrutura familiar; na *ciência política* adota-se o termo para situações em que há uma ruptura no funcionamento do sistema que implique mudança do regime político

¹⁶⁵ José Ortega & Gasset, a respeito da noção de “crise”, enfatiza: “*não sei por que costumamos entender a palavra ‘crise’ com uma significação triste; crise não é senão mudança intensa e profunda; pode ser mudança para pior, mas também mudança para melhor, como acontece com a crise atual da física, não há melhor sintoma de maturidade numa ciência que a crise de princípios*”. (¿Que es filosofía?. 5ª. Reimpresión. Madrid: Revista de occidente em Alianza Editorial, 2001. P. 40.)

¹⁶⁶ Verbete crise. In: ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de filosofia. 4ª Ed. Trad. da 1ª Ed. Brasileira. São Paulo: Martins Fontes, 2000. P. 222.

e, finalmente, na *ciência econômica*, a palavra é utilizada para indicar a fase crítica da economia de um País.¹⁶⁷

Na lógica dessas idéias, verifica-se, então, que o termo não é próprio do Direito, oferecendo, nessa medida, dificuldades quando empregado para explicar uma determinada realidade jurídica.¹⁶⁸

Certo é que as categorias jurídicas sofrem a influência do contexto histórico em que estão inseridas.¹⁶⁹ Diante disso, para que se possa pelo menos conjecturar a respeito da expressão, sob o ponto de vista estritamente jurídico, num esforço exegético, poder-se-ia entrevê-la sob dois aspectos distintos: (i) num primeiro, para indicar o completo desaparecimento do instituto do serviço público que não mais subsistiria na ordem jurídica e, (ii) num segundo, para indicar a sua *alteração conceitual*, decorrente de uma mudança profunda no direito positivo, apto a justificá-la.¹⁷⁰

Em relação ao primeiro aspecto, seria realmente uma teratologia entender-se que no Brasil os serviços públicos não mais subsistem, por tudo quanto vimos até aqui.

Seria inconcebível, falar em crise expressando uma idéia de extinção do serviço público, pois tal pensamento se equivale a negar os ditames

¹⁶⁷ Sabino Cassese dedica uma obra inteira acerca da “crise” do Estado, utilizando o termo em sua acepção política, para expressar “*la pérdida de unidad del mayor poder publico, internamente, y la perdida de soberania em relación com el exterior*”. (La crisis del Estado. Buenos Aires: Abeledo Perrot., 2003. P. 32.)

¹⁶⁸ Théodore Forstsakis destaca que: “*Dire que le droit administratif est en crise, c’est Porter un jugement doctrinal: ce jugement, émis par la doctrine, se refere avant tout à celle-ci même. En effet, le Conseil d’Etat, comme les autres juridictions administratives, continuant à fonctionner normalement et à émettre des arrêts aussi valables que par le passé, la notion de crise ne peut s’appliquer qu’à la seule systématisation et par conséquent à la seule doctrine du droit administratif.*” (*Conceptualisme et empirisme em droit administratif français*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1987.P. 126).

¹⁶⁹ CASSAGNE, Juan Carlos. La intervencion administrativa. 2ª. Ed. atual. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994. P. 33

¹⁷⁰ Miguel S. Marienhoff, após questionar a existência de uma crise em face do serviço público enuncia: “*Ante todo corresponde aclarar qué es lo que se entiende aquí por ‘crisis’. Si por tal se entendiere la quiebra o bancarrota del concepto, tal crisis no existe; pero si por tal se entendiere una ‘evolución’ conceptual de los elementos que integran la noción de servicio público, pareceme evidente que tal crisis existiria. Pero em definitiva trataríase de un término mal empleado: en lugar de ‘crisis’ de la noción de servicio público, solo corresponde hablar de ‘evolución’ de dicho concepto*”. (Tratado de derecho administrativo. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2005. V. 2. P. 55).

constitucionais em que se funda o País; seria o mesmo que negar a própria existência do Estado Brasileiro!

Mesmo em sua segunda acepção, não se pode divisar uma crise no serviço público brasileiro.

Nesse caso, é preciso um pouco mais de cuidado, pois é necessária especial atenção para que não se confundam as transformações *políticas* e *sociais* eventualmente ocorridas no País, com as noções jurídicas informadoras do instituto do serviço público. Assim, exemplificativamente, a possível transferência de execução dos serviços públicos aos particulares não importa mudança do conceito de serviço público enraizado em nosso direito positivo.

Por conta de ventos neoliberais que sopraram no Brasil, tentou-se, de balde, transferir para as mãos da iniciativa privada alguns serviços públicos propriamente ditos; mas, mesmo que isso tivesse ocorrido, essa circunstância não teria alterado a noção jurídica do instituto. Transferir ou não para a iniciativa privada os serviços públicos é uma decisão política, que em nada altera o regime jurídico que norteia o serviço público, pois que, ante tal transferência, o serviço deixa de ser público, como já assinalado acima.¹⁷¹

Juan Carlos Cassagne, em lição digna de nota, registra:

Por de pronto, no puede hablarse de crisis del fin que persigue el servicio ya que este – por más que se limite a la satisfacción de las necesidades primordiales colectivas – será siempre un elemento susceptible de ampliación o restricción conforme a los requerimientos de cada momento histórico.¹⁷²

Se examinarmos as normas constitucionais que disciplinam os serviços públicos, verificaremos que não houve qualquer alteração, apta a transfigurar o seu conceito. O artigo 175 da Carta Federal, preceptivo fundante dos serviços

¹⁷¹ Não é objeto do presente trabalho tratar de questões políticas, nem tampouco adotar uma posição política, o objetivo é tentar descrever, da forma mais fiel possível, a realidade ocorrida no País, ausente de opiniões pessoais. Quando se fala em “ventos neoliberais” está se tratando de uma realidade que acometeu o País durante um período, mas que rapidamente, como um vento, passou.

¹⁷² La intervencion administrativa. 2ª. Ed. atual. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994. P. 33.

públicos na ordem constitucional, não sofreu qualquer alteração em sua redação original, o que nos possibilita inferir que seu regime jurídico-constitucional encontra-se plenamente vigente e inalterado.

Ora, como falar-se em crise de uma noção jurídica se a própria Constituição Federal não alterou seu regime jurídico? Trata-se, então, de uma crise infraconstitucional? Ora, se a legislação infraconstitucional está alterando o regime jurídico de um instituto que tem assento constitucional, seria possível atestar a legitimidade dessa alteração?

Todas essas perguntas nos fazem observar quão inadequado seja admitir-se que, no direito brasileiro, os serviços públicos possam ter sofrido qualquer declínio em relação à sua concepção original fundada com a Carta de 1988.

A fomentar a idéia de crise do serviço público veio à luz a Emenda Constitucional nº 08, de 18 de agosto de 1995, que incluiu no sistema constitucional o chamado instituto da “autorização”.

Para agravar esse cenário, a Lei Geral de Telecomunicações, Lei Federal nº. 9.472, de 16 de julho de 1997, estabeleceu dois sistemas para a *autorização*: aquele que independe de qualquer procedimento licitatório e o que passa a depender da realização deste último (artigo 164), nos mesmos termos da licitação a ser realizada em caso de concessão (artigo 88 a 90).

O artigo 89 daquele Diploma Legal, por seu turno, é taxativo ao dizer que o serviço licitado será exercido “no regime público” (inciso I).

Diante dessas imprecisões legislativas, ter-se-iam serviços autorizados que não estariam sujeitos ao “regime público”, porque independentes do processo licitatório e outros, idênticos, que deste dependem, sujeitos àquele regime?

A doutrina vacila a respeito, havendo autores que, em razão dessa dicotomia, acabam concluindo que o serviço público pode ser exercido em regime de direito privado.¹⁷³

Por outro lado, administrativistas de elevado calibre, entendem que a autorização, nesse caso, é um instituto jurídico a ser manejado pelo Estado no desempenho de outra atividade administrativa: o exercício do **poder de polícia**, destinado a estabelecer *limitações administrativas à liberdade e à propriedade*, mediante a produção de atos fiscalizadores, preventivos e repressivos.

Ainda há uma terceira posição, a sustentar que, por conta dos dispositivos da Lei Geral de Telecomunicações acima citados, não se pode falar em prestação desses serviços sob regime de direito privado, uma vez que em sua substância, estariam sempre subordinados ao regime público.

A despeito do fecundo debate doutrinário, apenas esboçado rapidamente, não se pode entrever uma crise de natureza jurídica do instituto do serviço público, porque entendemos deva prevalecer sempre a regra geral de que seu titular é o Estado e seu regime jurídico é o do direito público.

Registre-se que algumas legislações setoriais estabelecem, de forma expressa, que soluções individuais eventualmente adotadas pelo administrado não serão consideradas serviços públicos. Isso é correto, por faltar o *requisito objetivo* concernente ao interesse geral que aquela atividade salvaguarda. É o caso, por exemplo, do artigo 5º, da Lei de Saneamento que prescreve que “*não constitui serviço público a ação de saneamento executada por meio de soluções individuais, desde que o usuário não dependa de terceiros para operar os serviços*”.

¹⁷³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Direito de telecomunicações e ANATEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). Direito administrativo econômico. 1ª. Ed., 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002. PP. 72-98; e SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). Direito administrativo econômico. 1ª. Ed., 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002. PP. 17-38.

Nesses casos também não há que se falar em *crise*, uma vez que tais soluções individuais, de caráter *excepcional*, não guardam qualquer correlação com a necessidade geral intrínseca aos serviços públicos: referem-se a soluções promovidas por grandes usuários que independem de uma atuação estatal.

Outra circunstância apontada por alguns doutrinadores para se ventilar uma possível “crise da noção do serviço público” é por conta dos acontecimentos ocorridos desde o advento da União Européia, onde se instituiu o chamado “*serviço de interesse econômico geral*” e o “*serviço universal*”, categorias de serviços que, consigne-se desde já, nada têm a ver com a realidade brasileira.

Sem aprofundar muito no tema, mas já fazendo uma pequena referência, no continente europeu, após a formação da União Européia, entabulou-se uma grande discussão jurídica acerca do instituto do **serviço público**.

Isso porque os países-membros, ao preconizarem como objetivo a ser perseguido pela União Européia a livre circulação de bens, serviços, capitais e pessoas, ao defenderem a quebra dos monopólios estatais, ao sustentarem a redução da intervenção do Estado, ao elegerem a livre concorrência como princípio geral de mercado, estabeleceram, em verdade, uma série de preceitos contrários à noção de serviços públicos enraizada em seus ordenamentos jurídicos.

Foi nessa perspectiva que o Tratado de Roma (documento que inaugura a Comunidade Econômica), em seu artigo 90 (hoje artigo 86, § 2º), concebeu os chamados “*serviços de interesse econômico geral*”, submetendo-os às **regras da concorrência**, na medida em que a aplicação delas não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de fato, da missão particular que lhes foi confiada.

A instauração desses “serviços” colocava em cheque a noção clássica de serviço público, posto que os sujeitavam não mais a um regime próprio, mas à livre iniciativa, como se atividade econômica fosse. Essa concepção, caso fosse entendida como equivalente à noção de serviço público vigente, alterava profundamente suas características, principalmente por transferir a titularidade dos serviços para a iniciativa privada, em regime de livre concorrência, sem qualquer participação estatal.

Em França, esse enfoque liberalizante foi absolutamente rechaçado, sendo arquitetada uma verdadeira mobilização nacional em face dessas diretivas defendidas pelo direito comunitário. Não devemos nos esquecer que um aspecto essencial dos serviços públicos em França e que não recebe qualquer guarida na Comunidade Européia, refere-se, justamente, ao caráter solidário e de coesão social que os serviços públicos representam.

Além da noção de “*serviço de interesse econômico geral*”, foi introduzido na União Européia, pelo Ato Único de 1986, o conceito de “*serviço universal*”, que objetivou assegurar o oferecimento de prestações mínimas de qualidade e de preço acessível à coletividade.

A despeito da noção de *serviço universal* guardar certa relação com a concepção francesa de serviço público, com ela não se confunde, uma vez que é mais restrita, ocupando-se apenas de uma parcela da coletividade e não com o interesse geral, inerente ao regime dos serviços públicos.

Além do mais, relembre-se que nesse mesmo Ato Único foram ratificados os objetivos da Comunidade Européia, em promover a liberação da concorrência do mercado interno, ideal que se encontrava subjacente e que jamais foi arrefecida pela noção de “*serviço universal*”.

É importante notar que na Europa as adequações realizadas no instituto dos serviços públicos tiveram assento normativo, sendo, portanto, possível falar em “crise” de sua noção: não somente em relação às específicas alterações em seu regime jurídico, mas pela necessária adaptação que deverá

ocorrer em cada país-membro, no sentido de se harmonizar com os ditames do direito comunitário.

Em que pesem tais considerações, a verdade é que essa possível “crise” que se manifesta em terras alienígenas não chegou ao direito pátrio, sendo impossível mencioná-la para o fim de se preconizar um declínio do instituto no direito brasileiro, à luz do seu regime descrito no presente trabalho.

A tentativa de absorver tais idéias para o direito brasileiro, talvez faça parte de um servilismo que ainda se encontra imbricado nas entranhas de um País em desenvolvimento. O pior ocorre quando tal fenômeno acontece para importar não as virtudes enraizadas em tais países, mas as vicissitudes que lhes afetam: nesse caso, o servilismo é tão exacerbado que se inveja até mesmo as mazelas que acometem as nações mais desenvolvidas.

Com essas singelas considerações buscou-se reafirmar que, no direito brasileiro, o serviço público continua mais vivo e pulsante do que nunca, funcionando como verdadeira tábua de salvação para milhões e milhões de pessoas, que vivem em estado de miserabilidade ou muito próximo dele e que necessitam, impostergavelmente, dessas comodidades para que possam ter o mínimo de decência e dignidade, em estreita consonância com os deveres do Estado Social de Direito Brasileiro.

8. À guisa de conclusão

Apesar de o serviço público ser uma realidade que acompanhou o nascimento do próprio poder político, seu conceito e abrangência evoluíram com o passar do tempo não apenas pela complexidade cada vez maior da sociedade humana, mas principalmente pelo influxo de transformações pelas quais passaram as organizações políticas, reflexos de movimentos filosóficos, sociais e ideológicos.

A partir da instituição do Estado de Direito é que nasce a teoria do serviço público, especialmente por obra da doutrina alemã do *Rechtsstaat*, logo introduzida, com modificações, em França.

Porém, o Estado de Direito liberal clássico, que representara notável avanço na Europa Continental em relação ao regime absolutista anterior, acabou por exacerbar demasiadamente o individualismo e a ideologia não intervencionista e absenteísta do Estado, resultando em tremendas desigualdades sociais, especialmente pela concentração do poder econômico.

A reação veio inspirada nas idéias do solidarismo, que acabou se introduzindo nos ordenamentos jurídicos e dando à luz ao Estado de Direito Social, o que nos ensejou buscar nos seus ideários alguns dos delineamentos do serviço público, tendo em vista principalmente, aqueles que vieram a dar concretude aos direitos sociais.

O exame do regime jurídico dos serviços públicos partiu da análise do instituto tal como concebido em França, onde foi objeto de estudos por excepcionais juristas e pensadores, dentre os quais destacamos, com maior detalhe, os pensamentos de León Duguit e Gaston Jèze, a par do exame da jurisprudência francesa.

Com tais premissas, estruturou-se o conceito de serviço público à luz do direito positivo brasileiro, pelo estudo dos seus requisitos constitutivos e das diversas concepções oferecidas pela doutrina.

O regime jurídico do serviço público é informado, de maneira precípua, por princípios jurídicos que, ganhando o *status* de normas jurídicas, acabam indicando os valores que necessariamente devem inspirar as regras jurídicas que compõem, com eles, aquele regime jurídico.

Estabelecidas essas bases doutrinárias, foi possível estabelecer a distinção entre serviços públicos e atividades econômicas, para, em seguida, se apontar os serviços que se encontram inseridos na Constituição Federal de 1988.

Por fim, superada a idéia de crise (no sentido jurídico do termo) do serviço público, concluiu-se que Estado Social de Direito Brasileiro tem prestigiado não apenas os serviços públicos com maior conotação social, mas também aqueles que visam a proporcionar conforto, comodidade e, em especial, propiciar a realização da pessoa humana.

Num país continental como o Brasil, repleto de contrastes e de carências, o serviço público tem concorrido para amenizar as desigualdades e oferecer oportunidades àqueles que, sem ele, jamais alcançariam qualquer inclusão social.

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 4ª Ed. Trad. da 1ª Ed. Brasileira. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

AGUILAR, Fernando Herren. *Controle social dos serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMIEL, Olivier. *Le Solidarism, une doctrine juridique et politique française de Leon Bourgeois à la Ve République*. Disponível em: http://www.cairn.info/resume.php?ID_ARTICLE=PARL_011_0149. Acesso em: 15/07/2010.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6ª Ed., 10ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2009.

AUBY, Jean-Bernard; BRACONNIER, Stéphane (Org.). *Services publics industriels et commerciaux: questions actuelles*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª Ed. 13ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Curso de direito administrativo*. 27ª Ed. rev. e atual. até a EC nº. 64/10. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

_____. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. 2ª. Ed., 3ª Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

BATISTA, Joana Paula. *Remuneração dos serviços públicos*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 6ª Tiragem. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 9ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BOURGEOIS, Léon. *La Solidarité*. 7ª Ed. Paris: Armand Colin, 1911.

BRACONNIER, Stéphane. *Droit des services publics*. 2ª Ed. atual. Paris: Puf, 2003.

BUJÁN, Antonio Fernández de. *Derecho público romano: recepción, jurisdicción y arbitraje*. 11ª Ed. Madrid: Thomson Civitas, 2008.

CÂMARA, Jacintho de Arruda. *Obrigações do estado derivadas de contratos inválidos*. São Paulo: Malheiros, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª Ed., 5ª reimpressão. Coimbra: Almedina, (2003).

CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. (Org.). *Curso de direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. V. 2 e 3.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 5ª. Ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2006.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 2ª Ed. rev. São Paulo: Noeses, 2008.

CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervencion administrativa*. 2ª. Ed. atual. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

CASSAGNE, Juan Carlos; ORTIZ, Gaspar Oriño. *Servicios públicos, regulación y renegeociación*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot – Lexis-Nexis, 2005.

CASSESE, Sabino. *La crisis del Estado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot., 2003.

CHENOT, Bernard. *Organisation economique de l'état*. Paris: Dalloz, 1951.

CHEVALLIER, Jacques. *L'État de droit*. 4ª Ed. Paris: Montchrestien, 2003.

_____. *Le service public*. 7ª Ed. Paris: Puf, 2008.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito comercial*. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006. V. 2.

CORAIL, Jean-Louis de. *La crise de la notion juridique de service public en droit*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1954.

CRETELLA, José. *Curso de direito administrativo*. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 29ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DAL POZZO, Gabriela Tomaselli Bresser Pereira. *As funções do tribunal de contas e o estado de direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

DEVOLVÉ, Pierre. *Les grands arrêts de la Jurisprudence administrative*. 12ª Ed. Paris: Dalloz, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23ª Ed., atual. até EC nº. 62/09. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. 2ª Ed. Paris: Acienne Librairie Fontemoing & Cie, 1921. V. 1.

_____. *Traité de droit constitutionnel*. 2ª Ed. Paris: Acienne Librairie Fontemoing & Cie, 1923. V. 2.

_____. *Traité de droit constitutionnel*. 2ª Ed. Paris: Acienne Librairie Fontemoing & Cie, 1924. V. 4.

_____. *Traité de droit constitutionnel*. 2ª Ed. Paris: Acienne Librairie Fontemoing & Cie, 1924. V. 5.

DURKHEIM, Émile. *De la division du travail social*. Paris: Quadris-Presses Universitaires de France, 1986.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2ª Ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*. 4ª edição, 1ª reimpressão. Madrid: Civitas, 2005

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 13ª Ed. Navarra: Thomson-Civitas, 2006. V. 1.

_____. *Curso de derecho administrativo*. 7ª Ed. Navarra: Thomson-Civitas, 2006. V. 2.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. 2ª. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ESPLUGAS, Pierre. *Le service public*. 2ª Ed. Paris: Dalloz, 2002.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 3ª Ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1957

FALLA, Fernando Garrido; OLMEDA, Alberto Palomar; GONZÁLEZ, Herminio Losada. *Tratado de derecho administrativo*. 14ª Ed. Madrid: Tecnos, 2005.

FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FIGUEIREDO, Marcelo. *As agências reguladoras: o Estado democrático de direito no Brasil e sua atividade normativo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

FOILLARD, Philippe. *Droit administratif*. 13^a. Ed. Orléans: Paradigme, 2009.

FORSTSAKIS, Théodore. *Conceptualisme et empirisme em droit administratif français*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1987.

GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GIGLIELMI, Gilles J.; KOUI, Geneviève. *Droit du service public*. 2^a Ed. Paris: Montchrestien, 2007.

GORDILLO, Agustín. *Princípios gerais de direito público*. Trad. Marco Aurélio Grecco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

_____. *Tratado de derecho administrativo*. 7^a Ed. Belo Horizonte: Del Rey-Fundación de Derecho Administrativo, 2003. V.1.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13^a. Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUASTINI, Ricardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Constitutionnel*. 2^a Ed. Paris: Sirey, 1929.

JAY, Hamilton Madison. *El federalista*. Trad. e prólogo de Gustavo R. Velasco. México: FCE, 1943.

JELLINEK, Georg. *Teoría general del estado*. Trad. e prólogo de Fernando de los Ríos. México: FCE, 2000.

JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Trad. da 3ª Edição Francesa por Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Editorial De Palma, (1948). V. 1.

_____. *Principios generales del derecho administrativo*. Trad. da 3ª Edição Francesa por Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Editorial De Palma, (1948). V. 2.

_____. *Principios generales del derecho administrativo*. Trad. da 3ª Edição Francesa por Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Editorial De Palma, (1949). V. 5.

JUSTEN, Monica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 4ª Ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Teoria pura do direito*. 7ª. Ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LACHAUME, Jean-François; BOITEAU, Claudie; PAULIAT, Hélène. *Grands services publics*. 2ª Ed. Paris: Armand Colin, 2000.

LINOTTE, Didier; ROMI, Raphaël. *Droit du service public*. Paris: Lexis-Nexis-Litec, 2007.

MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2005. V. 2.

MAZZA, Alexandre. *Agências reguladoras*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34ª Ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2008.

MODESTO, Paulo; MENDONÇA, Oscar (Coord.). *Direito do estado: novos rumos*. São Paulo: Max Limonad, 2001. V. 2.

MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros-SBDP, 2010.

MORAS, Juan Martín González. *Los servicios públicos em la Unión Europea y el principio de subsidiariedad*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NUNES, António José Avelãs. *A Constituição europeia: a constitucionalização do neoliberalismo*. 1ª. Ed. brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal:Coimbra Editora, 2007.

_____. *Neoliberalismo e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ORTEGA Y GASSET, José. *Ideas y gerencias*. 5ª. Reimpressão.Madrid: Revista de occidente em Alianza Editorial, 2001.

_____. *La rebelión de las masas*. 35ª Ed. Madrid: Espasa, 2001.

_____. *¿Que es filosofía?* 5ª. Reimpressão. Madrid: Revista de occidente em Alianza Editorial, 2001.

ORTIZ, Gaspar Ariño. *La regulación econômica: teoria y práctica de la regulación para la competencia*. Buenos Aires: Editorial Ábacp de Rodolfo Depalma, 1996.

OTERO, Paulo. *A democracia totalitária: do Estado totalitário à sociedade totalitária – a influência do totalitarismo na democracia do século XXI*. Cascais: Principia, 2001.

PASCOAL, Valdecir Fernandes. *A intervenção do estado no município: o papel do tribunal de contas*. Recife: Nossa Livraria, 2000.

PASTOR, Juan Afonso Santamaría. *Principios de derecho administrativo general*. 2ª. Ed. Madrid: Iustel, 2009. V. 1.

_____. *Principios de derecho administrativo general*. 2ª. Ed. Madrid: Iustel, 2009. V. 2.

PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2006.

RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Trad. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

RIVERO, Jean; WALINE, Jean. *Droit administratif*. 19ª. Ed. Paris: Dalloz, 2002.

RECASENS-SICHES, Luis. *Tratado general de filosofía del derecho*. 19ª Ed. Ciudad de México: Porrúa, 2008.

ROMANO, Santi. *Frammenti di un dizionario giuridico*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1953.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Trad. Rolando Roque da Silva. São Paulo: Ridendo Castigat Moraes, 2001.

SALOMONI, Jorge Luis. *Teoría general de los servicios públicos*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SANTIAGO, José María Rodríguez de. *La administración del Estado social*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

SILVA, Almiro do Couto e. *Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas*. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul. V. 27. Nº. 57. PP. 181-208. 2003.

_____. *Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares: serviço público à brasileira?* Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul. V. 27. Nº. 57. PP. 209-237. 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 31ª Ed. rev. e atual. até a EC 56/07. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 4ª Ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Direito administrativo econômico*. 1ª. Ed., 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Fundamentos de direito público*. 4ª Ed., 9ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.

VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010.

VALETTE, Jean-Paul. *Droit des services publics*. Paris: Ellipses, 2006.

_____. *Le service public à la française*. Paris: Ellipses, 2000.

VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e filosóficos*. São Paulo: Axis Mvndi-IBET, 2003. V. 1.

VON JHERING, Rudolf. *A finalidade do direito*. Trad. Heder K. Hoffmann. Campinas: Bookseller, 2002. V. 1.

VON JHERING, Rudolf. *A finalidade do direito*. Trad. Heder K. Hoffmann. Campinas: Bookseller, 2002. V. 2.

_____. *A luta pelo direito*. 3ª Ed. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 8ª Ed. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

ZANCANER, Weida. *Limites e confrontações entre público e o privado*. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). *Direito administrativo contemporâneo: estudos em memória ao professor Manoel de Oliveria Franco Sobrinho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da intervenção do estado no domínio social*. São Paulo: Malheiros-IDAP, 2009.

ZOCKUN, Maurício. *Competência legislativa municipal e o interesse local*. Disponível em:
<http://www.idap.org.br/Artigos/Competencia%20legislativa%20municipal.pdf>.

Acesso em 29 de agosto de 2010.