

MARCOS AUGUSTO PEREZ



O RISCO NO CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Apresentação
Odete Medauar

ef Editora Fórum

O Serviço Público em Mutação

1.1 A definição clássica de serviço público	22
1.2 A função cumprida pela definição clássica de serviço público no plano da estruturação do Direito Administrativo	23
1.3 As alterações que o serviço público tem sofrido ao longo da história	27
1.4 A distinção recente entre serviços de interesse geral; serviços de interesse econômico geral e serviços universais	31
1.5 A tentativa de aproximação dos regimes jurídicos do Direito norte-americano e europeu-continental	36
1.6 O serviço público na tradição jurídica brasileira e na Constituição de 1988	43
1.7 A situação atual: existe ainda um serviço público?	52

“Percebe-se, dessa forma, a noção de serviço público: é toda atividade, cuja realização deve ser assegurada, regulada, e controlada pelos governantes, porque a realização dessa atividade é indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social, e que é de uma tal natureza que ela não pode ser realizada completamente senão pela intervenção da força governante (...) Quais são — se pergunta — as atividades cuja realização constitui uma obrigação para os governantes? A esta pergunta não se pode responder com firmeza. Há nisso algo de essencialmente variável, de evolutivo, antes de qualquer coisa” —

*Léon Duguit*⁵

⁵ Cf. DUGUIT, Léon, 1928, t. 2, p. 61-62.

“São unicamente, exclusivamente, serviços públicos as necessidades de interesse geral que os governantes, em um dado país e em uma dada época, decidiram satisfazer pelo procedimento do serviço público” — *Gastón Jèze*⁶

1.1 A definição clássica de serviço público

Devemos ao Direito francês a definição clássica ou liberal de serviço público, mais especificamente aos geniais doutrinadores da escola de Bordeaux, dentre os quais os principais foram, sem dúvida, Duguit e Jèze. Deriva de sua contribuição a noção de que serviço público é toda atividade de interesse geral, administrada por órgãos públicos, sob um regime derogatório do Direito comum.⁷

Essa definição estrutura-se em três elementos: o elemento orgânico (conceito orgânico ou subjetivo); o elemento material (conceito material ou funcional) e o elemento jurídico (conceito formal ou jurídico em sentido estrito).

Do ponto de vista orgânico, serviço público é o conjunto de pessoas, bens e outros instrumentos, que uma pessoa pública afeta a uma tarefa específica⁸ ou, ainda, a uma organização voltada à realização de um determinado fim.⁹ Nas palavras de Jèze “A organização de um serviço público é a ordenação¹⁰ (pessoal, material) que supõe o emprego do procedimento de serviço público”.¹¹ O traço principal deste elemento é a caracterização do serviço como tarefa organizada (*assegurada, regulada e controlada*) pelo Estado.

⁶ Cf. JÈZE, Gaston, 2004, t. 2, p. 16 (trata-se de reedição recente da obra original de 1930).

⁷ Cf. RIVERO, Jean et al., 1994, p. 386.

⁸ *Ibid.*, p. 385.

⁹ Cf. OVIEDO, Carlos García, 1923, p. 16.

¹⁰ O vocábulo utilizado no original francês que traduzimos por ordenação é *aménagement*.

¹¹ Cf. JÈZE, Gastón, 2004, t. II, p. 104.

Do ponto de vista material, serviço público é uma atividade de interesse geral que, por sua importância social (*desenvolvimento da interdependência social*), deveria ser administrada pelo Estado. O que irá distinguir o serviço público de uma atividade privada é, portanto, o interesse geral subjacente à execução daquele, a necessidade de que o mesmo alcance a todos os cidadãos indistintamente em razão da integração, coesão, solidariedade e segurança social que sua prestação promove. Esse nexo entre uma atividade e o interesse público é resultado de uma escolha política feita pela sociedade, que a expressou por intermédio de suas instituições democráticas e jurídicas (constituição, leis, costumes).

Sob o prisma formal, por fim, serviço público é a atividade submetida ao regime jurídico de direito público, ao regime jurídico derogatório do Direito comum e, enfim, ao regime jurídico administrativo.¹²

1.2 A função cumprida pela definição clássica de serviço público no plano da estruturação do Direito Administrativo

Não há dúvida de que esta definição cumpriu um papel fundamental na estruturação histórica e teórica do Direito Administrativo.

Da idéia segundo a qual o serviço público seria o fundamento e o limite do poder governamental¹³ derivou a da existência de um regime jurídico especial — derogatório do Direito comum — relacionado à execução (procedimento) do serviço público¹⁴ (o próprio Direito Administrativo) e à definição do critério de competência da jurisdição administrativa francesa, que acabou por

¹² Sobre estas três acepções ver, entre nós, com algumas variações em relação ao aqui colocado, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, 2003, p. 99 e MEDAUAR, Odete, 1996, p. 341, ao apresentar os traços característicos do serviço público.

¹³ Cf. DUGUIT, Léon, 1928, p. 62.

¹⁴ Cf. JÈZE, Gaston, 2004, t. 2, p. 15.

se tornar uma das grandes responsáveis pela gradativa construção do que podemos chamar a matriz europeia-continental do Direito Administrativo.

Pode-se afirmar que, nas duas décadas iniciais do século XX, o conceito de serviço público tornou-se peça central na teorização do Direito Administrativo. A estruturação e transformação do Direito Administrativo Francês, como também do Direito Administrativo de outros países europeus continentais que sofriam a influência das escolas francesas, foram alimentadas, nas primeiras décadas do século XX, pela teoria jurídica do serviço público.¹⁵

Por outro lado, não se pode deixar de notar que há evidentes diferenças entre a função do conceito clássico de serviço público no Direito Administrativo francês e sua função no Direito Administrativo de outros países, europeus ou não europeus, mesmo que nestes seja evidente a influência francesa.

Acontece que no Direito francês o conceito de serviço público representou um papel central na estruturação de todo o ramo do Direito Administrativo, tornou-se o critério de aplicação do Direito Administrativo e o critério de competência da jurisdição administrativa, enquanto que em outros países isso não ocorreu com a mesma intensidade.¹⁶

O Direito Administrativo italiano, por exemplo, ainda que tenha buscado nas lições de Duguit e Jèze a noção de serviço público, não emprestou a esta a amplitude que se viu no Direito francês, adotando um conceito mais funcionalista e sem unicidade em torno dos três aspectos: orgânico, funcional e formal.¹⁷

¹⁵ Cf. CHEVALLIER, Jacques. La Place du Service Public dans l'Univers Juridique Contemporain. In: ROUBAN, Luc, 2000, p. 22. Ver, ainda, a propósito o abrangente estudo de Pedro Gonçalves (1999, p. 30 et seq.) que ressalta a importância que o conceito de serviço público teve no Direito Administrativo italiano (muito embora o conceito italiano tenha sido sempre mais restrito) e no Direito Administrativo português. Ver, por fim, Carlos García Oviedo (1923) que nas primeiras páginas de seu clássico trabalho já ressalta a importância da definição de serviço público no Direito Administrativo espanhol.

¹⁶ Cf. GONÇALVES, Pedro, 1999, p. 27.

¹⁷ Cf. ALESSI, Renato, 1953, p. 343 et seq.; e RANGONE, Nicoletta, 1999, p. 13-18.

Esse enfoque influenciou notadamente o Direito Administrativo espanhol — em que pese a forte influência sobre este do Direito francês¹⁸ — que, embora se refira, em alguns diplomas legais, a um conceito ligado à acepção orgânica (por exemplo, na legislação financeira), dá primazia a uma definição funcional de serviço público, bem como influenciou o Direito Administrativo português, especialmente na adstrição do conceito funcional às prestações *uti singuli*.¹⁹

Apesar dessas diferenças, relacionadas fundamentalmente à amplitude de aplicação da definição de serviço público, pode-se identificar, nos diferentes regimes jurídicos dos diversos países influenciados direta ou indiretamente pelas escolas francesas, a existência de traços conceituais uniformes.

Observe-se que o serviço público em sua acepção clássica é nada mais que um resultado material das necessidades da coletividade, que as liga indissolavelmente à formação do Estado, aos poderes do Estado, que, por sua vez, deixam de se expressar como mito e passam a se revelar como *função*, isto é, como instrumento racional da realização do bem comum ou do interesse público.

Vê-se, por meio dessa afirmação, que há uma ligação clara entre a idéia de serviço público e os fundamentos do Estado democrático²⁰ e republicano,²¹ idéia que é reforçada, na medida em que se identificam os princípios inerentes à prestação do serviço público, tais como os de continuidade, igualdade e mutabilidade.

Melhor explicando, é necessário afirmar que foi a definição de serviço público que permitiu, talvez pela primeira vez na história do Direito Administrativo, revelar que são os *finis sociais*

¹⁸ Cf. ORTIZ, Gaspar Ariño, "El Servicio Público como Alternativa", 1979. O autor citado reconhece a influência do Direito francês com uma ironia que vale ser citada: "Nuestra doctrina ha bebido abundantemente de la francesa, habiendo llegado con ello a un parecido grado de confusión". Ver também, sobre o conceito de serviço público no Direito espanhol, TRIANA, Adolfo Serrano, 1990, p. 39 et seq.

¹⁹ Cf. GONÇALVES, Pedro, 1999, p. 32 e CAETANO, Marcello, 1970, p. 1067.

²⁰ Cf. RACHLINE, François, 1996, p. 67.

²¹ Cf. MODERNE, Franck. Les Mutations de Services Publics em Droit Français. In: KOVAR, Robert; SIMON, Denys, 1998, p. 6.

da ação administrativa que fundamentam esse ramo do Direito. O Direito Administrativo, neste diapasão, deixa de ser o prolongamento de privilégios da administração pública e passa a ser, ao contrário, consequência das responsabilidades sociais assumidas por esta,²² ainda que, para o exercício dessas responsabilidades, exija-se o estabelecimento de várias prerrogativas.

A definição de serviço público, nesse sentido, desempenhou um papel importante de *legitimação* do Direito Administrativo.

Por outro lado, não há que se esforçar demais para perceber que essa noção de serviço público serviu como combustível à expansão da intervenção do Estado na vida social,²³ afinal, ela veiculava que as necessidades fundamentais do indivíduo (dentre as quais se poderia identificar o acesso a bens coletivos e universais como água, transportes urbanos e interurbanos, eletricidade, gás, telefone)²⁴ deveriam ser providas igualmente pelo Estado — “produtor da integração e coesão sociais”.²⁵

Não é menos certo que o refinamento desse pensamento e a escassez de recursos estatais para a assunção das necessidades crescentes da sociedade conduziram à concepção de que essa intervenção é subsidiária, isto é, de que a origem de todo serviço público encontra-se no reconhecimento de uma necessidade coletiva que a iniciativa privada (o mercado), por si só, não conseguiria prover²⁶ adequadamente.

Alguns desses serviços, por seu turno, eram desinteressantes à iniciativa privada em razão dos imensos investimentos que deveriam ser realizados para a constituição de uma infraestrutura, ou de uma rede que possibilitasse o acesso igualitário

²² Cf. CHEVALLIER, Jacques, 2000, p. 23.

²³ Cf. CHEVALLIER, Jacques, 2000, p. 26, para quem a doutrina do serviço público foi um “puissant moteur d’expansion étatique”.

²⁴ Cf. RACHLILNE, François, 1996, p. 67.

²⁵ Cf. CHEVALLIER, Jacques, 2000, p. 26.

²⁶ Cf. CHRÉTIEN, Patrice. Divine Surprise ou Éternels Regrets?! La Vacuité de la Doctrine Juridique du Service Public. In: *Sociétés Contemporaines*, n. 32, 1998, p. 14.

ou universal de todos aqueles que necessitassem do serviço. Desse fato adveio a constituição, por iniciativa estatal, de redes e infraestrutura para a prestação de serviços públicos, que, um pouco mais tarde, ligaram a trajetória do serviço público ao conceito de monopólios estatais ou à criação de empresas estatais monopolistas,²⁷ o que, de certo modo, constituiu o referencial central da reação, mais atual, contra o conceito clássico de serviço público.

Pode-se, então, concluir, resumida e topicamente, que a função cumprida pela definição clássica de serviço público, no plano da estruturação do Direito Administrativo, revela-se por diferentes prismas. Primeiramente, é a partir dessa definição clássica que se fundamentou o regime jurídico especial — derogatório do Direito comum — que dá essência ao Direito Administrativo. Em segundo lugar, foi dessa definição que nasceu a noção da finalidade social da ação administrativa e, conseqüentemente, do Direito Administrativo ou, como preferem alguns, de *legitimação* do Direito Administrativo. Em terceiro lugar, essa definição cumpriu um papel muito útil ao desenvolvimento do chamado *estado de bem estar social*, ao servir, como já dissemos, de combustível à expansão da intervenção do Estado na vida social, propiciando a atuação do Estado na defesa da solidariedade e da coesão social, toda a vez em que o *mercado* apresentasse falhas que o justificassem. Por fim, a definição clássica fundamentou a criação de empresas estatais monopolistas e a obrigação estatal de implantação das redes e infra-estruturas necessárias para a prestação dos serviços públicos.

1.3 As alterações que o serviço público tem sofrido ao longo da história

Essa importância teórica, no entanto, foi sendo atenuada ao longo da história. Se a generalidade do conceito de serviço

²⁷ Cf. Sandrine Garceries (Service Public et Droit Communautaire, une Nouvelle 'Crise' de la Notion de Service Public em Droit Administratif Français?, 1998, p. 41) onde a autora defende existir uma trilogia "Services Publics – Entreprises Publiques – Monopoles publics".

público deu-lhe a força necessária para impulsionar o Direito Administrativo em seus primórdios, logo se percebeu que a simples identificação da totalidade das atividades da administração pública com o serviço público não ajudaria na melhor sistematização deste ramo do Direito em função da natureza vaga e imprecisa dessa noção.²⁸

Ademais, a comunhão dos aspectos orgânico, material e jurídico que concedia primazia teórica à definição clássica de serviço público foi, na prática, tornando-se rara, com a aparição de novas formas de prestação do serviço público.²⁹ Gestão do serviço por particulares; serviço público regido por normas do Direito Privado; atividades industriais e comerciais geridas pela administração pública,³⁰ entre outros exemplos, são fenômenos que não se coadunam com o conceito clássico, pois, de certa forma, aderem a um dos aspectos do conceito, dissociando-se dos demais.

O fato é que, em função das superveniências históricas, costuma-se identificar duas crises do serviço público. A primeira, com maior adstrição ao Direito Administrativo francês, localizada entre os anos 20 e 50 do século passado,³¹ que destituiu do serviço público a posição de eixo temático, em torno do qual gravitaria o Direito Administrativo.³² A conexão entre regime jurídico administrativo e serviço público é rompida, em grande medida, em razão da utilização do Direito Privado na gestão de atividades caracterizáveis como serviços públicos e da utilização do Direito

²⁸ Esse é um problema vivenciado de forma mais aguda pelo Direito Administrativo francês, pois, na verdade, "em nenhum outro ordenamento jurídico o serviço público foi proposto como critério de aplicação do Direito administrativo e de definição da competência da jurisdição administrativa". Cf. Pedro Gonçalves (1999, p. 27) como anteriormente já afirmamos.

²⁹ Cf. Jean Rivero et al. (1994, p. 386) para os quais a coincidência atualmente dos três elementos da definição é "muito menos freqüente". Ver também GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, 2003, p. 53.

³⁰ Cf. MEDAUAR, Odete. *Serviços Públicos e Serviços de Interesse Econômico Geral*. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Org.), 2003, p. 115 et seq.

³¹ Um marco no rompimento da noção clássica de serviço público é o caso "*Société Commerciale de l'Ouest Africain*", de 1921, que estabelece a aplicação do Direito Privado a certos serviços públicos. Mas a doutrina francesa torna freqüente a abordagem da "crise" a partir, na verdade, dos anos 1950.

³² Cf. GONÇALVES, Pedro, 1999, p. 27.

Público na gestão de atividades industriais e comerciais, que não se encaixariam perfeitamente na definição de atividade de interesse geral.

A segunda crise é fruto das tendências econômicas das duas décadas finais do século XX. Relaciona-se à desvinculação de muitas tarefas, até então consideradas como serviços públicos, deste rótulo (*e.g.* telecomunicações, energia, transportes) e da reformulação de seu regime jurídico.³³

Uma nova classificação dos serviços controlados pela administração pública passa a ser referida pelas legislações de diferentes países e pelo Direito comunitário europeu. Passa-se a falar então em: serviços de interesse geral; serviços de interesse econômico geral; serviços universais; atividades privadas com obrigações de serviço público; atividades privadas de interesse público como modalidades distintas do serviço público,³⁴ conforme verificaremos, mais detidamente, abaixo.

Todo esse movimento de revisão da ordenação institucional dos serviços públicos na Europa, obviamente relacionado à onda de privatização e desregulamentação, levou alguns autores, recentemente, a proclamar (aos moldes de muitos que o haviam feito por ocasião da enunciada primeira crise do serviço público)³⁵ a morte do serviço público.³⁶ Afinal, como reconhece Pedro Gonçalves,³⁷ em alguns setores onde a intervenção estatal é muito tradicional

³³ Cf. GONÇALVES, Pedro, 1999, p. 27.

³⁴ Cf. Odete Medauar (Serviços Públicos e Serviços de Interesse Econômico Geral. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Org.), 2003, p. 120 et seq.) que se refere à Diretiva 97/33/CE do Parlamento Europeu e à Comunicação COM 96/443, de 11 de setembro de 1996, editada pela Comissão Européia. Ver, aqui também, Pedro Gonçalves (1999, p. 27) e, mais detalhadamente, Rodrigo Gouveia (2001, p. 15 et seq.) que se refere, ainda, ao Comunicado COM 2000/0580 que atualiza as definições da COM 96/443.

³⁵ Autores dessa corrente de pensamento foram, por exemplo: CORAIL, Jean-Louis de, 1954; e MORANGE, Georges. *Le Déclin de la Notion Juridique de Service Public*, 1947, p. 45 apud GONÇALVES, Pedro, 1999, p. 25.

³⁶ Cf. MACHADO, Muñoz, 1998, p. 17; ORTIZ, Gaspar Ariño, 2001, p. 558 e, entre nós, SUNDFELD, Carlos Ari. *Serviços Públicos e Regulação Estatal*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.) et al., 2000, p. 32.

³⁷ Op. cit. p. 27.

“o serviço público foi ou está sendo pura e simplesmente banido e substituído por conceitos mais ou menos próximos”.³⁸

Como se isso não bastasse, há uma certa confluência entre dois mundos que foram, originalmente, separados e contrapostos, como vimos, em razão da própria definição de serviço público: o regime jurídico administrativo e o regime jurídico privado.³⁹ Limitações comunitárias à aplicação do Direito Público interno,⁴⁰ auto-regulação,⁴¹ competição de mercado em setores outrora dominados pelo serviço público exclusivo ou monopolista,⁴² utilização de técnicas gerenciais e modelos jurídicos do setor privado na realização dos serviços,⁴³ são alguns exemplos da avalanche modernizadora que afetou o serviço público nos últimos anos e da aproximação entre os mundos público e privado, justamente no campo da prestação de serviços públicos.

Há, por fim, é necessário perceber esse fato, uma tentativa de migração do modelo jurídico europeu-continental, fortemente inspirado pelas escolas francesas, como vimos, para o modelo do Direito norte-americano, por intermédio da criação de figuras jurídicas que tornem a administração pública menos uma realizadora concreta e direta de atividades de interesse geral — outrora pertencentes ao *noyau dur* conceitual do serviço público — e mais uma reguladora ou controladora indireta da realização dessas atividades pela iniciativa privada.

³⁸ Explicitaremos abaixo (ver item 1.7, deste capítulo) nossa posição em relação à importância atual da noção de serviço público. Efetivamente discordamos daqueles que apregoam a morte do conceito de serviço público. Nossa compreensão ou opinião não elimina, entretanto, o fato de que, particularmente na Europa (em grande medida por influxo das normas comunitárias), muitas atividades antes regidas pelo regime jurídico de serviço público, isto é, pelo regime de direito público, passaram a ser tratadas como atividades privadas submetidas à regulação econômica.

³⁹ Cf. MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo, 2002, p. 143, para quem o rompimento da barreira entre o Direito Público e o Privado tem relação com “a globalização econômica e a fragmentação social”.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 140.

⁴¹ Cf. MOREIRA, Vital, 1997, p. 52.

⁴² Cf. FALLA, Fernando Garrido. El Modelo Económico en la Constitución y la Revisión del Concepto de Servicio Público. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1981, p. 225 et seq.

⁴³ Cf. FRAISSE, Robert. Le Service Public saisi par la Modernisation. In: GRÉMION, Catherine; FRAISSE, Robert, 1996, p. 40; e POLLITT, Christopher, 1993, p. 49.

1.4 A distinção recente entre serviços de interesse geral; serviços de interesse econômico geral e serviços universais

Parece-nos útil, a esta altura, abrir parênteses em torno das novas terminologias que vieram, recentemente, rivalizar com a noção de serviço público.

Como dissemos, há atualmente em curso um movimento, que podemos considerar global, de revisão institucional das atividades até há pouco tempo intituladas genericamente de serviço público.

O *Direito comunitário europeu* tem cumprido o papel de propulsor desse movimento, ao menos no contexto daquele continente.⁴⁴ Os glossários divulgados pela União Europeia, por meio dos comunicados COM 96/443 e COM 2000/0580, enunciam a existência de três vocábulos que concorrem teoricamente com o tradicional serviço público:⁴⁵ *serviços de interesse geral*; *serviços de interesse econômico geral*; *serviços universais*.

Serviço de interesse geral é a atividade utilizada pela generalidade dos cidadãos e que para eles se traduz como imprescindível para a completa fruição da vida em sociedade. São serviços que atendem aos cidadãos em suas necessidades básicas e que são considerados essenciais à vida, à saúde ou à participação.⁴⁶

Nos termos do COM 2000/0580, dividem-se os serviços de interesse geral em mercantis e não mercantis.⁴⁷ Para essa caracterização, demanda-se que sejam estas atividades “declaradas de interesse geral” pelas autoridades públicas competentes, o que implica na imposição ao seu prestador de específicas “obrigações de serviço público”.

⁴⁴ Cf. LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis Martínez. *Servicio Público, Servicio Universal y 'Obligación de Servicio Público'* en la Perspectiva del Derecho Comunitario. In: NUNES, Antonio José Avelãs, 2001, p. 249.

⁴⁵ Este também referido no Anexo II, do COM 2000/0580.

⁴⁶ Cf. GOUVEIA, Rodrigo, 2001, p. 17.

⁴⁷ Geralmente traduz-se a expressão do referido comunicado — *market and non-market services* — como serviços mercantis e não mercantis, ou serviços comerciais e não comerciais. Parece-nos uma remissão clara à idéia francesa que faz distinção entre serviços públicos econômicos industriais e comerciais (*market services*) e serviços públicos administrativos (*non-market services*).

A definição comunitária é, como se nota, bastante aberta e apta, portanto, a compreender um longo rol de serviços tais como: (a) fornecimento de energia elétrica; (b) telecomunicações; (c) serviços postais; (d) serviços de rádio e televisão; (e) fornecimento de água; (f) fornecimento de gás; (g) transportes coletivos; (h) serviços de saúde; (i) segurança social; (j) educação; (k) cultura; (l) serviços de interesse geral relacionados à autoridade pública.⁴⁸

É interessante notar, desde logo, que a extensa gama de atividades passíveis de qualificação como serviços de interesse geral é coincidente, em boa parte, com as atividades abrigadas outrora na definição corrente de serviço público.

Serviços de interesse econômico geral são, por sua vez, atividades mercantis que se vinculam à satisfação das necessidades de natureza econômica, social e cultural básicas dos cidadãos.⁴⁹

Nos termos do COM 2000/0580, a expressão utilizada pelo art. 86, 2, do Tratado de Amsterdã refere-se a serviços mercantis que os Estados membros da União Européia submetem a específicas obrigações de serviço público, em virtude de um critério de interesse geral. Segundo o indigitado comunicado, a expressão tenderia a abranger atividades como redes de transporte, energia e comunicações.⁵⁰

Como se verifica, o traço distintivo em relação aos *serviços de interesse geral* (gênero) é que os *serviços de interesse econômico geral* (espécie) são obrigatoriamente mercantis, isto é, são prestados por meio de empresas estatais ou privadas (em regime não necessariamente competitivo e não necessariamente monopolizado). Assim, todo serviço de interesse econômico geral é serviço de

⁴⁸Cf. GOUVEIA, Rodrigo, 2001, p. 17-18.

⁴⁹Ibid., p. 22.

⁵⁰Os casos mais referidos e analisados no Direito Comunitário Europeu, que possuem vinculação direta com a discussão do importante conceito de serviço de interesse econômico geral (exceção ao regime jurídico de competição e liberdade do mercado europeu), são os casos Corbeau (Ac. TJ de 15/05/93, p. I-2568), Almelo (Ac. TJ de 27/04/94, p. I-1521) e Diego Cali (Ac. TJ de 18/05/97, p. I-1543).

interesse geral, mas a recíproca não é verdadeira, pois nem todo serviço de interesse geral é serviço de interesse econômico geral.

A jurisprudência comunitária já considerou integrantes da categoria dos serviços de interesse geral econômico as seguintes atividades: correios, distribuição de energia elétrica, distribuição de água, estradas de ferro, transporte aéreo, serviços de telefone e televisão.⁵¹

Serviços universais, por fim, são aqueles cujo acesso a todos os cidadãos deve ser proporcionado a preços razoáveis.

O COM 2000/0580 define os *serviços universais* por meio de obrigações jurídicas inerentes a sua prestação. São, assim, *serviços universais*, tautologicamente, aqueles submetidos a um regime jurídico que compreende obrigações (ao prestador) ou garantias (ao cidadão) de universalização (telecomunicações, por exemplo). Por garantias de universalização compreende-se: acesso contínuo a serviços de qualidade para todos os usuários e consumidores (inclusive durante o processo de passagem do regime de monopólio para o mercado aberto e competitivo). O conceito conduz ao estabelecimento, pelos Estados membros da União Européia (à luz de suas condições específicas), de uma quantidade de serviços que, em determinado padrão de qualidade e a preços acessíveis, seja oferecida a todos os cidadãos, indistintamente.

As novas expressões são fruto de preocupações de ordem política, econômica e social.

Do ponto de vista político, as expressões visam à integração dos diferentes ordenamentos jurídicos que tratavam o serviço público de modo não uniforme (não havia no Direito britânico, por exemplo, a preocupação com o serviço público que se encontrava na França;⁵² não havia no Direito alemão qualquer expressão

⁵¹ Cf. QUADROS, Fausto. Serviço Público e Direito Comunitário. In: NUNES, Antonio José Avelãs, 2001, p. 288.

⁵² Cf. CAVE, Martin. Développement des Télécommunications et Service Public. In: CHEVALIER, Jean-Marie et al., 1999, p. 81: "Na terminologia britânica, os serviços públicos são ordinariamente limitados às atividades não mercantis como saúde e educação".

jurídica que se identificasse diretamente com serviço público,⁵³ e mesmo nos países latinos, que sofreram maior influência das escolas francesas, não havia uniformidade de tratamento na abordagem jurídica do serviço público, como acima já vimos).

Do ponto de vista econômico, a adoção de nova terminologia envida superar as limitações inerentes ao modo tradicional de prestação dos serviços públicos, notadamente, como vimos, a associação entre serviço público e monopólio público, sem, entretanto, desorganizar as operações em curso. Melhor explicando, a Comunidade Européia revela o intento de que os serviços públicos sejam prestados com graus crescentes de eficiência, por meio da competição entre os seus prestadores, isto é, por meio da criação de um mercado específico de serviços públicos, mas revela extremo cuidado, compreendendo que o regime de plena competição precisa ser derogado, em todos os campos onde essa derrogação se revele imprescindível à concretização dos serviços considerados essenciais à coesão social e territorial.⁵⁴

Por fim, do ponto de vista social, a nova terminologia deixa claro que a Comunidade Européia não deseja abandonar as conquistas sociais e de bem estar⁵⁵ alcançadas ao longo de décadas

⁵³ Ver o estudo de JUSTEN, Monica Spezia, 2003, p. 128 et seq., bem como, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, 2002, p. 54 et seq.; MARCOU, Gérard. Les Services Publics em Droit Allemand. In: MODERNE, Franck (Org.) et al., 2001, p. 124 et seq. e WOLF, Dieter. La Réforme des Services Publics en Allemagne. In: CHEVALIER, Jean-Marie, 1999, p. 13. Todos concordam que não há tradução direta da expressão jurídica serviço público, muito embora, a partir de Forsthoff exista a denominação *Daseinsvorsorge* — atividades de previdência — que se aproxima da idéia francesa de serviço público.

⁵⁴ Assim, a identificação de uma atividade como serviço de interesse geral, ou como serviço de interesse econômico geral, abre a possibilidade da realização de outorgas em caráter exclusivo e de acesso aos fundos públicos de provisão dessa atividade, o que derroga o regime geral de competição estabelecido pelo Direito comunitário (v. COM 2000/0580: "The experience gained so far also confirms the full compatibility of the Treaty rules on competition and the internal market with high standards in the provision of services of general interest. In certain circumstances, in particular where market forces alone do not result in a satisfactory provision of services, public authorities may entrust certain operators of services with obligations of general interest and where necessary grant them special or exclusive rights and/or devise a funding mechanism for their provision").

⁵⁵ A COM 2000/0580 relata, por exemplo, que, nos países que compõem a comunidade européia (pelas estatísticas de 2000), somente 13% das pessoas não tinham acesso ao fornecimento residencial de gás; que somente 7% dos cidadãos reclamavam, ainda, acesso ao serviço de transporte intermunicipal; e que somente 5% da população não chegava a desfrutar dos serviços de transporte local. O mesmo relato explicita que os serviços de eletricidade, correios e água potável atingiam, em 2000, praticamente 100% da população.

e que persistem os valores da igualdade e da solidariedade na prestação de serviços públicos expressos por meio de “obrigações de serviço público” e de “universalidade”.

É na esteira desses objetivos, portanto, que se deve compreender a nova terminologia adotada pela Comunidade Européia. Em resumo, unificação do tratamento jurídico dos serviços públicos nos diferentes ordenamentos; abertura de novos setores à competição de mercado; e promoção da coesão social e territorial, são os três valores fundamentais da reforma européia.

Como consequência desse quadro, se não há um sentenciamento capital do serviço público, colocação que nos parece muito exagerada, deve-se reconhecer que há um grande revolvimento de seu tratamento jurídico. Da identificação do serviço público como atividade estatal, caminha-se para uma noção contemporânea, na qual a atuação direta e indireta (via regulação, por exemplo) do Estado é reclamada somente quando destinada a sanar as falhas do mercado, ou a salvaguardar a coesão e a solidariedade sociais. Da identificação do serviço público com o regime jurídico administrativo, caminha-se para a aplicação excepcional desse regime derogatório do Direito comum (justificada em razão da natureza do serviço e das circunstâncias em que este é prestado). Da identificação do serviço público com o regime de exclusividade ou monopólio, caminha-se para o incentivo da competitividade, salvo se o alcance da universalização, da acessibilidade e da igualdade entre os usuários, enfim, não se compatibilizar com o regime da livre competição de mercado.

Essa caminhada não é, no entanto, retilínea nem inevitável. A própria orientação européia (comunitária) reflete que, após uma tendência mais liberalizante, voltou-se a admitir de modo mais freqüente casos orientados por um regime jurídico derogatório daquele de livre competição no mercado, que se reaproxima da noção tradicional de serviço público. A amplitude da noção de serviço de interesse econômico geral, em seu formato atual, é certamente consequência desse fato.

A impressão que nos resta, ao final desta análise, é que, apesar dos quentes debates ideológicos que permeiam o tema do serviço público, o que se dá atualmente é um processo muito comum de atualização de um conceito jurídico, em função das circunstâncias econômicas e sociais de uma dada época.⁵⁶ Da mesma forma que não se costuma falar em morte da propriedade, em razão dos vetores sociais que passaram a nortear o Direito de propriedade, não se deve falar em morte do serviço público, como consequência dos ventos privatizantes que impulsionaram a economia capitalista no final do século XX.⁵⁷

O máximo que se consegue identificar, neste momento, é, como já dissemos, um revolvimento do conceito clássico de serviço público (mais nos seus aspectos orgânico e formal do que em sua acepção material) e uma tendência, de certo modo global, de aproximação dos regimes jurídicos que se alinhavam à matriz francesa com o Direito norte-americano.

1.5 A tentativa de aproximação dos regimes jurídicos do Direito norte-americano e europeu-continental

Não é possível esconder que o Direito europeu comunitário tem bebido na fonte do Direito norte-americano, no que se refere à disciplina jurídica hodierna dos serviços públicos.⁵⁸ A necessidade de integração a uma economia capitalista globalizada criou

⁵⁶ Ora, como já lembrava Jèze, citado na epígrafe deste capítulo, o serviço público altera-se de acordo com a época e a sociedade em que é prestado, e talvez isso explique a longevidade, ou a sobrevivência, do conceito de serviço público, que há praticamente um século tem sido cercado de polêmicas. Concorda com a idéia, acima veiculada, de atualização do conceito jurídico de serviço público Franck Moderne (Les Transcriptions Doctrinales de l' Idée de Service Public. In: MODERNE, Franck (Org.) et al., 1998, p. 79.

⁵⁷ Há que se salientar que muitos autores continuaram fiéis ao conceito de serviço público — ainda que a fidelidade não se dê em relação ao conceito francês clássico. Exemplos são encontrados em RIVERO, Jean; WALINE, Jean, 1994, p. 387; em GONÇALVES, Pedro, 1999, p. 35 et seq.; em MEDAUAR, Odete. Serviços Públicos e Serviços de Interesse Econômico Geral. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Org.), 2003, p. 115 et seq.

⁵⁸ Farta a literatura da qual se pode extrair essa conclusão, veja-se, e.g., RANGONE, Nicoletta, 1999, p. 289, 310 et seq.; MODERNE, Franck, 1998, p. 16, 29; BERRY, Michel. Les Services Publics entre le Modèle de l'État Bienveillant et le Modèle du Marché Bienfaiteur. In: CHEVALIER, Jean-Marie, 1999, p. 59; WOLF, Dieter, Op. cit., 1999, p. 16, MOREIRA, Vital. Serviço Público e Concorrência. A Regulação do Sector Elétrico. In: NUNES, Antonio José Avelãs, 2001, p. 229 e 233 e TRIANTAFYLLOU, Dimitris. Les Mutations de la Notion de Service Public em Droit Compare. In: KOVAR, Robert et al., 1998, p. 57 et seq.

o consenso político necessário para que o bloco europeu buscasse adotar modelos jurídicos que possibilitassem, no mínimo, um vocabulário comum com o Direito norte-americano⁵⁹ ou, melhor dizendo, um ambiente jurídico compatível com os desígnios de desenvolvimento econômico sob o pálio da ideologia neoliberal do final do século XX.⁶⁰

Não é estranho ao Direito norte-americano o conceito de serviço público⁶¹ e de concessão de serviço público.⁶² Deve-se reconhecer, no entanto, que a importância dada a estas figuras no Direito europeu continental é muito maior.

Ora, como se deduz do que até aqui expusemos, serviço público (bem como são os hodiernos: serviço de interesse geral ou de interesse econômico geral e serviço universal) é conceito-chave, no Direito continental europeu, para a definição dos contornos da intervenção do Estado na economia. Ao contrário, na tradição norte-americana, é o conceito de *regulação econômica* que vai ocupar o lugar primaz na conformação jurídica da intervenção estatal no domínio econômico.

Para os norte-americanos, regulação econômica é basicamente o “controle pela Administração Pública da atividade privada de acordo com regras estabelecidas em função do interesse público”⁶³ ou, ainda, o sistema de regras que “tenta resolver vários problemas de *‘falhas de mercado’* (...)”, fazendo os agentes econômicos atingir “um importante objetivo público que o mercado não consegue promover”.⁶⁴

⁵⁹ É comum falar-se, hoje, em *independent regulatory commissions*, ou, *agencies, public utilities, essential facilities doctrine, just and reasonable price, fair value*, entre outros conceitos advindos do Direito norte-americano para explicar fenômenos ou decidir conflitos no Direito comunitário europeu.

⁶⁰ Cf. ORTIZ, Gaspar Ariño, 2001, p. 558; MATEO, Ramón Martín. La Crisis del Servicio Público. In: ATIENZA, Javier Corcuera; HERRERA, Miguel Angel García, 1988, p. 140 e SALOMÃO FILHO, Calixto. Globalização e Teoria Jurídica do Conhecimento Econômico. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena, 1999, p. 259.

⁶¹ Cf. SCHWARTZ, Bernard, 1991, p. 5.

⁶² Cf. BETTINGER, Christian, 1997, p. 136.

⁶³ Cf. MITNICK, B. M., 1982, p. 7: “public administrative policing of a private activity with respect to a rule prescribed in the public interest”.

⁶⁴ Cf. BREYER, Stephen G.; STEWART, Richard B.; SUNSTEIN, Cass R. e SPITZER, Matthew L., 2002, p. 5.

Essa noção era majoritariamente rejeitada entre os norte-americanos até o início do século XX, como, de qualquer sorte, também era, e até com mais vigor, a idéia de intervenção direta do governo na vida econômica. Entretanto, isso não impediu que uma visão alternativa se formasse, sob o entendimento de que a liberdade de mercado e a liberdade de contratar, na verdade, não seriam princípios constitucionais fundamentais, mas princípios de segunda ordem, decorrentes da impossibilidade de dominação — “*nonsubordination principle*”⁶⁵ —, este, sim, um princípio de primeira ordem que, por seu turno, importaria na rejeição à dominação dos mercados e na possibilidade de ação governamental ativa para debelar toda e qualquer forma de expressão do poder econômico que distorcesse o funcionamento livre do mercado.

É essa corrente alternativa de pensamento que vai liderar a pressão política por controle da indústria e dos trustes, no nascente século XX, entre os norte-americanos.⁶⁶ Esse movimento cresce até o advento do *New Deal*, após a crise econômica de 1929, que marcou um claro momento de transição no constitucionalismo americano, a partir do qual o intervencionismo econômico estatal passa a ser uma idéia predominante (do ponto de vista político e econômico) e correntemente aceita sob o prisma de análise constitucional.⁶⁷

A regulação, no bojo desse processo, é concebida como meio de fazer frente ao crescimento da indústria e ao poder dos agentes econômicos privados, no intuito de se atender ao *interesse público*, entendido este, na plataforma política *rooseveltiana*, como o Direito de todos à boa educação, a receber o suficiente para seu

⁶⁵ Cf. SUNSTEIN, Cass R., 1993, p. 18.

⁶⁶ Cf. GORDON, George J.; MILAKOVICH, Michael E., 1995, p. 404. Em 1887 cria-se o ICC (Interstate Commerce Commission), em 1890 edita-se o Sherman Antitrust Act, em 1903 cria-se a Antitrust Division of the Justice Department e em 1914 cria-se o FTC (Federal Trade Commission), também com missão de combate aos trustes.

⁶⁷ Cf. BREYER, Stephen G. et al., 2002, p. 21.

sustento e recreação, à assistência médica adequada, à moradia decente, a um emprego remunerado e à proteção na velhice.⁶⁸

De modo mais descritivo e aprofundado, pode-se resumir os objetivos da regulação econômica, na linha dos doutrinadores norte-americanos, em três pontos: a correção das falhas do mercado, com a finalidade de torná-lo mais eficiente; a distribuição de riqueza, com vistas a eliminar as desigualdades ou injustiças produzidas pelo mercado (redistribuição de riqueza) e, por fim, a promoção de valores sociais — *nonmarket values* — e aspirações democráticas ou paternalistas, que não seriam objeto da ação espontânea das forças da economia de mercado.⁶⁹

A correção das falhas do mercado compreenderia, por exemplo, medidas como: a promoção da adequada informação dos consumidores (*e.g.* proibição de circulação de produtos com falsa descrição de seus atributos, controle da publicidade de certos produtos); a promoção da competição entre os agentes econômicos e a livre formação dos preços (coibir práticas que visem à dominação dos mercados, regular as *public utilities*⁷⁰); o controle de preços que reflitam distorções de mercado e permitam lucros excessivos (*windfall profits*); o incentivo à formação de preços que reflitam a necessidade de indenização pelas externalidades negativas inerentes à produção (*e.g.* regular a proteção ao meio ambiente e o Direito dos prejudicados por dano ambiental à indenização); a eliminação da excessiva, destrutiva ou desleal competição no mercado; o combate à escassez, fruto de distorções do mercado, em produtos ou serviços de interesse público; e o planejamento da atividade econômica.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Cf. PIERCE JR., Richard J.; SHAPIRO, Sidney A.; VERKUIL, Paul R., 1999, p. 10-14 e BREYER, Stephen G. et al., 2002, p. 4-13.

⁷⁰ *Public utilities*, na compreensão da grande maioria dos doutrinadores, é expressão que identificaria atividades que corresponderiam, entre nós, àquelas abrigadas pelo conceito de *serviço público*.

A redistribuição da riqueza, por seu turno, compreenderia exemplificativamente medidas de: regulação da elegibilidade de pessoas e instituições para o recebimento de auxílios públicos; regulação do salário mínimo e do sistema de previdência e assistência social; e proibição da discriminação social, racial, sexual e religiosa nas práticas de mercado, como um todo (trabalho, instituições de crédito, universidades, entre outros).

Por fim, a promoção de valores sociais — *nonmarket values* — compreenderia: a obrigação de exibição de programas educacionais em televisão; a regulação da comunicação de interesse público da atividade e das limitações de propriedade das grandes redes de comunicação (*broadcasters*); a proteção do meio ambiente e espécies em risco de extinção; a imposição de segurança e saúde públicas (uso de capacetes por motociclistas, de cinto de segurança em veículos, restrição à propaganda de cigarros, entre outros exemplos).

É, portanto, a regulação (no sentido acima descrito) que, na tradição do Direito norte-americano, configura-se como o grande instrumento de intervenção do Estado no domínio econômico e de promoção do bem-estar social.⁷¹

Os problemas freqüentes dessa abordagem são, naturalmente, distintos daqueles vivenciados durante a trajetória histórica do serviço público. O serviço público importa em responsabilidade pública, em execução pública (direta ou indireta) e, conseqüentemente, em assunção de riscos próprios dessa atividade pelo Poder Público, com os problemas a esse modelo inerentes: *e.g.* equilíbrio e reequilíbrio econômico do contrato de concessão; identificação das atividades passíveis de serem concedidas; possibilidade de gestão privada do serviço público; gratuidade do serviço público; limites de renegociação contratual, no caso de serviços concedidos;

⁷¹ Vale anotar que essa visão sobre o objeto da regulação já se encontrava entre nós, por força das lições de Geraldo de Camargo Vidigal (1977, p. 47), que dizia: "Denomino Direito da Organização dos Mercados a disciplina jurídica corretora do conjunto das distorções características das soluções de liberdade de mercado, abrangendo não apenas as distorções que afetam a competição, como as que induzem repartição desigual e as que alimentam flutuações em direção à crise".

definição de prazo do contrato de concessão; reversibilidade ou não de bens ao término do contrato de concessão; responsabilidades da administração pública por prejuízos causados pelo concessionário; controle dos lucros do concessionário; critérios de fixação da tarifa; mecanismos de proteção do usuário, possibilidade ou não de subsídios.⁷²

Por sua vez, num modelo voltado eminentemente à regulação econômica, como é o norte-americano, a identificação de atividades mercantis com serviço público é diminuta, pois a responsabilidade pública sobre atividades mercantis de interesse público — *public utilities* — não implica necessariamente na prestação direta ou indireta dessas atividades pelo Poder Público ou na assunção dos riscos inerentes a esta prestação, mas na adoção de políticas, compreendendo a edição de normas e planos, bem como a criação de incentivos que conduzam o mercado à superação de suas falhas em prol do interesse público.

Os problemas discutidos com frequência neste modelo são, por exemplo: a posição constitucional das agências reguladoras (o problema da delegação de poderes e os limites desta delegação); o controle do executivo sobre as agências reguladoras; a discricionariedade administrativa e o devido processo de produção de normas nas agências; a performance ou eficiência da regulação; o escopo da revisão judicial da atividade regulatória das agências; as falhas de regulação relacionadas às dificuldades na coordenação na execução de políticas públicas, à falta de deliberação política ou de responsabilidade política (*accountability*) no processo de regulação, à identificação da regulação com interesses políticos de grupos específicos (por vezes influenciada pela chamada “captura das agências”) e a desregulação.⁷³

⁷² Para uma visão geral das questões centrais neste modelo pode-se consultar: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, 2002, p. 77 et seq.; DERANI, Cristiane, 2002, p. 72 et seq.; GORDILLO, Agustín, 2000, p. IV-29 et seq.; HUALDE, Alejandro Pérez, 2002, p. 20 et seq.; ESPLUGAS, Pierre, 1994, p. 20 et seq.; LLORENS, François. La Définition Actuelle de la Concession de Service Public en Droit Interne. In: BRÉCHON-MOULÈNES, Christine, 1992, p. 15 et seq.

⁷³ Para uma visão geral dessas questões pode-se consultar: BREYER, Stephen G. et al. 2002, p. 37 et seq.; SUNSTEIN, Cass R., 1993, p. 74 et seq. e PELTZMAN, Sam, 1998, p. 286 et seq.

A aproximação dos dois modelos, tendência, como já vimos, do Direito europeu, cria efetivamente um modelo novo onde se mistura a regulação econômica com a execução indireta do serviço público (fala-se, pois, em regulação econômica das concessões de serviço público), tendendo-se à redução do campo da prestação direta do serviço público pelas entidades da administração pública direta e indireta. Modelo no qual, ainda, as prerrogativas e restrições inerentes à noção de serviço público tendem a ser aplicadas excepcionalmente, sendo também admitida, e até mesmo desejada, a competição entre prestadores de serviço público. Modelo pelo qual, por fim, o Estado, sem perder o controle sobre os serviços públicos, busca atrair investimentos privados e a sapiência gerencial privada como instrumentos de expansão das redes de serviços públicos, de modernização e de eficiência em sua prestação.⁷⁴

Se esse modelo misto euro-americano logrará seus objetivos, parece ainda cedo para responder. Efetivamente, ele poderá aproveitar-se das virtudes inerentes a ambos os sistemas ou poderá naufragar em função da combinação dos problemas deles advindos.

No que interessa ao presente trabalho, deve-se constatar, desde já, que a combinação dos dois sistemas gera um impacto razoavelmente grande na conformação do risco nos contratos de concessão. A regulação de um mercado de serviços públicos, por meio dos mecanismos tradicionais de regulação econômica, pode importar, na prática, em grandes distorções quando combinada com as regras de equilíbrio e reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão. Mas esse assunto será mais bem analisado na segunda parte deste livro.

⁷⁴ Para uma descrição mais pormenorizada desse modelo consultar: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A Nova Regulação dos Serviços Públicos*, 2002; SUNDFELD, Carlos Ari. *Serviços Públicos e Regulação Estatal*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.) et al., 2000, p. 32; MOREIRA, Vital. *Os Serviços Públicos Tradicionais sob o Impacto da União Européia*, 2003; GORDILLO, Agustín, 2003, t.1, p. XV-1 et seq. e t. 2, p. VI-9 et seq. e ORTIZ, Gaspar Ariño, 2001, p. 561 et seq.

1.6 O serviço público na tradição jurídica brasileira e na Constituição de 1988

Em termos estritamente jurídicos, o percurso histórico do serviço público no Brasil não se diferencia, em traços gerais, do havido nos países da Europa continental que sofreram influência predominante das escolas francesas de Direito Administrativo, apesar de haver entre nós um evidente atraso na incorporação inicial do tema às nossas discussões jurídicas e uma influência do Direito norte-americano na configuração mais remota de nossa legislação.

Entre os doutrinadores da época imperial, apenas Conselheiro Ribas fazia referência ao tema e, na era republicana, o primeiro tratadista a cuidar dos serviços públicos como função da administração pública, fato ocorrido somente em 1923, foi curiosamente um engenheiro, Aarão Reis, seguido, bem mais tarde (1936), pelo jurista Matos de Vasconcelos.⁷⁵

Mas os autores que incorporaram o tema do serviço público definitivamente à doutrina jurídica nacional foram, de fato, os grandes administrativistas da década de 1950 e 1960 dentre eles Cirne Lima, Themistocles Brandão Cavalcanti, Mário Masagão, J. Guimarães Menegale, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e Bilac Pinto.⁷⁶

Praticamente, todos esses autores aferraram-se à noção clássica de serviço público, forjada pela escola de Bordeaux, conjugando as três acepções: orgânica, material e formal, ora com mais ênfase em um elemento, ora em outro.⁷⁷

⁷⁵ Cf. CRETELLA JÚNIOR, José. *Conceito Moderno de Serviço Público*, 1966, p. 213 et seq.

⁷⁶ Cremos que a preocupação tardia com a discussão do serviço público, entre nós, tem relação com o fato de que, até meados do século XX, o Brasil era um país cuja maioria da população vivia em ambiente rural.

⁷⁷ A exceção é Bilac Pinto que em seu *Regulamentação Efetiva dos Serviços de Utilidade Pública*, recentemente reeditado, faz uma leitura do tema fortemente inspirada pelo Direito norte-americano do pós-guerra.

No plano legal, entretanto, a influência inicial mais forte entre nós, e que remonta a meados da década de 1930, foi do Direito norte-americano. Como salienta Caio Tácito: “é pela via da regulamentação das concessões de serviço público que se vai operar no Brasil a recepção do sistema norte-americano com influência significativa, especialmente no campo do aproveitamento industrial da energia hidrelétrica”.⁷⁸ O Código das Águas de 1934; a incorporação de norma sobre a concessão de serviço nas sucessivas constituições federais, a partir de 1934; a classificação de contas das empresas concessionárias de energia elétrica aprovada pelo Decreto nº 28.545, de 24 de agosto de 1950; o Regulamento dos Serviços de Energia Elétrica, baixado pelo Decreto nº 41.019, de 26 de fevereiro de 1957, são testemunhos da influência, entre nós, da legislação norte-americana da época, que contava com o proeminente impulso do DASP — Departamento Administrativo do Serviço Público —, cujos técnicos mais graduados chegaram a receber formação em ciência da administração nos Estados Unidos da América.⁷⁹

Apesar disso e do fato, reitera-se, de todas as constituições brasileiras, desde então, trazerem disposições sobre o serviço público ou sobre a concessão de serviço público,⁸⁰ somente por meio da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, é que se regulou de forma genérica a concessão de serviço público.

Em 1964 e nos anos que se seguiram, proliferou-se a criação de empresas estatais prestadoras de serviços públicos. A União Federal impulsionou, por meio das estatais, grandes investimentos em infra-estrutura para a prestação de serviços públicos e centralizou o planejamento de áreas reputadas como estratégicas. O

⁷⁸ Cf. TÁCITO, Caio, 1997, v. 1., p. 17.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ A Constituição de 1934 previa, em seu art. 137, que lei federal regularia a fiscalização e revisão dos serviços concedidos; as Constituições de 46, 67 e a Emenda Constitucional nº 1 de 69 previam a edição de lei sobre o regime das concessionárias de serviço público; a Constituição de 88, em seu art. 175, parágrafo único, previu a regulamentação da concessão e permissão de serviço público.

Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, sistematizou a matéria relacionada à criação de empresas estatais, dotando-as de personalidade jurídica privada com vistas à maior eficiência de sua atuação no plano da execução de serviços públicos. Estados e Municípios também constituíram suas empresas prestadoras de serviços de saneamento, transporte coletivo, telecomunicações, geração e distribuição de energia, entre outros. Dados oficiais indicavam, em 1981, a existência de 360 (trezentos e sessenta) empresas estatais no Brasil.⁸¹

Há, nesse período, grande evolução de nossa doutrina em matéria de serviços públicos. Autores como Cretella Júnior, Caio Tácito, Hely Lopes Meirelles, Celso Antônio Bandeira de Mello, entre muitos outros, influenciados principalmente pelos grandes mestres do Direito Administrativo italiano (Alessi, De Valles, Zanobini), modernizaram e sedimentaram, entre nós, as discussões jurídicas relacionadas ao serviço público, seus múltiplos regimes, modos de prestação e sua concepção material.

Mas a proeminência das empresas estatais na prestação de serviços públicos começa a se alterar drasticamente no final da década de 1980, sob influência da redemocratização do país, da edição da Constituição de 1988 e, enfim, da herança deixada por seguidas crises econômicas, que gradativamente minaram a capacidade de investimentos governamentais em diferentes áreas, levando muitas empresas estatais prestadoras de serviço público a um rápido processo de descapitalização e, conseqüentemente, a crescentes graus de ineficiência.

Inicia-se, então, o processo de reforma administrativa que vai conduzir à privatização de empresas estatais e desembocar na revalorização da concessão de serviço público. Em 1985, o Decreto nº 91.991 criou o Conselho Interministerial de Privatização, sucedido em 1988, com base no Decreto nº 95.886, pelo

⁸¹ Cf. TÁCITO, Caio, 1997, v. 1, p. 724.

Conselho Federal de Desestatização. Em 12 de abril de 1990, a Lei nº 8.031 regulou o Programa Nacional de Desestatização, que foi alterado pelas Leis nºs 9.491, de 9 de setembro de 1997, e 9.635, de 15 de maio de 1998. A Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, como se disse anteriormente, veio tratar das normas gerais da concessão de serviço e algumas leis específicas passaram a ser editadas com a pretensão de instituir marcos regulatórios para serviços públicos privatizados.⁸²

Não há que se negar que houve influência do ambiente econômico e político mundial neste processo. A preocupação generalizada com a estabilização monetária mediante redução das despesas dos orçamentos públicos, bem como com a modernização dos serviços públicos — especialmente a modernização de infra-estruturas e redes públicas que possibilitassem a continuidade e universalidade desses serviços — e a conseqüente majoração da competitividade econômica geraram o consenso necessário à reentronização da concessão e à privatização de empresas estatais prestadoras de serviço público. Esse ambiente é descrito sumariamente por Stiglitz em passagem que vale a pena ser citada:

Austeridade fiscal, privatização e liberação do mercado foram os três pilares da recomendação do Consenso de Washington durante as décadas de 1980 e 1990. As políticas do Consenso de Washington foram desenhadas para responder a problemas bastante reais na América Latina, e faziam considerável sentido. Na década de 1980, os governos desses países incorriam em freqüentes déficits. Perdas derivadas da ineficiência de empresas governamentais contribuía para esses déficits. Isoladas da competição por medidas protecionistas, empresas também comprovadamente ineficientes impunham altos preços aos consumidores. A falta de política monetária levou à crescente de descontrolada inflação. Países não suportam grandes déficits por seguidos períodos; e não é possível conciliar hiperinflação com crescimento sustentável. Algum nível de disciplina fiscal

⁸² A Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 (telecomunicações) e a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996 (eletricidade) são exemplos desse fato, no plano federal.

é necessário. Muitos países seriam melhores se o governo focalizasse a prestação de serviços públicos essenciais ao invés de administrar empresas que poderiam ser razoavelmente conduzidas pelo setor privado, fatos que freqüentemente dão sentido à privatização.⁸³

A concessão de serviço público passa então a ser utilizada, também entre nós, como uma das técnicas de privatização⁸⁴ de atividades desenvolvidas pela administração pública. Melhor dizendo, em setores onde a presença da administração pública era considerada imprescindível, seja por motivos econômicos, seja por imposição jurídica, a concessão de serviços passou a ser utilizada como veículo de delegação da execução de atividades aos particulares e de viabilização de investimentos e projetos de financiamento.

Vê-se, em resumo, portanto, que a história da prestação dos serviços públicos e de sua sistematização jurídica no Brasil tomou maior impulso na era republicana, na fase de mais intensa urbanização e industrialização do país, e realizou a partir de então, como em outros países, um movimento pendular: partiu-se da concretização de significativos empreendimentos pela iniciativa privada, muitas vezes por meio de capitais estrangeiros; adotou-se, em seguida, um modelo de predominância quase exclusivamente estatal, no qual o serviço público passou a ser mantido e prestado por entidades da administração pública direta e indireta (notadamente empresas estatais); chegando-se, então, ao quadro atual, no qual se volta a priorizar a atração de capitais e investimentos privados; e a valorizar a concessão de serviço público como instrumento hábil para este fim.

Atualmente, setores como telecomunicações, energia elétrica, rodovias, ferrovias, portos, transportes coletivos (e, muito embora de forma ainda insipiente, limpeza pública e saneamento) têm

⁸³ Cf. STIGLITZ, Joseph E., 2002, p. 53.

⁸⁴ Cf. RODRIGUEZ-ARANA, Jaime, 1991, p. 148 e MEDAUAR, Odete, 1996, p. 346.

forte presença da iniciativa privada, que passou a responder pelos investimentos necessários à execução, modernização e universalização desses serviços.

Importante observar que o serviço público, no Brasil, tem *status* constitucional. O art. 175, da Constituição Federal, explicita a obrigação do Poder Público de prestar serviços públicos, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação. O mesmo art. 175, em seu parágrafo único, estatui que à lei cabe fixar o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviço público e dos respectivos contratos de concessão e permissão, os direitos dos usuários, a política tarifária e a obrigação de manter o serviço adequado.

Há um significado jurídico profundo decorrente do fato da Constituição brasileira prever diretamente regras sobre a prestação de serviços públicos. Com efeito, a regra constitucional que estatui a obrigação do Poder Público de prestar serviços públicos, por um lado, expressa uma dimensão concreta e ineliminável dos princípios da igualdade e do Estado Democrático de Direito. Dentro da lógica do sistema constitucional brasileiro, é evidente que parte relevante dos esforços para eliminação das desigualdades sociais e para concretização da democracia em sua acepção mais larga, passa pela manutenção de serviços públicos que possibilitem solidariedade, paz e coesão social ao conjunto dos cidadãos.

De outro lado, a Constituição evita equívocos quanto à titularidade da obrigação de prestar serviços públicos. A Carta estatui expressamente que a titularidade é do Poder Público, que possui a faculdade de delegar sua execução à iniciativa privada por meio de concessão e permissão.

Estatui, ainda, a regra do art. 175 que a escolha dos concessionários ou permissionários deve se dar mediante realização de prévia licitação, antecipando-se às tendências de modernização do Direito comunitário europeu, ao introduzir o elemento da competição entre todos os potenciais interessados na seleção do prestador privado de serviços públicos.

Possibilita, por fim, o art. 175 que os usuários (sujeitos de direito à fruição de serviços públicos) custeiem os serviços, no todo ou em parte, pelo pagamento de tarifas, eliminando questões jurídicas hipotéticas sobre a imperativa gratuidade dos serviços públicos.

Mas a Constituição de 1988 não pára por aí. Em seu art. 173, a Carta Federal restringe a realização de atividade econômica pelo Estado aos casos de segurança nacional e relevante interesse coletivo, dispositivo que condiciona, indiretamente, a instituição por via legal de serviços públicos. Em seu art. 174, a Constituição estabelece o papel do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, estatuinto que essa função importa em fiscalização, incentivo e planejamento econômicos, regra que abre a possibilidade de regulação dos serviços públicos, como já largamente difundido na legislação infraconstitucional.

Como se isso não bastasse, a Constituição vai ainda mais além ao definir, ela própria, alguns serviços públicos. Estabelece a Carta que compete à União, por exemplo, (art. 21) manter o serviço postal e o correio aéreo nacional (inc. X); explorar, mediante autorização, concessão ou permissão: os serviços de telecomunicações (inc. XI), os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens (inc. XII), os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água (inc. XII), a navegação aérea (inc. XII), os serviços de transporte ferroviário e aquaviário (inc. XII), os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros.

No plano infraconstitucional, a recente legislação brasileira de serviços públicos tem seguido a tendência internacional, acima apontada, de aproximação com o Direito norte-americano, mas também tem buscado inovar em alguns aspectos. Visando a atingir maiores graus de eficiência e, conseqüentemente, menores custos para o usuário, a competição entre as prestadoras de serviço público passou a ser um dos objetivos contemplados pelo ordenamento

jurídico brasileiro. Em boa parte dos casos, editaram-se marcos regulatórios específicos e criaram-se agências independentes, com vistas a neutralizar a influência política sobre a regulação dos serviços concedidos e criar maior estabilidade normativa.⁸⁵

No campo das telecomunicações, talvez onde o legislador tenha sido mais original, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, não deixa dúvidas quanto às suas intenções ao estabelecer o dever do Poder Público (art. 2º) de garantir, a toda a população, o acesso às telecomunicações, a tarifas razoáveis e condições adequadas; de estimular a expansão do uso de redes e dos serviços; de adotar medidas que promovam a competição e a diversidade de serviços; de fortalecer o papel regulador do Estado; de criar oportunidades de investimento e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em ambiente competitivo. O Legislador reforça, ainda, a norma que visa à criação de um mercado competitivo no setor das telecomunicações pelo disposto no 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”.

Com a finalidade de conjugar a competição entre os prestadores de serviço de telecomunicações com os princípios de universalidade e continuidade, a lei instituiu, ainda, dois regimes de prestação de serviço: o regime público, que contém obrigações de universalidade e continuidade amplas, cuja delegação (outorga) ao particular se dá por meio de contratos de concessão e permissão;⁸⁶ e o regime privado, que depende de autorização

⁸⁵ Não fazemos, nesta parte, um juízo de valor sobre a criação de agências independentes ou sobre as finalidades declaradamente visadas por meio de sua instituição, pois isso nos desviaria excessivamente do objeto deste estudo. As virtudes desse modelo não nos parecem imunes à crítica, senão por outros motivos, pelo menos em razão de entendermos que não há imunização política possível na atuação de instituições públicas e que a função normativa das agências pode fazer aumentar ainda mais o grau de instabilidade dos regramentos editados, em razão da maior simplicidade e celeridade de seu processo de deliberação, especialmente se comparado com os processos do Legislativo.

⁸⁶ Art. 63.

da Agência Nacional de Telecomunicações, não contém deveres de universalidade e continuidade, baseia-se nos princípios constitucionais da atividade econômica, mas sofre condicionamentos (limites, encargos e sujeições) de interesse coletivo.⁸⁷

No setor elétrico, outro exemplo do que acima enunciamos, a tônica da nova legislação foi a segregação do serviço por etapas (desintegração vertical ou *unbundling*), visando, da mesma forma, à criação de um ambiente competitivo, apesar de originalmente a prestação de serviços na área tomar as características econômicas de um monopólio natural. Nesse caso, a Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, deu impulso à privatização, dividindo-se as atividades entre concessionários, permissionários e autorizados nos segmentos de geração, transmissão, distribuição e comercialização (art. 4º).⁸⁸

Verifica-se, portanto, que a discussão jurídica sobre o serviço público, entre nós, já se encontra bastante madura. Nota-se na doutrina mais tradicional grande influência dos tratadistas clássicos do Direito Administrativo francês e italiano. Nossa legislação, por seu turno, após uma influência inicial do Direito norte-americano, não evoluiu uniforme e sistematicamente, mas fragmentariamente. As normas constitucionais de 1988 sobre serviço público e a superveniência em 1995 de uma lei nacional a regular os contratos de concessão de serviço público representam, neste sentido, um grande avanço para a sistematização jurídica dessa matéria no Brasil. Não obstante, o serviço público, enquanto categoria jurídica, passa entre nós pelo mesmo processo de revisão que passou em outros países, conforme anteriormente analisamos. Privatização, regulação, concessão, competição, universalização, eficiência e modernização, são expressões ou institutos de

⁸⁷ Art. 62, 126, 128 e 131.

⁸⁸ A Lei nº 9.074/95 foi bastante alterada pela Lei 10.848, de 15 de março de 2004, que divulgou novos parâmetros para a comercialização de energia elétrica, mas a estrutura aqui referida e o intento de promover uma competição regulada dos prestadores de serviço no setor continua a vigorar.

referência freqüente em nossa legislação mais recente, muito embora, como vimos, as soluções forjadas pela nossa legislação não sejam totalmente idênticas às do Direito comunitário europeu ou às do Direito regulatório norte-americano.

1.7 A situação atual: existe ainda um serviço público?

O objetivo central deste capítulo era analisar, em vôo de pássaro, como a figura do serviço público se alterou ao longo do tempo, até a sua conformação atual, de modo a preparar um pano de fundo para o trabalho que seguirá sob o foco eleito, o qual, enfim, é o de analisar os riscos do contrato de concessão de serviço público. Mas não nos saciaríamos sem que um pequeno desvio fosse cometido e que pudéssemos expor nossa opinião sobre a necessidade ou não da noção de serviço público na atual fase de desenvolvimento do Direito Administrativo.

Disse Sundfeld com particular contundência: “Os velhos serviços públicos, de regime jurídico afrancesado e explorados diretamente pelo Estado, estão desaparecendo, com as empresas estatais virando particulares e o regime de exploração dos serviços sofrendo sucessivos choques de alta tensão. Telecomunicações, energia elétrica e portos são alguns dos setores em que a noção de ‘serviço público’, se algo diz, diz pouco (...)” e, ainda, anota: “Os hábitos doutrinários brasileiros, conservados de épocas passadas, têm determinado ainda hoje o uso da denominação ‘serviços públicos’ para designar as atividades econômicas definidas, constitucional ou legislativamente, como de titularidade do Estado (...). Mas vencida a era do Estado-empresário e iniciada a do Estado-regulador, a legislação brasileira passou a tratar essas atividades de um novo modo, admitindo sua exploração também em regime privado, embora sujeito à regulação estatal, o que tornou impróprio e perigoso o emprego, para designá-las, da velha expressão ‘serviços públicos’ (...) Portanto, passo a chamar de *‘serviços de interesse econômico geral’* aqueles, como os de

telecomunicações, energia elétrica, petróleo, saneamento básico, transportes coletivos, etc., titularizados pelo Estado, mas abertos à prestação por particulares, por meio de concessão, permissão ou autorização, sempre sob o poder regulador estatal”⁸⁹ (grifamos).

Ora, atravessamos certamente, conforme acima expusemos, um momento de transição e mudança no pensamento jurídico sobre o serviço público, inclusive no Brasil. Mas não vemos nenhuma utilidade, até para reforçar esse processo de rediscussão jurídica, em descartar o “velho” serviço público em troca de conceitos que, mesmo estando perfeitamente delimitados no Direito comunitário europeu (o que, de acordo com o que acima verificamos, não é o que efetivamente ocorre), na verdade não possuem nenhuma referência legislativa ou mesmo tradição no Direito brasileiro.

Não conseguimos concordar com a posição de Sundfeld, que reconhecemos ousada e bem intencionada,⁹⁰ mas, a nosso ver, acaba por desconsiderar o acúmulo de discussão jurídica sobre o serviço público; as funções sociais, políticas e econômicas relevantes, ainda hoje desempenhadas pela sua noção jurídica de serviço público; a confusão que a adoção de um novo conceito jurídico poderia trazer aos aplicadores do Direito e, até mesmo, a força de adaptação e mutação que tem o conceito de serviço público que — como já dizia Jèze, citado na epígrafe deste capítulo — varia segundo as necessidades gerais da população “tais como se sentem em um país e em uma época e sociedade determinadas”.

Ademais, a adoção de uma nova expressão, por si só, não é capaz de alterar a realidade jurídica ou abrir a mentalidade dos operadores do Direito, como se o Direito fosse mera técnica

⁸⁹ Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *A Administração Pública na Era do Direito Global*. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Org.), 1999, p. 161.

⁹⁰ Afinal, há muitos entre nós que teimam em não abrir os olhos para a necessidade de interatividade do Direito com as mudanças sociais e econômicas e que insistem em pensar o Direito e a realidade contemporâneos como se estivéssemos no século XIX (sem dúvida alguma não é esta a posição de Sundfeld).

ou linguagem, ou como se fosse um sistema puro que não sofresse injunções da política e do comportamento humano de maneira geral.

Aliamo-nos, outrossim, à posição de Justen Filho de cujas letras nos servimos: “(...) não há o menor cabimento em afirmar a tese da ‘morte do serviço público’, proclamada por autores de nomeada como Ariño Ortiz. O instituto permanece existente como manifestação direta e imediata da concepção política consagrada em cada ordenamento. Cada nação identifica e constrói os meios de satisfação solidária das necessidades individuais e coletivas.”⁹¹

Com efeito, o serviço público é, pelo menos em nosso ordenamento jurídico, a pedra de toque do sistema de intervenção estatal de efetivação dos Direitos Fundamentais e do Estado Democrático de Direito.

Especialmente em economias em desenvolvimento como a brasileira, não é possível vislumbrar esperança de eliminação ou, ao menos, atenuação das barreiras de ascensão social, fundamentais para a concretização das aspirações democráticas de nossa Constituição, sem serviços públicos, prestados diretamente ou simplesmente controlados indiretamente pelo Estado e, no plano estritamente jurídico, sem que demos a este instituto sua devida importância.

Que algumas atividades, originalmente ligadas ao conceito clássico de serviço público, tenham se alterado ao longo da história até o ponto de poderem ser tocadas em regime predominante de Direito Privado ou em regime de competição, sem que o Estado se responsabilize diretamente pela sua execução, não modifica em nada a importância do serviço público no plano jurídico. Muito ao contrário disso, a regulação e a reflexão jurídica a respeito desse serviço público reinventado, renovado ou

⁹¹ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal, 2003, p. 38.

modernizado tendem a torná-lo mais e mais importante no dia-a-dia da sociedade e a tornar mais complexos e freqüentes os debates jurídicos — acadêmicos ou práticos — a seu respeito.

É no contexto de um serviço público em renovação que se insere, portanto, a reflexão sobre o risco nos contratos de concessão de serviço público. Contexto no qual a relevância da noção jurídica de serviço público não desaparece, muito ao contrário, cresce na exata medida de sua imbricação com a concretização da democracia e com a efetivação dos Direitos Fundamentais, bem como em função da complexidade crescente das questões e dos problemas jurídicos atinentes a sua execução.