

Apontamentos sobre a crise do conceito de serviço público no direito brasileiro

Gustavo Adolfo Maia Júnior

Advogado da Caixa em Brasília.

Pós-graduado pela Universidade Cândido Mendes.

Pós-graduando pela Escola Superior da Magistratura do Distrito Federal.

RESUMO: Inarredável ao conceito de Estado é a noção de serviço público. Este último, por sua vez, encontrará definição e lindes de conceituação naqueles objetivos cuja satisfação os instituidores do dito Estado conceberam essenciais. Por conseguinte, é possível dizer o conceito de serviço público como histórico. No último quartel do século passado, apura-se crise na noção de serviço público, marcadamente com o refluxo de concepções socializantes do Estado. Daí, no curso dos processos de privatização, ter lugar a diferenciação entre serviços universais e serviços de interesse econômico geral. Nesse mister, as agências reguladoras são manifestações vivas da crise da noção de serviço público. Por meio do presente trabalho, busca-se apresentar o panorama atual, abordando os conceitos - amplo e restrito - de serviço público, destacando a crise dessa noção, bem como o reflexo e aplicação dessa dicotomia no Estado e no direito brasileiro.

Palavras-chave: Serviço público. Conceito. Crise

Introdução

De toda definição de Estado é sempre possível identificar a vinculação desse organismo social a fins, objetivos, missões. Durante longo período, contudo, a noção de Estado referiu-se ao próprio Estado ou ao indivíduo a personificá-lo. Assim foi em tempos mais antigos, nos regimes absolutistas, ou mais recentes, nos regimes totalitários. Em oposição a isso, o Estado toma ora contornos democráticos, socializantes, destinando seus esforços ao atendimento de necessidades dos cidadãos. Ou seja, conforma-se enquanto estrutura social cuja atuação serve precipuamente ao atingimento das finalidades a ele atribuídas e, por conseguinte, legitimadora de sua existência. Enfim, trata-se de ente destinado a servir ao público.

Nesse contexto, inarredável do conceito de Estado é a noção de serviço público. Este último, por sua vez, encontrará definição e lindes de conceituação naqueles objetivos cuja satisfação os instituidores do dito Estado conceberam essenciais. Por conseguinte, é possível dizer o conceito de serviço público como histórico. Com efeito, somente as peculiaridades sociais, temporais e geográficas indicarão o acerto ou o erro, ou ainda a prestabilidade de um dado conceito dessa modalidade de atuação estatal.

Em consequência, a univocidade dos conceitos científicos – aplicáveis também ao Direito – é preterida para satisfação da pré-concepção de Estado particular ao estudioso. Ao invés disso marcar impropriedade do estudo científico do Direito, tal circunstância se revela necessária, no sentido de preservar a viabilidade do estudo do Estado, da Administração e do Serviço Público.

Vê-se, então, o motivo para o estudo jurídico de a Administração abarcar um tão amplo escopo de conceitos válidos. De um lado, pode-se encontrar Duguit, ladeado por Meirelles, com sua conceituação ampla. De outro lado, pode-se ter Bandeira de Mello e outros de escol, restringindo o conceito. Para além de dúvidas, a variação de elementos e abrangência dos conceitos ofertados na doutrina representam, menos que falta de objetividade científica, a necessária influência das variadas concepções de Estado (com fins e meios a ele inerentes).

A par disso, notadamente pelas correntes liberalizantes circundantes no Atlântico Norte no último quartel do século passado, apura-se crise na noção de serviço público. De fato, o refluxo de concepções socializantes do Estado deu lugar a preceito de ordem liberal, conduzindo ao afastamento ou contenção dos modos e limites da intervenção estatal no mercado. Daí, no curso dos processos de privatização, ter lugar a diferenciação entre serviços universais e serviços de interesse econômico geral.

Tais proposições cruzaram a linha do Equador, desembocando no Brasil. A década de noventa do último século experimentou, nessas terras, a implementação de tais concepções, donde ondas sucessivas de privatizações e de remodelagem do Estado brasileiro amoldaram a atuação do Estado no intuito da satisfação de interesses da população. Como linha básica, tomou-se como pressuposta a capacidade do mercado atender a tais interesses, cabendo ao Estado o papel de regulador. Nesse mister, as agências reguladoras são manifestações vivas da referida crise da noção de serviço público.

Nesse cenário, se buscará, por meio do presente trabalho, apresentar panorama atual da questão, abordando os conceitos - amplo e restrito - de serviço público, destacando a crise dessa noção, bem como o reflexo e aplicação dessa dicotomia no Estado e no direito brasileiro.

1 Conceito de serviço público

Como destacado anteriormente, a expressão serviço público presta-se a definir o conjunto da atuação estatal. Essa atuação por sua vez, ao longo dos tempos, sofreu mutação conforme as peculiaridades do tempo e do espaço em meio às quais o Estado se desloca. É, então, evidente o papel central cumprido pelo rol de atividades essenciais ao bem-estar da população atribuídas ao Estado para caracterização do que seja serviço público.

Quadra notar a relevância da modificação dos fins e, em consequência, dos meios postos à disposição do Estado para prestar serviço ao público. É de destaque o fato de, reconhecidamente, os direitos fundamentais do cidadão terem, na história, se construído em gerações, ou sedimentado em diferentes patamares, à medida da ampliação das necessidades e demandas sociais.

Nesse ponto é notória a lição de Bonavides¹, discernindo os direitos fundamentais de primeira geração (liberdade), como de abstenção, ou seja, a exigir atuação negativa do Estado, impondo-lhe limites; e os direitos de segunda (igualdade) e de terceira (solidariedade) como de prestação, ou seja, a demandar concretização por meio de atividade estatal, impondo obrigações de atuação positiva ao Estado.

Tal abordagem é referendada pelo Supremo Tribunal Federal – STF, tal como se colhe no julgamento do RE 407688:

A multiplicidade de opções que se registra no âmbito da atividade prestacional social do Estado tende a ser, em tese, ilimitada e constitui, por si só, instigante tema para uma reflexão mais aprofundada. Mesmo assim foram efetuadas diversas tentativas de sistematizar as prestações sociais estatais relevantes para a problemática dos direitos sociais, dentre as quais destacamos - pela sua plasticidade e abrangência - a proposta formulada pelo publicista germânico Dieter Murswiek, que dividiu as prestações estatais (que podem, em princípio, constituir em objeto dos direitos sociais) em quatro grupos: a) prestações sociais em sentido estrito, tais como a assistência social, aposentadoria, saúde, fomento da educação e do ensino, etc; b) subvenções materiais em geral, não previstas no item anterior; c) prestações de cunho existencial no âmbito da providência social (*Daseinsvorsorge*), como a utilização de bens públicos e instituições, além do fornecimento de gás, luz, água, etc.; d) participação em bens comunitários que não se enquadram no item anterior, como, por exemplo, a participação (no sentido de quota-parte), em recursos naturais de domínio público. O que se percebe, com base na sistematização proposta, é que os diversos direitos

sociais prestacionais podem apresentar um vínculo diferenciado em relação às categorias de prestações estatais referidas (direito ao trabalho, assistência social, aposentadoria, educação, saúde, moradia, etc.). Quais das diferentes espécies de prestações efetivamente irão constituir o objeto dos direitos sociais dependerá de seu reconhecimento e previsão em cada ordem constitucional, bem como de sua concretização pelo legislador, mesmo onde o Constituinte renunciar à positivação dos direitos sociais prestacionais. Importante é a constatação de que as diversas modalidades de prestações referidas não constituem um catálogo hermético e insuscetível de expansão, servindo, além disso, para ressaltar uma das diferenças essenciais entre os direitos de defesa e os direitos sociais (a prestações), já que estes, em regra, reclamam uma atuação positiva do legislador e do Executivo, no sentido de implementar a prestação que constitui o objeto do direito fundamental.²

Cabe, pois, a análise do conceito de serviço público a partir desse paradigma essencial.

1.1 Serviço público em sentido amplo

Diante da configuração de deveres prestacionais do Estado, é de se reconhecer a possibilidade de conceituar serviço público de maneira abrangente. Bem assim concebeu Duguit. Para esse autor francês, o Estado não se definia por exercer o monopólio da violência, mas por ser o arquiteto da solidariedade social. Daí ser pertinente ao aviso desse doutrinador o serviço público abarcar toda atividade cuja implementação deve ser assegurada, regulamentada e controlada pelos governantes, porquanto a prestação desse tipo de atividade seja indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social, e que tal atividade é de natureza tal a somente ser plenamente implementada pela intervenção da força estatal.

Nessa concepção, alcinhada de Escola do Serviço Público, a abrangência da noção de serviço público está pautada na identidade entre serviço público, direito público e agente público e alcança atividades se não prestadas diretamente pelo Estado, mas por ele regulamentadas. Tal conformação de pensamento encontrava respaldo fático na realidade do Estado francês conhecido no período do último quartel do século XIX até o último quartel do século XX, apresentando máxima expressão no dito "breve século vinte"³. Era tempo, mesmo nos estados de estirpe capitalista, de intervenção maciça, mesmo monopolista, na atividade econômica a pretexto de satisfação de necessidades públicas.

Esse ambiente contextualiza conceitos amplos de serviço públicos, tal como o talhado por Meirelles, *verbis*:

Serviço Público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado. Fora dessa generalidade não se pode indicar as atividades que constituem serviço público, porque variam de acordo com a exigência de cada povo e de cada época. Nem se pode dizer que são as atividades coletivas vitais que caracterizam os serviços públicos, porque ao lado destas existem outras, sabidamente dispensáveis pela comunidade, que são realizadas pelo Estado como serviço público.⁴

Esse cenário muda no “início do fim” do breve século XX, ou seja, a década de 1970. As ondas liberalizantes particularmente representadas pelos Governos Reagan, nos EUA, e Thatcher, no Reino Unido. Na percepção dessa classe dirigente, para superar a estagnação dos regimes capitalistas ocidentais era essencial o retraimento do Estado da atividade econômica, inclusive aquela descrita como serviço público, de modo a propiciar oportunidades de investimento privado nesses setores.

1.2 Serviço público em sentido restrito

A reboque dessas alterações sociais, tornou-se imperioso à ciência do direito atualizar conceitos. De fato, o trinômio caracterizador da noção anterior (serviço público, regime de direito público, agente público) esvai-se diante da transferência da prestação de serviços públicos por meio de agentes delegados, não necessariamente públicos. Passa o Estado a centrar-se na regulamentação e na regulação do mercado de prestação de serviços públicos. Assim, a doutrina corrente passa a privilegiar nos conceitos o regime de direito público incidente sobre a atividade, tornando variável a natureza do ente a efetivamente prestá-lo e destacando a fruibilidade individual do serviço.

A propósito, encontram-se os seguintes conceitos na doutrina contemporânea:

Serviço público é toda a atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestados pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público - portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais - instituído pelo Estado em favor de interesses que houver definido como próprios no sistema normativo. (...) a noção de serviço público há de se compor necessariamente de dois elementos: um deles, que é seu substrato material, consiste na prestação de utilidade ou comodidade fruível diretamente pelos

administrados; o outro, traço formal indispensável, que lhe dá justamente caráter de noção, consistente em um específico regime de Direito Público, isto é, numa “unidade normativa”.⁵

Serviço público é toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente as atividades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.⁶

Saber quando e porque uma atividade é considerada serviço público remete ao plano da concepção política dominante, ao plano da concepção sobre o Estado e seu papel. É o plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei e na tradição. A Constituição pátria considera como serviços públicos p.ex.: o transporte coletivo, no art. 30, V; serviços telefônicos, telegráficos, no art. 21, XI; energia elétrica, no art. 21, XIII. (...) Finalidades diversas levam a considerar certa atividade como serviço público, dentre as quais: retirar da especulação privada setores delicados; propiciar o benefício do serviço aos menos favorecidos; suprir carência da iniciativa privada; favorecer o progresso técnico. Em essência, serviço público significa prestações; são atividades que propiciam diretamente benefícios e bens, aos administrados, não se incluindo aí as de preparação de infra-estruturas (arquivo, arrecadação de tributos, p.ex.). Abrange prestações específicas para determinados indivíduos, p.ex. água, telefone e prestações genéricas, p.ex. iluminação pública, limpeza de ruas. No momento em que a atividade de prestação recebe a qualificação de serviço público, conseqüências advêm, em especial quanto ao regime jurídico, mesmo que fornecida por particulares.⁷

Eis configurado o cenário a partir do qual se pode considerar a crise da noção do serviço público.

2 Crise da noção de serviço público

Encontra-se, finalmente, em Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁸ o que seria, de um lado, um conceito “tradicional” de serviço público:

atividade da Administração Pública que tem por fim assegurar de modo permanente, contínuo e geral, a satisfação de necessidades essenciais ou secundárias da sociedade, assim por lei consideradas, e sob as condições impostas unilateralmente pela própria Administração.

De outro lado, na mesma obra, têm-se um conceito “contemporâneo” de serviço público: “as atividades pelas quais o Estado, direta ou indiretamente, promove ou assegura a satisfação de interesses públicos, assim por lei considerados, sob regime jurídico próprio a elas aplicável, ainda que não necessariamente de direito público”. Essa dicotomia apenas esboçada acima, encontra viva manifestação no continente europeu, sob os influxos da União Européia.

Deveras, enquanto a concepção tirada de Duguit é quase desatenta à questão econômica, a concepção ditada pelos regramentos da Comunidade Européia leva em conta a economia, notadamente a concorrência. A primeira representava o amálgama então existente entre o setor público e o serviço público. A segunda, a seu tempo, cuida do trato entre a intervenção do Estado, prestando direta ou indiretamente o serviço público, e a iniciativa privada, notadamente em atividades de interesse geral prestada de forma concorrente ou complementar pelo ente público e o ente privado.

Nesse diapasão, como reflexo da crise da noção de serviço público, adiantam-se dois novos elementos: o serviço universal e o serviço de interesse econômico geral. Esses dois elementos suprem a falta, na legislação comunitária, de referência a “serviço público”. De fato, a noção de serviço universal⁹ é emprestada do direito americano e agrupa os serviços básicos cujo direito de acesso a todos os cidadãos é julgado indispensável. Do ponto de vista financeiro, o serviço universal enseja ausência de ganho aos fornecedores; eles não podem ser fornecidos senão em caráter deficitário e em condições não correspondentes aos princípios comerciais clássicos, sendo, então, necessária a previsão de instrumento que assegure seu financiamento.

Por seu turno, a noção de serviço de interesse econômico geral aparece na legislação de concorrência (Tratado de Roma, 1957, art. 90, §2º¹⁰) e presta-se a designar atividades úteis anteriormente associadas ao Estado e ao serviço público (eletricidade, telecomunicações, transportes, v.g.) que, hoje, diante da acelerada desregulamentação dos mercados mundiais e das ações das instâncias européias, passam a ser exercidas pela iniciativa privada. Nesse quadro, a disciplina emprestada pela legislação comunitária aos serviços de interesse econômico geral serve a proteger da concorrência o ente privado no enfrentamento do ente público, eis que esse convive ou pode conviver com o déficit, enquanto a empresa somente se justifica pelo lucro.

Noutra mão, essa atuação estatal, de interesse econômico geral, se justificaria pelo especial interesse público na prestação de certa atividade. Ou seja, caracterizada a essencialidade de uma prestação para o bem-estar de uma dada população, o ente responsável pela execução do dito serviço não estaria restrito pelas regras da concorrência, ainda que isso acarrete prejuízo ao empresário privado fornecedor de semelhante prestação.

Em realidade, a prestação desse tipo de serviço pelo Estado deverá se centrar onde há um hiato de mercado, como designado pela ciência econômica, isto é, apesar de útil, necessária, mesmo essencial à coesão social ou ao bem-estar das populações, determinada atividade, numa determinada localidade, não é capaz de gerar receita e, portanto, de remunerar empresa vertente ao lucro, requerendo a intervenção estatal para o suprimento dessa carência.

Tal ordem de considerações relativas ao serviço de interesse econômico geral, aponta para o ambiente de desregulamentação e de supressão de fronteiras – físicas e legais – ao livre trânsito de bens e serviços entre os territórios componentes da União Européia. Como destacado, sendo uma atividade de interesse econômico geral, eventualmente, sua prestação por ente privado é possível, especialmente dadas as diferenças de estágios de desenvolvimento econômico das regiões. Assim, dada a hipótese, poderiam surgir conflitos entre, por exemplo, uma empresa de transporte de resíduos domiciliares privada, remunerada regularmente numa determinada cidade, e um ente estatal a prestar o mesmo tipo de serviço, sem remuneração direta.

3 Noção de serviço público no direito brasileiro

Nesse contexto, resta dificultada a imediata absorção no Direito brasileiro de tal crise e das noções a ela inerentes. Notadamente, a estratificação do pacto federativo já deixa a salvo a maior parte de tais conflitos, seja na prestação por entes públicos, seja na prestação por ente público e ente privado. De outro lado, as agências reguladoras se prestam a estabelecer regras mínimas da disputa comercial, buscando assegurar o atendimento da eficiência, modicidade e continuidade. Além disso, onde poderia haver área fronteira entre a atuação privada e a atuação estatal, as parcerias público-privadas (PPPs), há marcada diferenciação entre as modalidades administrativa e patrocinada. Finalmente, no Brasil, a intervenção estatal no domínio econômico ganha contorno de suplementação ou complementação.

3.1 Arranjo federativo

Como visto acima, a crise da noção de serviço público se instala, de forma acentuada, no ambiente da integração européia. De fato, sob a bandeira azul-estrelada abrigam-se nações em diversos instantes de desenvolvimento do aparelho estatal, destacando diferentes ambientes de interação entre o setor privado e o setor público. Assim, então, atividades cujo exercício apto em um Estado europeu é realizado, à satisfação, por meio da prestação privada, em outro pode carecer de específica intervenção estatal.

Diferentemente ocorre na federação brasileira. Diante do complessivo rol distributivo de atribuições aos entes federados, no que toca aos serviços públicos prestados direta ou indiretamente, não se propicia ambiente concorrencial entre entes - público ou privados - prestadores de tais atividades. É de se notar, por oportuno, específica divisão de atividades a cada ente federado posta na Constituição de 1988. Disso, em consequência, deriva inexistirem maiores momentos de disputa de mercado na prestação - direta ou diferida - de serviços públicos.

É de se ver, na dicção constitucional, ter-se atribuído à União a prestação do conjunto de atividades econômicas cuja natureza indica abrangência em todo o território nacional¹¹. Cabe, por oportuno, destacar a atuação exclusiva da União aos casos de repercussão nacional ou regional, notadamente, nas diversas modalidades de transporte (v.g. CRFB, art. 21, X, XII, XV). Por seu turno, o artigo 23 contempla atividades, qualificáveis como serviço público, realizadas em concorrência pela União, Estados, DF e Municípios, resolvendo-se eventuais sobreposições pelo critério da abrangência do interesse (nacional, regional, local). Nesse diapasão, a prestação direta ou intermediada de serviços não encontra oportunidade para pôr em concorrência mercantil atividades desenvolvidas por mais de um ente federado.

3.2 Agências reguladoras

Ainda no que toca ao rol de serviços públicos designados à União e eventualmente prestados por meio de permissão ou concessão, cumpre anotar a instalação de diversas agências reguladoras¹². Por certo, o papel dessas autarquias de regime especial é zelar pela adequada prestação de serviço público, naquilo que abranja o serviço de interesse econômico geral – atividade sujeita à exploração mercantil privada e rentável – e o serviço universal – prestação permanente, contínua e geral.

A par de estabelecer as referidas agências, as leis correspondentes instituem o regime jurídico do serviço. Calha destacar nessas leis o tratamento, de um lado, daquela fração constituída em serviço universal e, de outro, de serviço de interesse econômico geral. A propósito, logo na abertura dessas leis, há indicação do direito do usuário ao serviço de qualidade, prestado em caráter permanente (contínuo) e a preço módico, em uma palavra, a universalidade do serviço¹³. Além disso, tais normas resguardam a viabilidade dos empreendimentos, notadamente no que toca ao regime de solução de eventuais conflitos de concorrência, esta, por certo, entre as empresas prestadoras indiretas de serviços públicos, por permissão ou concessão da União¹⁴.

Diante desse marco normativo, é possível verificar a impossibilidade, primeiro de conflitos concorrenciais entre empresas prestadoras indiretas de serviços públicos outorgados por entes federados diversos, ante a exclusividade da outorga; segundo, subsunção das relações entre

as concessionárias ou permissionárias às regras do regime jurídico próprio, no qual se incluem predições vertentes sobre a universalidade dos serviços e a exploração econômica da concessão/permissão.

3.3 PPP

Outro regime de convivência entre as atividades econômicas carreadas pelo setor público ou pelo setor privado é o regulado pelas parcerias público-privadas (PPP). A lei n. 11.079, de 30.12.04, dá sustentáculo legal à integração entre esses dois setores, fixando-lhe princípios, além de regras de específica incidência. Nesse sentido, avultam as disposições do artigo 4º da referida norma¹⁵. Destaca-se, no dispositivo, toda intenção de abrigar nas PPPs a oferta de serviços públicos em caráter universal e a necessidade de viabilizar economicamente os projetos, relevando-se a atenção à eficiência no uso dos recursos públicos, no respeito ao interesse e direitos do usuário, repartição objetiva dos riscos, sustentabilidade financeira e vantagens sócio-econômicas dos projetos de parceria. Nesse compasso, assinala-se a instituição, pelo menos incipiente, de marco regulatório mínimo necessário à convergência e interação entre o setor público e o setor privado.

3.4 Atuação estatal no domínio econômico

Finalmente, ainda no aspecto do contato entre o setor privado e o setor público, releva o artigo 173 da Constituição da República. Nesse dispositivo assenta-se o condicionamento da exploração estatal direta da atividade econômica aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, tal como definidos em lei. Dessa maneira, malgrado conceitos de serviço público indicarem a inclusão de atividade de cunho precipuamente econômico ou empresarial, a imissão do Estado nesse domínio, destinado sobretudo à iniciativa privada (CRFB, 170), estará pautada em especial interesse público.

É certo, não passou ao largo da Constituição evitar a prevalência de prerrogativas estatais sobre os particulares quando o Estado se faça empresário. Assim, conforme a redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, o artigo 173, §1º, II, da Carta da República, o estatuto dos entes para-estatais dedicados à exploração de atividade econômica se sujeitará às regras do regime jurídico próprio das empresas privadas¹⁶. Somam-se, dessa maneira, duas salvaguardas em favor do setor privado, ou melhor, em limitação do setor público, de modo a contemplar a satisfação de necessidades especiais dos cidadãos e o direito de exploração da propriedade privada organizada de forma empresária.

Por oportuno, calha reproduzir julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, no qual se confirma a absorção no direito brasileiro

dos conceitos de serviço de interesse econômico geral e de relevante interesse coletivo, sendo este critério para atuação do Estado na prestação do primeiro. Veja-se a decisão, tal como noticiada:

INCONSTITUCIONALIDADE - LEI DISTRITAL Nº 3.205/2003.

Inconstitucional se mostra a Lei Distrital nº 3.205/2003, que, em seu art. 3º, determina que o pagamento feito aos servidores públicos do DF se faça unicamente por meio do Banco Regional de Brasília – BRB. Isso porque o dispositivo viola os arts. 2º, IV e 158, IV e V da Lei Orgânica do DF, bem como os princípios da razoabilidade, da defesa do consumidor e da livre concorrência, pois a centralização dos pagamentos em uma única instituição bancária, a pretexto da conveniência administrativa, limita o direito dos servidores, retirando-lhes a oportunidade de informar-se e realizar opções, e favorece o agente financeiro, proporcionando-lhe um grande grupo de consumidores, em detrimento de outro banco. Além disso, não há qualquer óbice legal para o que o pagamento seja realizado em outra instituição bancária. O voto minoritário defende a constitucionalidade da lei, já que o BRB é um órgão de extensão do Tesouro no DF, tendo este, até o momento da liberação do pagamento, responsabilidade supletiva, o que afastaria a alegação de violação ao princípio da livre concorrência, bem como da ofensa ao princípio da defesa do consumidor, já que haveria plena segurança ao consumidor de que receberia sua remuneração. Aliado a esta assertiva, tem-se que a norma atende ao relevante interesse coletivo de que preconiza a própria Lei Orgânica. Maioria. 20050020049124ADI, Rel. Des. NATANAEL CAETANO, Data do Julgamento 01/08/2006.¹⁶

Conclusão

Em vista do exposto, pode-se verificar que a crise do conceito de serviço público não é estranha ao ordenamento jurídico nacional, entretanto, a estrutura normativa e, especialmente, estatal (federação) impõe aclimação do problema. Com efeito, a Constituição e outras normas específicas ofertam regulação, sinalizando, de um lado, a atenção ao conceito central de serviço público – com destaque ao serviço universal – e, de outro, contemplando o estágio de desenvolvimento do setor privado no Brasil, disciplina a prestação, de forma independente (livre iniciativa) ou outorgada (direta, permitida ou concedida), de serviços de interesse econômico geral.

Nesse compasso, o direito brasileiro apresenta as mutações pertinentes à atual concepção do Estado e do papel dele na atividade econô-

mica. Em realidade, centrada notadamente na regulação, a intervenção estatal na economia, conforme a concepção formulada sob os influxos da mundialização pós-Guerra Fria, dita “neo-liberal”, destina-se a assegurar a prestação universal de serviços públicos por meio de outorga a entes privados, suprimindo a atuação destes quando ocorrente hiato de mercado, caracterizado pela inviabilidade financeira de uma dada prestação.

Noutra mão, o fato de a União concentrar, por determinação constitucional, o bojo dessas prestações, exercendo-a direta ou indiretamente, mas com exclusividade em relação aos demais entes federados, põe a federação brasileira ao abrigo de conflitos de natureza semelhante àquela vivenciada na União Européia. Assim, acolhem-se os marcos teóricos da crise, mas a concretização de seus reflexos encontra barreira na estruturação do Estado federal brasileiro.

Notas

- 1 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- 2 Relator Ministro CEZAR PELUSO, Informativo STF/416.
- 3 HOBBSAWN, Eric. **Era dos extremos: o breve século XX, 1914-1991**. São Paulo: Cia das Letras, 2000.
- 4 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1999.
- 5 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- 6 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanelo. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 1999.
- 7 MEDAUER, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: RT, 1996.
- 8 **Mutações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- 9 Conforme entendimento do Conselho de Estado Francês, no original: “[les services universels] ne peuvent être fournis qu’à perte ou dans des conditions ne correspondant pas aux normes commerciales classiques” (Com 95/327). De fato, o princípio da eficiência, marcado no artigo 37, da CRFB, pode impedir a plena absorção de tal conceito no direito brasileiro, malgrado o seguro social, prestado pelo INSS, amargar longos anos de déficit.
- 10 Tratado de Roma, 1957, art. 90, 2. As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto no presente Tratado, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de fato, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afetado de maneira que contrarie os interesses da Comunidade.
- 11 A destacar do rol do artigo 21, CRFB, primeiro, naquilo central a qualquer concepção moderna de Estado: relações exteriores, defesa nacional, produção e comércio de material bélico,

emissão de moeda, planos nacionais e regionais de ordenação do território; depois aqueles de possível prestação suficiente pela iniciativa privada: serviço postal e correio aéreo nacional, telecomunicações, radiodifusão, energia elétrica, transporte aéreo, aquaviário, rodoviário, portos e aeroportos, serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional, gerenciamento de recursos hídricos, serviços e instalações nucleares.

- 12** Merecem destaque, entre os entes de regulação de serviços concedidos ou permitidos, a Agência Nacional de Águas – ANA, Lei nº 9.984, 17/07/00; Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, Lei nº 11.182, 12/09/05; Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, Lei nº 9.427, 26.12.96; Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, Lei nº 9.472, 16/07/97.
- 13** Telecomunicações, lei n. 9472, art. 2º, I, art. 3, I a XII; Energia elétrica, art. 14, I a V, com remissão à lei n. 8987/95 (Lei de concessões e permissões).
- 14** Cabe especial destaque aos artigos 5º e 6º da lei n. 9472, *verbis*:
 Art. 5º Na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público.
 Art. 6º Os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita

e reprimir as infrações da ordem econômica.

Art. 7º As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações, quando não conflitarem com o disposto nesta Lei.

§ 1º Os atos envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações, no regime público ou privado, que visem a qualquer forma de concentração econômica, inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica.

§ 2º Os atos de que trata o parágrafo anterior serão submetidos à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por meio do órgão regulador.

§ 3º Praticará infração da ordem econômica a prestadora de serviço de telecomunicações que, na celebração de contratos de fornecimento de bens e serviços, adotar práticas que possam limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa.

- 15** Cabe especial destaque ao artigo 4º da lei n. 11.079, *verbis*:

Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

I - eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;

II - respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução;

III - indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;

- IV - responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias;
- V - transparência dos procedimentos e das decisões;
- VI - repartição objetiva de riscos entre as partes;
- VII - sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

16 Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Informativo n. 112. (20050020049124ADI, Relator NATANAEL CAETANO, Conselho Especial, julgado em 01/08/2006, DJ 22/09/2006 p.139).

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Informativo 416, RE 407688.

_____ Lei nº 8.987, 13/02/95

_____ Lei nº 9.427, 26/12/96

_____ Lei nº 9.472, 16/07/97

_____ Lei nº 9.984, 17/07/00

_____ Lei nº 11.182, 12/09/05

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanelo. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 1999.

FRANÇA, Conselho de Estado Francês.

LÉVÊQUE, François. Concepts économiques et conceptions juridiques de la notion de

service public. In Vers une économie de l'action juridique. Une perspective pluridisciplinaire sur les règles juridiques et l'action . CNRS Editions, 2000. disponível em <http://www.cerna.ensmp.fr/Documents/FLivreKirat.pdf#search=%22concept%20service%20publique%22>, acessado em 29 de agosto de 2006, às 21:58h

HOBBSAWN, Eric. **Era dos extremos: o breve século XX, 1914-1991**. São Paulo: Cia das Letras, 2000.

MEDAUER, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: RT, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

UNIÃO EUROPÉIA, Tratado de Roma, 1957.