

Alexandre Santos de Aragão

Direito dos  
**SERVIÇOS**  
**PÚBLICOS**

3ª edição



- A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição, aí compreendidas a impressão e a apresentação, a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo. Os vícios relacionados à atualização da obra, aos conceitos doutrinários, às concepções ideológicas e referências indevidas são de responsabilidade do autor e/ou atualizador.

As reclamações devem ser feitas até noventa dias a partir da compra e venda com nota fiscal (interpretação do art. 26 da Lei n. 8.078, de 11.09.1990).

- Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa  
*Copyright © 2013 by*

**EDITORA FORENSE LTDA.**

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar – 20040-040 – Rio de Janeiro – RJ

Tel.: (0XX21) 3543-0770 – Fax: (0XX21) 3543-0896

forense@grupogen.com.br | www.grupogen.com.br

- O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

- Capa: Rodrigo Lippi

- CIP – Brasil. Catalogação-na-fonte.  
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Aragão, Alexandre Santos de, 1969 -

Direito dos serviços públicos / Alexandre Santos de Aragão. – 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2013.

Inclui bibliografia

ISBN 978-85-309-4370-7

1. Serviços de utilidade pública. 2. Concessões administrativas. 3. Direito administrativo.

## CAPÍTULO III

### A NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

**Sumário:** 3.1. Introdução. 3.2. O “serviço público à francesa”. 3.2.1. Léon Duguit: a interdependência social. 3.2.2. Gaston Jèze: o regime jurídico de Direito Público. 3.2.3. Maurice Hauriou: poder de império e serviço público. 3.2.4. Balanço das principais posições doutrinárias francesas sobre os serviços públicos: relatividade das divergências. 3.2.5. A construção da jurisprudência francesa. 3.3. A *common law* e as *public utilities*. 3.4. União Europeia: serviços de interesse econômico geral e serviços universais.

#### 3.1. INTRODUÇÃO

Preliminarmente, faz-se mister justificar o título e o objeto do Capítulo - “Noção”, e não “Conceito” de serviço público.

A nomenclatura adotada decorre da dificuldade, pelo menos neste momento expositivo ainda propedêutico, de um fenómeno tão multifacetado e dinâmico como os serviços públicos ser apreendido em um conceito, o que pressupõe uma delimitação factual em princípio atemporal e permanente. Já a “noção” evolui de acordo com as contradições a ela inerentes, sendo mais adequada para tratarmos do tema sob uma perspectiva inicial necessariamente mais abrangente, impedindo o seu enclausuramento *a priori* em apenas uma concepção.

Como expõe EROS ROBERTO GRAU, baseado nas reflexões de SARTRE e ALTHUSSER, “o conceito é atemporal. Pode-se estudar como os conceitos se engendram uns aos outros no interior de categorias determinadas. Mas nem o tempo, nem, por consequência, a História podem ser objeto de um conceito. Aí há uma contradição nos termos. Desde que se introduz a temporalidade, deve considerar-se que no interior do desenvolvimento temporal o conceito se modifica. A noção, pelo contrário, pode-se definir como o esforço sintético para

produzir uma ideia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas”<sup>1</sup>.

Tratar dos serviços públicos enquanto noção, não pretendendo, ao menos por enquanto, confiná-los em um conceito, constitui requisito metodológico indispensável para podermos, depois de aberto o leque investigativo, estreitá-lo, buscando atingir um grau de concretude suficiente para no Capítulo seguinte chegarmos a um propriamente dito conceito de serviço público no Direito Positivo Brasileiro.

Não que apenas o presente Capítulo irá tratar dos aspectos mais abstratos da noção de serviço público, enquanto os demais só tratarão de problemas concretos conceituais. Noção e conceito se infiltram permanente e mutuamente, de maneira que não podem ser entendidos sem dados de apoio do outro.

Dessa forma, um conceito dogmático e positivo de serviço público no Direito Brasileiro não prescinde, muito antes, pressupõe, uma análise prévia de fenômenos sociais, econômicos e jurídicos, de formulações doutrinárias e de direito comparado, mais abstrata, que remeta mais à ideia de noção do que de conceito de serviço público.

### 3.2. O “SERVIÇO PÚBLICO À FRANCESA”

A França, berço do Direito Administrativo, tem enorme importância na construção jurídica da ideia de serviço público em todos os países latinos, inclusive os latino-americanos. Com efeito, nos países de raiz jurídica na *civil law*

<sup>1</sup> GRAU, Eros Roberto. “Constituição e Serviço Público”, in *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2003, pp. 264-265. JACQUES CHEVALLIER afirma que “o serviço público é um termo polissêmico, que abrange pelo menos três significados essenciais, entre os quais os deslocamentos recíprocos (*glissements*) são constantes. O serviço público é, ao mesmo tempo, uma entidade social (engloba diversas atividades e estruturas sujeitas às autoridades públicas); uma noção jurídica (acarreta a aplicação de regras de direito específicas e derogatórias do direito comum); um operador ideológico (em tese comanda a gestão pública e a finalidade à qual são atados os agentes públicos, constituindo o princípio do qual depende a legitimidade das suas ações). O vocábulo serviço público evoca, portanto, três tipos de significado (institucional, jurídico e ideológico), que se influenciam e se alimentam mutuamente de forma permanente” (CHEVALLIER, Jacques. “La Place du Service Public dans l’Univers Juridique Contemporain”, in *Le Service Public en Devenir* [coord. Luc Rouban], L’Harmattan, Paris, 2000, p. 21).

a dogmática dos serviços públicos sempre, com maior ou menor intensidade, se calçou nas elaborações doutrinárias e jurisprudenciais francesas.

As crises e os desafios que marcam a noção de serviço público resultam, justamente, das dificuldades de acomodação da construção francesa tradicional a novas realidades socioeconômicas, políticas e tecnológicas.

Em nenhum outro país o serviço público alcançou o relevo que possui na França, erigido que foi miticamente em dado essencial da própria ideia republicana de igualdade e liberdade, uma verdadeira ideologia, envolvendo muitas vezes disputas que saem, em muito, do âmbito jurídico<sup>2</sup>.

Comentando as raízes da ideologia do serviço público na Revolução Francesa, SEVERINE DECRETON observa, com apoio em MAUSS e ROSANVALLON, que, “por ter confundido a rejeição de privilégios com destruição dos corpos intermédios da sociedade (igrejas, associações...), o individualismo revolucionário teria erigido o Estado no ‘único aparelho jurídico da coesão social’, o incitando, dessa forma, a remodelar os espíritos para melhor lutar contra os particularismos. Assim, a obsessão homogeneizadora que cobre o vazio do fim das estruturas corporativas inscreve o debate em uma nova perspectiva, substituindo a ‘incerteza da providência religiosa’ pela ‘certeza da providência estatal’. As bases morais de uma outra sociedade, doravante prisioneira do modelo econômico, são lançadas, dando à Administração Pública as razões para intervir (...). E hoje, por ter-se tornado um instrumento de reequilíbrio da sociedade - de redução das suas disparidades -, o serviço público colabora para uma nova estruturação do espaço jurídico”<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> “O serviço público foi elevado na França à altura de um verdadeiro mito: ele figura entre as imagens fundadoras sobre as quais se apoia a identidade coletiva; mexer com o serviço público é considerado um ato de sacrilégio, que pode atingir os fundamentos do Estado e ferir a unidade nacional” (CHEVALLIER, Jacques. “La Place du Service Public dans l’Univers Juridique Contemporain”, in *Le Service Public en Devenir* [coord. Luc Rouban], L’Harmattan, Paris, 2000, p. 22). Note-se inclusive que se tem identificado a insatisfação do povo francês com a mercantilização dos serviços públicos como uma das razões da vitória do *non* no referendo francês sobre a Constituição Europeia. “A crise social traduzida pelo desemprego que atinge mais de 2,5 milhões de pessoas, a degradação do poder aquisitivo, os receios relativos à redução e introdução da concorrência nos serviços públicos e à ‘invasão’ de imigrantes explica basicamente a rejeição do tratado constitucional europeu por 55% dos franceses” (SABÓIA, Napoleão. “Crise Social e Marasmo Político explicam Rejeição”, in *Jornal do Comércio*, p. A-18, edição de 31 de maio de 2005).

<sup>3</sup> DECRETON, Severine. “État des Lieux, État des Liens”, in *Service Public et Lien Social* (coord. Severine Decretton), Ed. L’Harmattan, Paris, 1999, pp. 17/23.

A transposição, com inevitáveis adaptações, da noção de serviço público e do próprio Direito Administrativo da França para outros países europeus (e daí para suas colônias americanas) possui várias explicações, tendo sido propiciada, sobretudo, pela enorme influência cultural e ideológica da Revolução Francesa e pelo domínio militar da França napoleônica.

Não há como se tratar do tema dos serviços públicos sem o esteio dos primeiros formuladores da doutrina e jurisprudência francesas.

O serviço público no Brasil expressa, em grande parte, a ideia francesa de serviço público, razão pela qual muitas das discussões existentes acerca do serviço público no Direito brasileiro reproduzem discussões que originariamente se deram (e se dão) na França e em outros países sob sua influência cultural.

### 3.2.1. Léon Duguit: a interdependência social

Coube a LÉON DUGUIT<sup>4</sup>, pai da “Escola do serviço público” ou “Escola de Bordeaux”, no início do século passado traduzir em uma profunda e criativa Teoria Geral do Estado e do Direito as fortes transformações pelas quais o Estado passava à época: transição de um Estado monoclasse para um Estado pluriclasse<sup>5</sup>, com todas as consequências por isso geradas no Direito e no Estado, principalmente sobre as suas ações e fundamentos legitimadores<sup>6</sup>.

Seria incompatível com o objeto da presente obra traçarmos um perfil exaustivo das ideias de DUGUIT, que abrange inúmeros aspectos de sociologia jurídica – era partidário da sociologia positivista e discípulo de DURKHEIM –,

<sup>4</sup> Os principais e mais considerados textos de Léon Duguit sobre os serviços públicos constam do tomo II do seu *Traité de Droit Constitutionnel*, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie. Editeurs, Paris, 1923, e no *Les Transformations du Droit Public*, aqui coligido na coletânea constante de DUGUIT, Léon. *Las Transformaciones Generales del Derecho* (trad. Adolfo G. Posada e Ramón Jaén), Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2001, pp. 27-48. É nesses dois textos que se apoiam as principais considerações que teceremos a seguir.

<sup>5</sup> O nosso conceito de Estado Pluriclasse foi tratado no Capítulo anterior.

<sup>6</sup> “A força atrativa das análises da Escola do serviço público reside na construção por ela de um sistema explicativo global, no qual o serviço público aparece ao mesmo tempo como a chave que dá acesso ao regime de Direito Público e o princípio que comanda a legitimidade do Estado: assim, consegue dar novamente à teoria do Estado coerência e unidade, rearticulando-a em torno de um novo conceito central e fundador” (CHEVALLIER, Jacques. “La Place du Service Public dans l’Univers Juridique Contemporain”, in *Le Service Public en Devenir* [coord. Luc Rouban], L’Harmattan. Paris, 2000, p. 23).

filosofia do Direito, Direito Constitucional, Direito Administrativo e até mesmo do Direito Privado (foi o precursor da construção jurídica da função social da propriedade e dos contratos)<sup>7</sup>, sofrendo também forte influência das ciências econômicas, às quais atribuía a evolução do Direito e dos serviços públicos<sup>8</sup>.

Destarte, daremos apenas um quadro geral da Teoria do pensador, nos aspectos que toquem mais ao nosso tema, e, após, trataremos dos principais ensinamentos por ele elaborados especificamente sobre os serviços públicos.

Note-se que, ainda que não se possa concordar com toda a Teoria de DUGUIT, certamente datada e fortemente marcada pelas concepções filosóficas e ideológicas do autor, não há como desprezar que as suas ideias sobre os serviços públicos, apesar de integrarem aquele contexto, revelaram alguns aspectos da realidade jurídico-estatal que são perenes, tais como a interdependência de todos os membros da sociedade e a necessidade de o Estado assegurar a prestação de determinadas atividades para manter esse liame social<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Para ele, função social estava para os direitos subjetivos dos particulares como o serviço público estava para a soberania do Estado: era o seu fundamento e objetivo (DUGUIT, Léon. *Las Transformaciones Generales del Derecho* [trad. Adolfo G. Posada e Ramón Jaén], Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2001, pp. 37/8). Para uma síntese do multifacetado pensamento de Duguit, ver a indispensável obra de MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*, 2ª ed., Ed. RT, São Paulo, 2003, p. 72. Quanto à negação da existência de direitos subjetivos por Duguit, ver MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos Fundamentais*, Ed. RT, São Paulo, 2003, pp. 63 e seguintes.

<sup>8</sup> DUGUIT, Léon. *Las Transformaciones Generales del Derecho* (trad. Adolfo G. Posada e Ramón Jaén), Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2001, p. 36.

<sup>9</sup> “O liame social tem aqui um sentido político, na medida em que ele leva a privilegiar a relação dinâmica entre os componentes de uma sociedade, mais do que a definição estática dos mesmos componentes. O serviço público deve ser, então, o reflexo desta concepção e evoluir sem parar, o que corresponde ao princípio da mutabilidade dos serviços públicos” (BLANQUER, Jean-Michel. Léon Duguit et le Lien Social, in *Service Public et Lien Social* [coord. Severine Decreton], Ed. L’Harmattan, Paris, 1999, p. 89). Alguns autores imputam ao pensamento de Duguit um viés socialista (v.g., MAIRAL, Héctor A. “La Ideología del Servicio Público”, in *Revista de Derecho Administrativo* [Argentina], ano 5, pp. 359-439), que, no entanto, não parece compatível com passagens nas quais, por exemplo, afirma que a “solidariedade tem como fator essencial o livre desenvolvimento da atividade individual. Os governantes não podem, portanto, fazer nada que possa em qualquer medida estorvar o livre e pleno desenvolvimento das atividades individuais” (DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*, Tome II, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie. Editeurs, Paris, 1923, pp. 54-55).

A ideia de Estado de Direito<sup>10</sup> advém de uma concepção estruturante do Estado e do Direito Público, que racionaliza e sistematiza as relações entre o Estado e os indivíduos, submetendo estes tão somente a uma estrutura jurídica hierarquicamente construída, que partiria da Constituição, indo até às decisões concretas da Administração Pública e do Poder Judiciário, passando pelas leis e regulamentos.

A sua noção não é, todavia, uma, havendo grandes diferenças entre a sua origem alemã e a aclimação que sofreu na França<sup>11</sup>. Essas diferentes concepções são essenciais para a compreensão de uma série de pontos fundamentais do Direito Público e do Direito Administrativo em especial. Por exemplo, será em contraposição à ideia alemã de Estado de Direito (*puissance*) que se confrontará a teoria de DUGUIT de um Estado de Direito (prestacional), que deu origem à “Escola do serviço público”<sup>12</sup>.

Para DUGUIT, “a noção de serviço público substitui o conceito de soberania (*puissance*) como fundamento do Direito Público. Seguramente a noção de serviço público não é nova. Já no momento em que, por uma série de razões (...), se produziu a distinção entre governantes e governados, a noção do serviço público nasceu no espírito dos homens. Com efeito, a partir desse momento se compreendeu que há certas obrigações dos governantes para com os governados e que a realização desses deveres é, ao mesmo tempo, a consequência e o fundamento da sua força superior”<sup>13</sup>.

Sendo titular do monopólio da força, o Estado – soberano e dotado de personalidade jurídica – deve ser limitado, mas não pelas regras comuns –

<sup>10</sup> CHEVALLIER, Jacques. *L'État de Droit*, 3ª ed., Montchrestien, Paris, 1999, pp. 11-40.

<sup>11</sup> A concepção alemã de Estado de Direito colocava o acento sobre a perfeição formal dos atos estatais – respeito aos atos de hierarquia superior. Essas normas se impunham também ao Estado, mas como eram produzidas por ele próprio, eram compreendidas como uma sua auto-limitação, e aí estava o grande paradoxo da teoria alemã do Estado de direito, que enfraquecia a noção do seu controle: o Estado só se subordinava ao que ele próprio estabelecia, o que era considerado por Duguit como uma “institucionalização da barbárie”.

<sup>12</sup> Houve dificuldades na transposição para o Direito francês da ideia de Estado de Direito, tão impregnada dos traços de cunho significativamente autoritário do Império Alemão. Na França, acima da Constituição e, portanto, do próprio Estado, tinha-se (e se tem) a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de caráter universal e natural.

<sup>13</sup> DUGUIT, Léon. *Las Transformaciones Generales del Derecho* (trad. Adolfo G. Posada e Ramón Jaén), Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2001, p. 27.



concernentes a indivíduos que se encontram em igualdade de condições –, mas por um direito especial – um Direito Administrativo<sup>14</sup>. O Estado de Direito constituiria, sobretudo, um estatuto da Administração Pública.

DUGUIT sustentava que “o Estado, como órgão da vontade dos governantes, deve ser subordinado a uma ordem objetiva que não foi criada por ele próprio”, e que repousa sobre a ideia de “solidariedade social”<sup>15</sup>. Para DUGUIT, o Estado só poderia ser considerado como realmente limitado pelo Direito, se esse for considerado como uma realidade distinta à do Estado<sup>16</sup>.

Para DUGUIT, o Direito não se reduz apenas às regras formais ou técnicas resultantes da intervenção do Estado, já que por trás e como base delas existe uma realidade anterior e mais profunda: o texto oficialmente posto é apenas a cristalização de uma norma jurídica já existente, ainda que de maneira latente, no grupo social.

Segundo o autor é o estado de consciência da massa dos indivíduos que compõem em um determinado grupo social a força criadora do Direito, que eclode quando o grupo social entende e admite que possa ser socialmente organizada uma reação contra os violadores da regra, momento em que a

<sup>14</sup> A visão sociológica do Direito que tinha Duguit, por sua vez, o levava a afirmar que “o que cria o Direito, a regra de Direito é a crença, arraigada profundamente na massa das pessoas, em determinada época e país, de que tal regra deve ser cumprida. O Direito é, em suma, antes de qualquer coisa, uma criação psicológica da sociedade, determinada pelas necessidades de ordem material, intelectual e moral” (DUGUIT, Léon. *Las Transformaciones Generales del Derecho* [trad. Adolfo G. Posada e Ramón Jaén], Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2001, p. 33). Esta concepção do Direito far-nos-á ver com maior naturalidade a ideia do pensador de que os serviços públicos não são uma criação do Estado, tendo origem na própria consciência social, e como tal se impondo aos governantes.

<sup>15</sup> “A solidariedade pode ser visualizada ao mesmo tempo como valor ético e como princípio positivado nas Constituições. É, sobretudo, uma obrigação moral e um dever jurídico. Mas em virtude da corresponsabilidade entre deveres e direitos, informa e vincula a liberdade e a justiça” (TORRES, Ricardo Lobo. “A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial”, in *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado* [org. Ingo Wolfgang Sarlet], Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003, pp. 09-10). “A necessidade de o Estado prestar um serviço deriva de uma constatação de que num dado momento histórico aquele serviço não está podendo ser usufruído por toda a população e isso gera desigualdades sociais.

<sup>16</sup> Havia, contudo, em França, alguns problemas quanto à perfeição da própria pirâmide normativa característica do Estado de Direito em sentido formal, principalmente no que concerne à falta de controle da constitucionalidade das leis, além de, a exemplo da teoria alemã, ser admitida a edição de regulamentos autônomos endógenos à Administração Pública.

simples norma social, fundada sobre a solidariedade e interdependência dos indivíduos que compõem a sociedade, se transforma em norma jurídica, que é originariamente um fato social, não uma criação do Estado ou expressão da sua soberania. Essas normas se impõem objetivamente ao Estado, assim como a todos os indivíduos<sup>17</sup>.

Com essas bases, traça a sua Teoria dos Serviços Públicos, de maneira fortemente influenciada pela grande mudança que o Estado sofria no início do século XX, “quando a noção de soberania foi quebrada em razão da tomada de consciência de que o Estado devia aos governados algo mais que a segurança interna e externa. Objeto das obrigações do Estado e o sentido da sua ação são determinados pela situação econômica do país e pelas necessidades dos seus habitantes”. Aí DUGUIT dá a sua conhecida definição de serviço público: “é toda atividade cujo cumprimento deve ser regulado, assegurado e fiscalizado pelos governantes, por ser indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social, e de tal natureza que só possa ser assegurado plenamente pela intervenção da força governante<sup>18</sup> (...). Dizer que um serviço é um serviço público quer dizer que esse serviço é organizado pelos governantes, funcionando sob a sua intervenção e devendo ter por eles assegurado o seu funcionamento sem interrupção”, ainda que, acresce o autor, não seja gerido pelo Estado, mas sim por entidades descentralizadas da sua Administração Indireta ou delegatários privados através do instituto da concessão<sup>19</sup>.

Há dois elementos da definição de serviço público feita por DUGUIT: “Primeiro, o serviço em questão deve influir sobre a interdependência social. Em segundo, o mercado deve se revelar deficiente na sua capacidade de gerir essa interdependência social em prol do interesse público. Um economista poderia interpretar a interdependência social como uma expressão muito larga de ex-

<sup>17</sup> CHEVALLIER, Jacques. *L'État de Droit*, 3ª ed., Montchrestien, Paris, 1999, p. 39.

<sup>18</sup> Coube também a Duguit fazer a observação de que os serviços públicos passam a ter importância e a ser organizados de círculos sociais menores para maiores, indo da satisfação de necessidades de âmbito doméstico, passando para a esfera municipal, regional, nacional e, por último, já previra à sua época, para o âmbito internacional, dando como exemplo, à época, a regulação internacional dos serviços de telégrafos (DUGUIT, Léon. *Las Transformaciones Generales del Derecho* [trad. Adolfo G. Posada e Ramón Jaén], Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2001, p. 36).

<sup>19</sup> DUGUIT, Léon. *Las Transformaciones Generales del Derecho* (trad. Adolfo G. Posada e Ramón Jaén), Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2001, pp. 37, 39-40.

ternalidades econômicas. Mais exatamente, ele poderia associá-la com um setor organizado em rede. Duguit tinha um conceito mais amplo de externalidade econômica. Nos meios jurisprudenciais e econômicos de sua época, a propriedade privada era venerada, e o *laissez-faire* era a política econômica preferida. Nesse contexto, Duguit provavelmente procurava uma justificação sólida para a intervenção do Estado no mercado, para a rejeição do caráter sagrado da propriedade privada. Talvez ele quisesse dizer simplesmente que o critério da interdependência social estaria satisfeito quando as decisões tomadas por apenas uma empresa influenciassem uma proporção considerável da população.<sup>20</sup>

Afirmando que ao Estado não competia mais apenas prestar os seus serviços tradicionais de defesa externa, polícia e justiça, constata DUGUIT que o Estado presta cada vez mais “serviços de ordem técnica, que são prestados normalmente por simples operações materiais”, serviços estes que em grande parte prescindem da noção de *imperium*<sup>21</sup>.

Aplicando as suas concepções de Estado e de Direito aos serviços públicos, o autor, em um sociologismo que depois GASTON JÈZE tentou contornar (v. próximo subitem), sustentou que os serviços públicos não eram criados pelo Estado, mas pela própria sociedade, pela *communis opinio* de que determinada atividade visa a suprir necessidades essenciais das pessoas, objetivo que só poderia ser adequadamente atingido se a própria coletividade – o Estado – as garantisse.

<sup>20</sup> ADAMS, William James. “La Justification Économique du Service Public”, in *L’Idée de Service Public est-elle encore Soutenable?* PUF, Paris, 1999, pp. 178/9. Floriano Azevedo Marques também faz uma interessante associação entre as atividades estatais e a noção econômica de externalidade negativa: “Toda a atividade econômica gera em si externalidades, sejam ou não serviços públicos. A especificidade ambiental está aí para demonstrá-lo e não se cogita a estatização de toda a economia (algo de resto inconstitucional). Porém, no meu entender, há sim situações em que a atividade considerada serviço público acarreta tais externalidades e que isso interdita que ela seja explorada com fins econômicos sob pena de desnaturar-se. É o que ocorre na jurisdição ou na polícia ostensiva. Daí entender eu que quando a atividade de competência estatal reunir externalidades positivas ou negativas extremas, ela poderá ser excluída do campo das relações econômicas e, por consequência, não poderá ser delegada à iniciativa privada, pois não poderá ser considerada atividade econômica em sentido amplo” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “Concessão de Serviço Público sem ônus para o Usuário”, in *Direito Público – Estudos em Homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2004, p. 333).

<sup>21</sup> DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*, Tome II, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie. Editeurs, Paris, 1923, pp. 59-60.

Mas, a quem caberia definir qual era a *communis opinio*? Quais seriam as consequências de o Estado descumprir a suposta obrigação de reconhecer legalmente a atividade como serviço público? A estas questões o autor nunca apresentou respostas satisfatórias, e este é um dos grandes pontos fracos da sua Teoria.<sup>22</sup>

Outra característica marcante da Teoria de DUGUIT é que ele dá um sentido latíssimo aos serviços públicos, equiparando-os a todas as atividades estatais: legislativas, jurisdicionais, administrativas e todas as outras que se possa imaginar. Denotando o papel fundamental que o serviço público desempenhava na sua Teoria geral do Estado, ele simplesmente viria a definir o próprio Estado como um conjunto de serviços públicos, aspecto da sua Teoria que é criticado por fazer com que a noção de serviço público abrangesse atividades tão díspares a ponto de perder toda a utilidade.

Um outro ponto de grande importância é que, para o autor, o serviço público era a atividade de relevância social que deveria ser assegurada pelo Estado para que ele atingisse os seus fins, não importando se era exercida em regime de Direito Público ou Privado.

<sup>22</sup> DUGUIT tentou dar maior objetividade ao seu critério de conceituação do serviço público com a seguinte explicação: “Se fosse necessário um critério formal para identificar as atividades que devem servir de suporte à organização de um serviço público, diríamos que se encontra na desordem social produzida pela suspensão dessa atividade ainda que por um bastante curto lapso de tempo. Por exemplo, em outubro de 1910, a greve das estradas de ferro francesas, ainda que parcial e muito curta, demonstrou de maneira evidente que os transportes ferroviários tinham claramente os elementos de um serviço público. Da mesma forma, a greve geral dos mineiros ingleses em 1912, pelos desastres que quase provocou, nos faz ver que está próximo o momento em que a exploração das minas de carvão deverá ser organizada como um serviço público, e a Lei Asquith, que impõe aos proprietários das minas de carvão a obrigação de pagar aos operários um salário mínimo, é o primeiro passo para a organização como serviço público das minas carvoeiras” (DUGUIT, Léon. *Las Transformaciones Generales del Derecho* [trad. Adolfo G. Posada e Ramón Jaén], Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2001, p. 37). A citação também é importante para demonstrar como a teoria do autor é marcada, como não poderia deixar de ser, por sua época, em que a imposição de salário mínimo à iniciativa privada era considerada uma intervenção tão forte do Estado na economia a ponto de ser por ele considerada como o primeiro passo para a transformação de uma atividade em serviço público. Quanto à sanção que decorreria do descumprimento pelo Estado da obrigação de reconhecer legalmente a atividade como serviço público, Duguit acenava em primeiro lugar com as sanções de natureza político-eleitoral e, em segundo, com a responsabilidade civil do Estado pela omissão (DUGUIT, Léon. *Las Transformaciones Generales del Derecho* [trad. Adolfo G. Posada e Ramón Jaén], Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2001, pp. 41-42).

A indiferença quanto ao regime jurídico foi uma das críticas de GASTON JÈZE a DUGUIT. JÈZE, como veremos, sustentou que só poderiam ser consideradas serviços públicos as atividades prestadas sob o regime jurídico de Direito Público. Todavia, com o passar dos anos e a adoção pelo próprio Estado de mecanismos jurídicos de Direito Privado para a prestação de serviços públicos (através, por exemplo, de sociedades de economia mista), esse requisito (regime de Direito Público) perdeu muito de seu vigor.

Quanto aos serviços públicos não reservados, DUGUIT afirmava que “a caracterização como serviço público não implica em monopólio em favor do Estado, e que certas atividades, mesmo podendo ser livremente exercidas por particulares, são objeto de serviços públicos quando são prestadas pelo Estado. O ensino e a assistência social são dois exemplos claros disso”<sup>23</sup>.

Esse ponto é de grande importância em nossos dias, já que muitas das discussões existentes sobre os serviços públicos são justamente sobre se a titularidade estatal exclusiva da atividade constitui ou não requisito para que ela possa ser considerada serviço público.

Vê-se, assim, que os elementos subjetivos (titularidade estatal) e formais (regime de Direito Público) do conceito de serviço público estão bastante relativizados, tendo sobrado incólume apenas o elemento material (atendimento ao interesse público), por DUGUIT considerado como o único elemento que realmente importava - como imposição da necessidade de coesão social - para a configuração de alguma atividade como serviço público, até porque, na sua opinião, para ser considerado como tal bastava o juízo da coletividade, independentemente de qualquer chancela estatal dessa visão da sociedade.

### 3.2.2. Gaston Jèze: o regime jurídico de Direito Público

Contrapondo-se à noção sociológica de serviço público traçada pelo fundador da Escola por ele também integrada - a Escola de Bordeaux, a Escola do Serviço Público -, GASTON JÈZE busca dar ao instituto contornos jurídicos mais determinados, atribuindo-lhe uma noção mais *stricto sensu* jurídica que sociológica, deixando de definir os serviços públicos como atividades que

<sup>23</sup> DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*, Tome II, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie. Editeurs, Paris, 1923, pp. 57-58.

devem ser asseguradas pelo Estado em razão da necessidade de manutenção dos liames sociais, para identificá-los como as atividades prestadas (direta ou indiretamente) pelo Estado sob o regime jurídico de Direito Público<sup>24</sup>.

Assim, faz a interessante constatação de que não é a essencialidade de determinado bem ou serviço que faz com que o seu fornecimento seja um serviço público, uma vez que o fornecimento de bens essenciais como os alimentos, os medicamentos, por exemplo, é feito à sociedade praticamente apenas por particulares. Por outro lado, há atividades de interesse geral que são assumidas pelo Estado com exclusividade, e outras que podem ser prestadas tanto pelo Estado como pela iniciativa privada por direito próprio<sup>25</sup>.

Dessa maneira, apesar de se poder dizer genericamente que a Administração Pública deve satisfazer as necessidades de interesse geral, não se pode dizer que a ela compete a cura de todos os interesses gerais<sup>26</sup>.

Ao exercer suas funções, seja com exclusividade, seja concomitantemente com particulares, o Estado pode valer-se de mecanismos de Direito Privado, utilizados pelos particulares em geral, quando eles atenderem ao interesse público; ou adotar mecanismos de Direito Público. Para GASTON JÈZE, apenas "nessa hipótese há serviço público, ou seja, para satisfazer regular e continuamente determinada categoria de necessidades de interesse público, há um regime jurídico especial, que sempre pode ser modificado pelas leis e pelos regulamentos. Todas as vezes que se está diante de um serviço público propriamente dito, se constata a existência de regras jurídicas especiais, que têm por objeto facilitar o funcionamento regular e contínuo do serviço público, de dar a mais rápida

<sup>24</sup> Em contrapartida, Duguít redarguia dizendo que, pelo critério formal de Jèze, qualquer atividade de poderia vir a ser erigida em serviço público mediante uma criação artificial do Legislador: "Essa proposição se relaciona diretamente com uma concepção contra a qual muitas vezes me levantei energicamente, segundo a qual o Direito é uma pura criação do Estado" (DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*, Tome II, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie. Editeurs, Paris, 1923, p. 67).

<sup>25</sup> JÈZE, Gaston. *Les Principes Généreaux du Droit Administratif*, M. Giard & E. Brière Libraires-Éditeurs, Paris, 1914, p. 241.

<sup>26</sup> "É certo que o fornecimento de pão e de leite é essencial, mas nesses casos a diferença (para os serviços públicos) radica na organização produtiva, ou seja, na possibilidade de criação de uma rede de padarias ou de autorizar múltiplos postos de venda de pão, enquanto o gás ou a água são fornecimentos condicionados pela utilização de uma infraestrutura que limita a concorrência" (ROJAS, Francisco José Villar. *Privatización de Servicios Públicos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, p. 155).

e completa possível satisfação às necessidades de interesse público; e essas regras, justamente por essas razões, são modificáveis a qualquer instante (...). Em suma, o serviço público é um mecanismo – e não apenas o único mecanismo – para satisfação de necessidades de interesse público, o que significa que teorias e regras especiais são aplicáveis, que há um regime jurídico especial, regime jurídico esse que é legal e regulamentar”<sup>27</sup>.

Quando se pergunta como saber se foi ou não adotado o regime publicista, GASTON JÈZE<sup>28</sup> demonstra não poder manter toda a objetividade pretendida, já que “deve-se buscar apenas a intenção dos governantes”, não constituindo uma questão jurídica se este ou aquele jurista ou sociólogo tem opinião diversa. Cita em seu apoio a opinião de MICHOUD, que, ao tratar das pessoas jurídicas, afirma que “para saber se uma delas é de Direito Público, o intérprete não tem que se perguntar se a sua finalidade é, em si, de interesse público, apreciação subjetiva que seria das mais incertas; deve-se apenas perguntar se o Estado a considerou como tal, o que equivale a dizer que é na organização e no conjunto das regras que o Estado lhe dá que o critério deve ser procurado”.

Não haveria um dado único que determinasse se a atividade tem ou não o regime jurídico especial de serviço público, mas sim um conjunto de circunstâncias, como a imposição de cargas públicas aos particulares (p. ex., aos proprietários das margens de ferrovias, possibilidade de desapropriação, de instituição de servidões administrativas etc.) e o poder de fixar taxas para assegurar a prestação do serviço. O autor releva também como um importante dado a atividade ser monopolizada pelo Estado, e, com base nisso, demonstrando não diferenciar serviço público de atividade econômica monopolizada pelo Estado, dá como exemplos de evidentes serviços públicos (“*très certainement constituent des services publics*”) a fabricação da pólvora, de cigarros e de fósforos, então monopolizados pelo Estado francês<sup>29</sup>.

Por outro lado, enumera certas circunstâncias às quais não deve ser dada muita importância para a definição jurídica da atividade como serviço público de acordo

<sup>27</sup> JÈZE, Gaston. *Les Principes Généreaux du Droit Administratif*, M. Giard & E. Brière Libraires-Éditeurs, Paris, 1914, pp. 241-243 e 247.

<sup>28</sup> JÈZE, Gaston. *Les Principes Généreaux du Droit Administratif*, M. Giard & E. Brière Libraires-Éditeurs, Paris, 1914, pp. 247-248.

<sup>29</sup> JÈZE, Gaston. *Les Principes Généreaux du Droit Administratif*, M. Giard & E. Brière Libraires-Éditeurs, Paris, 1914, pp. 247-248. Ver também tópico 4.4.2.1.

com a “intenção dos governantes”, como o fato de a entidade ter sido instituída por ato governamental, o reconhecimento da sua utilidade pública, a aprovação dos estatutos ou de outros atos seus por uma autoridade pública, a nomeação de administradores pelo Governo e o controle pelo Tribunal de Contas<sup>30</sup>.

Afirma o autor que se há atividades estatais que sempre foram consideradas como serviços públicos, por deverem ter essencialmente esse regime exorbitante ao Direito Privado (defesa externa, diplomacia etc.), há outras que, como os correios, a telefonia e o transporte ferroviário, são serviços públicos, apesar de em certas épocas não terem sido assim consideradas<sup>31</sup>.

A Teoria de JÈZE é, como não poderia deixar de ser em matéria tão polêmica como a dos serviços públicos, objeto de muitas críticas; tanto por não extirpar totalmente o subjetivismo da Escola de DUGUIT como por calcar a definição de serviço público no critério do regime jurídico de Direito Público, o que é contestado por CHARLES EISENMAN<sup>32</sup>N tendo em vista serem praticamente inexistentes as atividades que sejam exclusivamente regidas pelo Direito Público ou pelo Direito Privado: qualquer atividade desenvolvida pelo Estado está sujeita a constrições publicistas (licitação, concurso...) e, por outro lado, até mesmo as atividades mais dotadas de *jus imperii* muitas vezes satisfazem as suas necessidades de meio através de contratos comuns do Direito Privado (locação de sua sede, compra de seus automóveis...).

LOUIS ROLLAND, por sua vez, defende a existência de serviços públicos em sentido amplo e serviços públicos propriamente ditos. Apenas esses exigiriam o regime jurídico especial preconizado por JÈZE. A filiação de ROLLAND à Escola do serviço público é, todavia, clara, ao colocar em primeiro lugar na sua noção de serviço público “a obrigação dos governantes de prover o bem comum”, cuja ação é, “acompanhada do poder de império (*puissance publique*)”<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> JÈZE, Gaston. *Les Principes Généreaux du Droit Administratif*, M. Giard & E. Brière Libraires-Éditeurs, Paris, 1914, p. 251.

<sup>31</sup> JÈZE, Gaston. *Les Principes Généreaux du Droit Administratif*, M. Giard & E. Brière Libraires-Éditeurs, Paris, 1914, p. 249.

<sup>32</sup> EISENMANN, Charles. *Cours de Droit Administratif*, Tome I, LGDJ, Paris, 1982, pp. 578-586.

<sup>33</sup> ROLLAND, Louis. *Précis de Droit Administratif*, 9ª ed., Dalloz, Paris, 1947, pp. 16 a 24. Afirma o autor, contudo, que, no silêncio da lei o administrador pode escolher entre a adoção de instrumentos de Direito Público ou de Direito Privado.



Ao autor por último citado também há de ser creditado o mérito de ter – a partir das lições de DUGUIT e JÈZE – sistematizado os postulados que até hoje são considerados pela maioria da doutrina como sendo os mais importantes princípios dos serviços públicos, quais sejam, a continuidade, a igualdade e a mutabilidade ou constante adaptação às evoluções, sobretudo de ordem tecnológica, que, em seu conjunto, formam o que classicamente é chamado de “Leis de Rolland”<sup>34</sup>.

### 3.2.3. Maurice Hauriou: poder de império e serviço público

Os dois autores anteriormente analisados integravam a chamada Escola de Bordeaux ou Escola do Serviço Público, e cada qual à sua maneira colocava a noção de serviço público como o instituto nuclear do Direito Administrativo e do próprio Direito Público, no sentido de que o Direito Administrativo seria o Direito dos serviços públicos<sup>35</sup>.

Ao revés, o pensamento de MAURICE HAURIOU, apesar das variações sofridas ao longo do tempo<sup>36</sup>, centra o Direito Administrativo não sobre as prestações aos particulares, mas sobre o poder de império sobre eles exercido pelo Estado. Ainda quando presta serviços à coletividade, o Estado estaria empregando para tanto o seu *jus imperii*.

Na verdade a divergência entre HAURIOU e a Escola do Serviço Público representa os debates jurídicos, políticos e ideológicos que até hoje se travam acerca das funções que o Estado deve ou não exercer, com aquele sustentando uma posição tendente a legitimar apenas as funções estatais tradicionais de polícia e defesa, e esta, sob o influxo do Estado Social, pronta para legitimar todas as novas atividades técnicas e econômicas que o Estado passava então a exercer<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> ROLLAND, Louis. *Précis de Droit Administratif*, 9ª ed., Dalloz, Paris, 1947, pp. 19-20. Ver tópico 4.4.2.1.

<sup>35</sup> Para DUGUIT o Direito Administrativo era, em um conceito amplíssimo de serviço público, o Direito de todas as atividades estatais; e para JÈZE, o Direito Administrativo era o Direito das atividades desenvolvidas pelo Estado sob regime jurídico de Direito Público.

<sup>36</sup> Aqui nos valeremos principalmente do Prefácio à 12ª e última edição do seu *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, Sirey, Paris, 1933, recentemente reimpressa pela Ed. Dalloz.

<sup>37</sup> GARCÍA, Elisenda Malaret I. Palestra “Administração Pública e Serviços Públicos”, proferida em 31 de outubro de 2003, no Seminário “Serviços públicos, regulação e cidadania: perspectivas europeia e brasileira”, realizado na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco.

Deixando à mostra o substrato ideológico existente por trás das divergências, o mestre de Toulouse afirmava que “as doutrinas socializantes do fim do século XIX se aproveitaram das omissões da doutrina clássica; eles assumiram a missão de reabilitar a noção de fim no Direito, porque ela é social, ao passo que a noção dos meios de direito é individualista; mas, ao invés de deixá-la no seu lugar, que é secundário, eles promoveram a noção de fim ao primeiro lugar. Subitamente, o fim, que não era nada, passou a ser tudo (...). Foi na lógica errada sobre a primazia do fim que no Direito Público foi criada uma ‘Escola do serviço público’, que se esforça para fazer predominar a ideia do serviço, considerado como o fim do Estado, sobre aquela de potestade (*puissance*) da vontade do Estado, considerada como um meio de realizar o fim”<sup>38</sup>.

Demonstrando a paixão envolvida no tema, HAURIUO, criticando a afirmação de JÈZE no sentido de que “os defensores das velhas teorias da soberania, do poder de império, da autoridade, estavam desaparecendo um a um”, o chama de “*enfant terrible*” da Escola do serviço público e o acusa de “gozar de uma ousadia abrupta, vizinha da imprudência”<sup>39</sup>.

Parte então para criticar os dois principais pontos da Teoria de GASTON JÈZE, que conceitua o serviço público com base no regime jurídico de Direito Público, caracterizado principalmente pela constante possibilidade de modificações unilaterais pela Administração Pública.

Afirma HAURIUO que essa característica pressupõe o poder de império (“*puissance publique*”): o regime de Direito Público parte da ideia de superioridade do interesse público sobre o privado, e a modificação unilateral das condições de prestação dos serviços se dá através de atos de autoridade por prescindirem de qualquer consenso dos particulares<sup>40</sup>.

Abordando a doutrina de DUGUIT, também constata que o seu conceito de serviço público pressupõe que sejam atividades que só possam ser asseguradas pela “força governante”, ou seja, pela intervenção do poder<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> HAURIUO, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, Sirey, Paris, 1933, p. X.

<sup>39</sup> HAURIUO, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, Sirey, Paris, 1933, pp. X-XI.

<sup>40</sup> HAURIUO, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, Sirey, Paris, 1933, pp. XI-XII.

<sup>41</sup> HAURIUO, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, Sirey, Paris, 1933, p. XII.

Assim, para HAURIUO, "o poder de império deve ser mantido na posição primordial do Direito Administrativo, mas deve se reconhecer que o serviço público, apesar de estar em um segundo plano, também tem um importante papel, que é a ideia de que ele acarreta uma autolimitação objetiva do poder de império"<sup>42</sup>.

Adiante, prossegue o autor, formulador também de uma das mais divulgadas concepções institucionalistas do Direito, afirmando que "é o próprio poder de império que se organizou em razão do serviço, tomando precauções redobradas para se disciplinar, através da hierarquia, da tutela administrativa, de todo um conjunto de reclamações administrativas à disposição dos administrados e do acesso à justiça administrativa, que é parte da própria Administração Pública (...). A autolimitação do poder possui um meio de se objetivar que lhe é próprio, que é a organização, gradualmente transformada em instituição. A organização administrativa é a organização do poder administrativo tanto quanto dos serviços. De toda sorte, a alta Administração, o conjunto das autoridades e das jurisdições administrativas, é uma organização do poder. É no interior dessa organização que o Poder Executivo se instituiu e que o poder de império progressivamente se submeteu à ideia de servir, ao invés de dominar. E a virtude de uma organização institucionalizada é que ela automaticamente registra toda vontade de promover o serviço e que, por um detalhe da organização, cria um obstáculo jurídico às mudanças de vontade do poder que não forem de acordo com o interesse do serviço"<sup>43</sup>.

MAURICE HAURIUO, portanto, mantém o poder de império como a pedra angular do Direito Administrativo, mas também dá uma posição de relevo ao serviço público ao colocá-lo como um mecanismo organizativo e institucional de autolimitação do poder: "Se o regime jurídico administrativo repousa essencialmente sobre o poder, deve ser reconhecido que esse poder é instituído, ou seja, é enquadrado em uma organização submetida a uma ideia. Essa ideia é a do serviço a ser prestado ao público, ou seja, a ideia de serviço público (...). O essencial é que seja a ideia de servir, de prestar serviço, ao invés daquela de pressionar e de oprimir."<sup>44</sup>

<sup>42</sup> HAURIUO, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, Sirey, Paris, 1933, p. XIV.

<sup>43</sup> HAURIUO, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, Sirey, Paris, 1933, pp. XIV-XV.

<sup>44</sup> HAURIUO, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, Sirey, Paris, 1933, pp. 13-14.

Como consequência, define o serviço público como “uma organização pública de poderes, de competências e de costumes com a função de prestar ao público, de maneira regular e contínua, um serviço determinado sob a perspectiva de polícia, no sentido elevado do termo”<sup>45</sup>.

A referência feita ao poder de polícia decorre da distinção que HAURIOU faz, em defesa da liberdade de empresa, entre serviço público e atividades econômicas privadas, sustentando não ser admissível que o serviço público tenha um caráter meramente formal, no sentido de que qualquer atividade possa ser serviço público através da atribuição a ela pelo Estado do regime jurídico de Direito Público. “Isto porque o regime administrativo tem como infraestrutura o regime do Estado, que requer um certo equilíbrio entre o que é público e o que é privado, sob pena de desaparecer e de dar lugar ao coletivismo. (...) Os interesses particulares, ainda que de forma coletiva, são essencialmente de ordem econômica. Eles dizem respeito à produção e à repartição de riquezas, sem se preocupar com as repercussões que possam ter na coisa pública. Os interesses públicos, ainda que de forma coletiva, são, ao contrário, interesses de caráter político, ou seja, dizem respeito ao que se pode chamar, em sentido amplo, de polícia da cidade (*police de la cité*). Decerto que a prosperidade econômica integra a polícia da cidade, mas ela a integra enquanto ela é uma garantia da ordem e do desenvolvimento social. A utilidade pública visa, portanto, frequentemente, à prosperidade econômica, e desta maneira ela parece ser de utilidade social, mas isto se dá a título de meio, não de fim.”<sup>46</sup>

<sup>45</sup> HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, Sirey, Paris, 1933, p. 64. Para o autor a exclusividade estatal sobre a atividade, ou seja, o monopólio do Estado, não é um requisito do conceito de serviço público, dando a educação como exemplo de serviço público que pode também ser livremente prestado, como serviço privado, pelos particulares (ob. cit., p. 67).

<sup>46</sup> HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, Sirey, Paris, 1933, p. 59. O autor explica mais a sua ideia, deixando claro o seu perfil marcadamente liberal e o foco posto no controle social (*jus imperii*): “A polícia da cidade, que é um dos aspectos mais importantes da missão da Administração Pública, não é obtida somente de maneira direta pelo regulamento ou pelos agentes policiais, ela é obtida de forma indireta pela satisfação da população com bons serviços bem organizados (...). Isso sem contar que a maioria dos serviços públicos, mesmo procurando satisfazer os particulares, também facilita a vigilância do governo e o emprego que ele pode vir a fazer da força pública. As ruas e os caminhos de ferro permitem prontas mobilizações, a iluminação das ruas das cidades facilita a vigilância, etc. Essa finalidade dos serviços públicos leva a uma limitação da sua extensão (...). Se eles visam à ordem e à utilidade

A grande razão de ser dos serviços públicos seria a igualdade e a regularidade, já que, expõe o autor, a iniciativa privada pode perfeitamente desenvolver atividades como o transporte ferroviário ou a distribuição de energia, mas ela o faria apenas para quem e onde desse lucro (desigualdade), e enquanto desse lucro (irregularidade).<sup>47</sup>

Ressalva, contudo, tentando conciliar o seu liberalismo econômico com o nascente Estado Social, que a proibição de o Estado atuar no domínio privado não é absoluta, porque à exceção dos de assistência social, todos os serviços públicos possuem, sob certos aspectos, caráter econômico, já que, direta ou indiretamente, propiciam a circulação, a produção ou a repartição de riquezas (ex., as estradas de ferro). Em outros casos, há um interesse fiscal do Estado, que se vale da atividade para aumentar os seus recursos orçamentários ou para diminuir a carga tributária incidente sobre os contribuintes (ex., as empresas francesas estatais então monopolistas do tabaco e do fósforo).<sup>48</sup>

O que podemos ver em HAURIUO é a tentativa de estabelecer uma demarcação mais nítida entre o espaço público e o espaço privado, para que esse fosse preservado da ingerência estatal<sup>49</sup>.

O afirmado é importante não apenas porque caracteriza a diferença que até hoje em princípio se faz entre serviço público (esfera pública) e atividade econômica (esfera privada), como, mais ainda, por constituir o elemento fundamental do Direito Administrativo tal como originariamente concebido, decorrente de uma divisão rígida entre o espaço público e o privado: naquele o poder de império com supremacia do interesse público sobre o privado<sup>50</sup>, e

---

públicas, eles não devem visar à riqueza econômica, porque a riqueza não é uma necessidade pública, mas sim uma necessidade privada" (ob. cit., p. 66).

<sup>47</sup> HAURIUO, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, Sirey, Paris, 1933, p. 63.

<sup>48</sup> HAURIUO, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, Sirey, Paris, 1933, pp. 60-61.

<sup>49</sup> Hoje se sustenta, talvez inclusive em razão da expansão que o espaço público teve na segunda metade do século passado, justamente o contrário, ou seja, a mitigação da fronteira público-privado, propiciando à iniciativa privada uma participação mais intensa, com, naturalmente, percepção dos esperados lucros, na gestão de atividades estatais. As parcerias público-privado em geral são uma das manifestações desse fenômeno.

<sup>50</sup> Através da institucionalização do serviço público, "a Administração francesa, em contraponto, esperou muito para que dispusesse de um campo de ação ao mesmo tempo poderoso e rigorosamente delimitado. Mesmo republicana, a Administração se verá bem mais próxima do

nesse o âmbito de liberdade do particular que, nas palavras do autor, não tem que se preocupar com a “coisa pública”.

Esses paradigmas passaram, no entanto, por uma considerável evolução.

O particular, no exercício da sua atividade privada, não pode ser obrigado a realizar prestações à coletividade como se estivesse prestando um serviço público. Isso não quer dizer, contudo, que não possa o Estado impor-lhe determinados requisitos para poder prestar a sua atividade, a fim de que ela não apenas não viole o interesse público, como, de certa forma, contribua para a sua realização.

Por outro lado, não é pelo fato de determinada atividade se encontrar na esfera pública que o Estado vai poder impingir-lhe o que bem entender, nem que a única ou a mais eficiente forma de realizar o interesse público seja sempre através do poder de império, ignorando os mecanismos consensuais e as garantias à segurança jurídica dos particulares<sup>51</sup>.

#### **3.2.4. Balanço das principais posições doutrinárias francesas sobre os serviços públicos: relatividade das divergências**

Não resta dúvida que existe uma profunda diferença de enfoque entre a Escola do serviço público e os que, a exemplo do MAURICE HAURIOU, pretendem manter o poder de império como o elemento mais importante da definição do Direito Administrativo. Para tanto, basta vermos o caráter instrumental à manutenção da ordem pública que esse dá aos serviços públicos, ao passo que DUGUIT os coloca diretamente conectados com a necessidade de interdependência e solidariedade social.

A impressão é que HAURIOU buscou conciliar a nova realidade que surgia do Estado Social com os dogmas do Estado apenas *gendarme*; com a ideia de que o Estado prestaria serviços públicos, muitos deles de conteúdo econômico,

---

soberano do que dos usuários. A esse ideal correspondeu a construção teórica da especificidade do ato administrativo. Um ato seria qualificado dessa maneira se, ao mesmo tempo, deixasse o Estado na condição de devedor e comportasse a utilização do poder de império. Em ambos os casos se considera que o Estado expressa uma vontade por natureza superior àquela dos indivíduos particulares” (GAUDIN, Jean-Pierre. *Gouverner par Contrat: l'action publique en question*, Presses de Sciences Po., 1999, Paris, p. 59).

<sup>51</sup> Vemos, assim, como a evolução ou as mutações do Direito Administrativo só podem ser compreendidas após um profundo estudo das raízes do Direito Administrativo.

não diretamente para prover necessidades coletivas, mas sim para, satisfazendo a população, garantir a paz social.

Não se contesta que, de fato, muitas das conquistas sociais obtidas do Estado através dos serviços públicos foram provocadas pelo temor de revoluções e mudanças políticas mais radicais, ainda que de origem eleitoral (à época também adveio o sufrágio universal), chamadas pelo autor de socializantes ou coletivistas. Mas no Estado que veio a se firmar a partir de então parece evidente que os serviços públicos passaram a ter um objetivo muito mais amplo do que apenas contribuir para a ordem pública, ainda mais em países que, como o nosso, inscreveram a dignidade da pessoa humana como um dos seus principais pilares constitucionais.

Essa diferença substancial de perspectiva entre as duas posições (Hauriou X Escola do serviço público) não elide, no entanto, algumas semelhanças entre elas. "Não se deve deduzir que Maurice Hauriou tenha rejeitado a noção de serviço público como elemento constitutivo do Direito Público. Ele simplesmente lhe confere um papel diferente, mas não menos importante (...). As teorias de Duguit e da 'Escola do serviço público', de um lado, e aquelas de Maurice Hauriou e da 'Escola institucional', por outro, não acabam chegando ao mesmo resultado por caminhos diferentes? Na teoria de Duguit, o poder de império não é em si um poder jurídico? Ele não cria o Direito; seus atos só adquirem valor jurídico através da conformidade com a regra de direito objetiva, e essa conformidade só existe se o poder for exercido em função do serviço público. Hauriou admite, ao inverso, que a soberania é, em si, um poder jurídico. Mas a sua Teoria da Instituição não é, como ele próprio diz, uma teoria de autolimitação objetiva?<sup>52</sup>"

O próprio HAURIOU, ao demonstrar como a Teoria de GASTON JÈZE é vinculada à ideia de *puissance publique*, acaba explicitando as semelhanças entre as duas Escolas.

Já DUGUIT, de sua parte, consigna que "por caminhos e expressões diferentes, um eminente publicista, M. Hauriou, chega exatamente às mesmas conclusões a que chegamos"<sup>53</sup>.

<sup>52</sup> BUTTGENBACH, André. *Théorie Générale des Modes de Gestion des Services Publics en Belgique*, Maison Ferdinand Larcier S.A., Bruxelles, 1952, p. 8.

<sup>53</sup> DUGUIT, Léon. *Las Transformaciones Generales del Derecho* (trad. Adolfo G. Posada e Ramón Jaén), Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2001, p. 47.

Assim, se a Escola do serviço público sustenta que o centro do Direito Administrativo é o serviço público, que é a atividade que não pode satisfazer as necessidades coletivas a que se propõe senão através da intervenção da “força governante”, ou seja, do poder de império, da heteroimposição, ou seja, da capacidade de criar obrigações unilateralmente, com base na lei, independentemente da anuência dos administrados; para a Escola Institucionalista a pedra angular do Direito Administrativo é o poder de império, que é, contudo, limitado pela finalidade institucional da prestação dos serviços públicos. Em suma, para HAURIUO a força é funcionalizada e institucionalizada pelo serviço público, e para DUGUIT o serviço público tem a força como suporte e garantia.

O que fica demonstrado é a riqueza jurídica e política das concepções francesas de serviço público. São concepções bastante amplas, elaboradas em um ordenamento jurídico com poucas normas constitucionais sobre a matéria e inexistente controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, fatores que, certamente, deram maior liberdade à elaboração doutrinária, por carência de balizamentos normativos. Ao revés, nos países em que, a exemplo do Brasil, há diversas normas constitucionais sobre o tema, os esforços doutrinários têm, como não poderia deixar de ser, a Constituição como princípio e limite das suas especulações.

### 3.2.5. A construção da jurisprudência francesa

O *Arrêt Blanco*, julgado pelo Tribunal (francês) de Conflitos em 08 de fevereiro de 1873, é considerado, apesar de algumas relativizações feitas pela doutrina, o marco histórico do conceito de serviço público, da definição das competências da jurisdição administrativa, da concepção de uma responsabilidade civil especial para o Estado e da própria diferenciação entre o Direito Administrativo e os demais ramos do Direito, do Direito Civil em especial<sup>54</sup>.

De maneira simplificada, poderíamos dizer que o *Arrêt Blanco* considerou que o Conselho de Estado não era competente para julgar todas as causas envolvendo a Administração Pública, mas apenas aquelas que envolvessem a aplicação do Direito Administrativo. Mas, para caracterizar o que deveria ser

<sup>54</sup> LONG, M.; WEIL, P.; BRAIBANT, Guy. *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 1-7.



considerado causas envolvendo o Direito Administrativo, o acórdão preferiu considerar as que tocavam à prestação de serviço público, e não primordialmente as que envolviam o exercício da *puissance publique*.

O caso tratava de uma criança ferida por um veículo da manufatura de tabacos do Estado, tendo o Tribunal de Conflitos decidido “que a responsabilidade que pode caber ao Estado, por danos causados aos particulares por fato das pessoas por ele empregadas no serviço público, não pode ser regida pelos princípios do Código Civil, que regem as relações entre particulares; que esta responsabilidade, que não é nem geral nem ilimitada, possui regras especiais que variam de acordo com as necessidades do serviço e a necessidade de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados; e que, portanto, a autoridade administrativa é a única competente para dela conhecer”<sup>55</sup>.

No *Arrêt Blanco* o Comissário do Governo expressamente descartou a aplicação do Direito Civil, afirmando a competência do Conselho de Estado, mesmo tratando-se “de manufatura de tabacos, muito semelhante a uma indústria privada” e de a “imprudência ter sido cometida por simples operários, não pertencentes à hierarquia administrativa”<sup>56</sup>.

Foi, contudo, exatamente nesses aspectos que posteriormente se deu uma grande evolução da jurisprudência francesa, que não mais passou a considerar suficiente apenas a existência de um serviço da Administração Pública para acarretar a competência da jurisdição administrativa, devendo a prestação do serviço ser acompanhada do exercício de poderes públicos típicos (*puissance publique*)<sup>57</sup>. Igualmente, foram excluídos da jurisdição administrativa os conflitos envolvendo os serviços públicos industriais e comerciais, os chamados serviços públicos econômicos<sup>58</sup>.

O início da decadência da noção de serviço público como critério definidor da competência da jurisdição administrativa se deu com o

<sup>55</sup> T.C. 8 févr. 1873, Blanco, Rec. 1<sup>o</sup> suppl. 61, concl. David (D. 1873.3.20, concl. David; S. 1873.3.153, concl. David).

<sup>56</sup> LONG, M.; WEIL, P.; BRAIBANT, Guy. *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, Paris, Dalloz, 1996, p. 2.

<sup>57</sup> LONG, M.; WEIL, P.; BRAIBANT, Guy. *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, Paris, Dalloz, 1996, p. 4.

<sup>58</sup> T.C. 22 janv. 1921, *Colonie de la Côte d'Ivoire c. Société Commerciale de l'Ouest Africain*.

acórdão *Terrier*, de 1903, em que um cidadão obteve o direito a ser pago pelo serviço de caçar cobras que realizara para uma administração local. Nesse acórdão, foi fixado que não bastava tratar-se de serviço público, já que este poderia também ser prestado pelo regime jurídico privado, mas sim a existência da gestão pública do interesse público, em contraposição à gestão privada<sup>59</sup>.

JEAN DE SOTO afirma ter sido a importância do *Arrêt Blanco* exagerada, “pois parecia muito pequena no momento em que foi pronunciada, a despeito da alusão feita ao ‘serviço público’, expressão desprovida de um sentido específico na época. Só trinta anos mais tarde a decisão voltou a ser objeto de estudos teóricos, especialmente por G. Tessier”<sup>60</sup>.

MICHEL PAILLET relativiza a importância do *Arrêt Blanco* no tema da responsabilidade do Estado, uma vez que “muitos acórdãos anteriores já tinham afirmado que ‘a responsabilidade, que pode incumbir ao Estado em virtude dos danos causados pelo fato das pessoas que ele emprega no serviço público, não pode ser regida pelos princípios que são estabelecidos pelo Código Civil para as relações entre particulares’ (especialmente *CE, 1º juin 1861, Baudry, Rec. CE, p. 478*)”<sup>61</sup>.

Ressalva o autor, contudo, que “o *Arrêt Blanco*, enriquecido pelas notáveis conclusões de David, representante do Governo, teve o mérito de sintetizar em algumas fórmulas concisas os princípios sobre os quais foi construído o sistema francês de responsabilidade administrativa, de maneira que a sua celebridade não é despropositada, ainda que ela tenha sido bastante posterior à sua prolação. O *Arrêt Blanco* tornou-se, assim, o símbolo da autonomia da responsabilidade administrativa e mesmo do próprio Direito Administrativo como um todo, com a ideia de uma ligação de duplo sentido entre o fundo do direito aplicável e a competência (derrogatória do direito comum) da jurisdição administrativa”<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> Aprofundar em JUSTEN, Mônica Spezia. *A Noção de Serviço Público no Direito Europeu*, Ed. Dialética, São Paulo, 2003, item 2.4.2.

<sup>60</sup> Cf. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição de 1988*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2003, pp. 28-29.

<sup>61</sup> PAILLET, Michel. *La Responsabilité Administrative*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 4-5.

<sup>62</sup> PAILLET, Michel. *La Responsabilité Administrative*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 4-5.

### 3.3. A COMMON LAW E AS PUBLIC UTILITIES

Os Estados Unidos da América têm, por força inclusive da raiz inglesa de forte espírito de auto-organização social<sup>63</sup>, uma formação jurídica e econômica bastante diversa da nossa vertente jurídica latina, franco-germânica<sup>64</sup>. Naquele País, fortemente liberal, o Estado nunca teve a visão hegeliana<sup>65</sup> existente entre nós<sup>66</sup>.

Segundo JUAN JOSÉ MONTERO PASCUAL, a principal diferença de tradições históricas entre o sistema anglo-saxônico e o europeu continental “está nos dois modos distintos de entender o interesse geral. Por um lado, temos a noção de ‘interesse comum’, resultado da combinação dos interesses particulares dos cidadãos. Por outro lado, aparece a noção de ‘interesse público’, diferente e superior da mera combinação dos interesses privados, definido especialmente como o bem da nação sobre os interesses particulares. Estas diferentes concepções de interesse geral, que têm os seus precedentes mais distantes na filosofia grega,

<sup>63</sup> Cf. PROSSER, Tony. *Law and the Regulators*, Clarendon Press, Oxford, 1997, pp. 34-7. “Bruno Jobert assinala que nos Estados Unidos existe uma legitimidade fundada sobre uma confiança política nascida de tradições comuns e regras compartilhadas, e na França uma legitimidade fundada sobre a capacidade de o Estado resolver os problemas sociais” (COPELLO, María Mercedes Maldonado. “Privatización de los Servicios Públicos Domiciliarios y Transformación del Derecho Estatal en Colombia”, in *Anuário 2001 GEDIM – Dez Anos de Mercosul*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, p. 315).

<sup>64</sup> A assertiva é feita em termos gerais, não se devendo desconsiderar a enorme influência exercida sobre o nosso Direito Constitucional pelo Direito norte-americano, em especial em relação ao federalismo e ao presidencialismo, para o que a pena de Ruy Barbosa foi fundamental.

<sup>65</sup> Hegel chegava a dizer que o Estado exerce, no mundo terreno, o papel que Deus exerce no mundo espiritual. “Com Hegel se admite que o Estado é a totalidade ética, que isso representa o ingresso de Deus no mundo, que deve ser venerado como se tivesse um quê de mundano-divino, e que, ao revés, é um Deus real” (ROMANO, Santi. *L’Ordinamento Giuridico*, Sansoni, Firenze, 1977, p. 110). Para a diferença dos dois sistemas em relação à noção de Estado, que no Reino Unido “sequer é uma figura formalmente jurídica”, ver MODERNE, Frank. “Les Transcriptions Doctrinales de l’Idée de Service Public”, in *L’Idée de Service Public dans le Droit des États de l’Union Européenne*, Ed. L’Harmattan, Paris, 2001, pp. 67-72.

<sup>66</sup> “Na maior parte dos países europeus a configuração do serviço público industrial e comercial foi feita, apoiada na doutrina francesa, a partir da concepção hegeliana do poder público: como uma prestação devida pelo Estado aos cidadãos. Em cumprimento dessa obrigação são organizadas prestações das quais o Estado é o titular, submetidas a regras de Direito Público, e que são por ele geridas diretamente ou sob o seu controle” (MACHADO, Santiago Muñoz. *Servicio Público y Mercado*, vol. I – *Los Fundamentos*, Ed. Civitas, Madrid, 1998, p. 31).

conduziram a diferentes modos de organizar as atividades destinadas à satisfação do interesse geral"<sup>67</sup>.

Note-se ainda que, até o fim do século XIX, não era sequer cogitada a existência de um Direito Administrativo nos EUA, partindo-se do pressuposto firmado por DICEY em 1885 na Inglaterra de que "não havia Direito Administrativo porque a existência das mesmas normas para a atividade de funcionários e particulares e da mesma jurisdição para ambos atendia ao *rule of law*, que é o traço característico do Direito inglês; a diferenciação de normas e de jurisdição, típica do Direito Administrativo francês, não se verificava no Direito inglês, porque contrariava a *rule of law*"<sup>68</sup>. Via-se então o Direito Administrativo como uma espécie de direito de exceção, aplicável somente aos casos em que uma das partes fosse o Estado.

Nos EUA as atividades econômicas sempre foram consideradas, com raríssimas exceções pontuais<sup>69</sup>, como sendo da órbita exclusiva da iniciativa privada, editando o Estado, quando a autorregulação não fosse suficiente, regras de polícia, assecuratórias da ordem, da saúde e da segurança.

MICHEL BERRY observa que "a sociedade americana é fundada sobre a ideia de que o mercado constitui a base de uma sociedade democrática, desde que o negócio seja *fair*, e, em particular, que nenhum ator, nenhuma empresa, abuse de posições dominantes (...). O Estado não é objeto de tão grandes expectativas sociais como na França, e é o *lobbying*, palavra terrível para os franceses, que permite o exercício da democracia. Nesse modelo, os serviços públicos não têm qualquer valor simbólico particular. Não são nada mais que 'utilidades', que devem ser eficazes. É por isso que a expressão francesa de 'serviços públicos' é impossível de ser traduzida para o inglês. Mas os atores que são indispensáveis tendem a abusar da sua posição; deve-se velar para que

<sup>67</sup> PASCUAL, Juan José Montero. "Titularidad Privada de los Servicios de Interés General: orígenes de la regulación económica de servicio público en los Estados Unidos. El caso de las telecomunicaciones", in *Revista Española de Derecho Administrativo - REDA*, versão CD-ROM. Sobre a evolução do conceito de interesse público, ver a que consta do tópico 8.3.

<sup>68</sup> MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*, 2ª ed., Ed. RT, São Paulo, 2003, p. 45.

<sup>69</sup> MAIRAL, Héctor A. "La Ideología del Servicio Público", in *Revista de Derecho Administrativo* (Argentina), ano 5, p. 382; e MACHADO, Santiago Muñoz. *Tratado de Derecho Administrativo y de Derecho Público General*, t. I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 933-934.

não venham a ser estabelecidos monopólios de fato, já que eles são fonte de privilégios e de esclerose. No modelo do mercado, é a concorrência que garante a qualidade e a eficiência, e às instâncias de regulação cabe cuidar para que a concorrência se amplie o máximo possível. Admitimos, não há dúvida, que existem monopólios naturais, mas que devem ser limitados o máximo possível e colocados sob estrita vigilância”<sup>70</sup>.

Foi com a evolução tecnológica e o surgimento de novas atividades prestacionais, como o transporte ferroviário e as telecomunicações, que, mesmo nos EUA, com todo o seu liberalismo econômico, se constatou a impossibilidade de os interesses da coletividade e de subsistência da concorrência serem respeitados apenas pelos ditames das liberdades de entrada no mercado e de desenvolvimento da empresa.

Foram editadas, então, leis disciplinadoras das atividades privadas com especial pertinência ao interesse público, limitando-lhes o ingresso e estabelecendo normas finalísticas (não mais meramente mantenedoras da ordem pública) para o seu exercício. “As *public utilities* apresentam-se como atividades que se encontram (*are affected with*) com o interesse público e por isso sujeitam-se a um controle de preços (para que se tenha um preço *reasonable*), ao controle da qualidade dos serviços e outros controles, realizados, de regra, por agências reguladoras independentes. Busca-se na regulação dos monopólios privados fazer face às falhas do mercado e garantir a concorrência.”<sup>71</sup> Tais leis, vazadas em termos bastante amplos e abstratos, conferiram poderes à Administração Pública, via de regra a agências reguladoras independentes, para especificar os meios que seriam utilizados para alcançar os objetivos legais<sup>72</sup>.

<sup>70</sup> BERRY, Michel. “Les Services Publics”, in *L’Idée de Service Public est-elle encore Soutenable?*, PUF, Paris, 1999, pp. 59-60.

<sup>71</sup> MEDAUAR, Odete. “Serviços públicos e Serviços de Interesse Geral”, in *Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo - Anais do Seminário de Direito Administrativo Brasil-Espanha*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 118.

<sup>72</sup> Gaspar Ariño Ortiz cita dois acórdãos (*Smyth v. Ames* e *Southwestern-Bell Telephone C. v. Missouri Public Service Commission*) minoritários, em que foi afirmada a titularidade estatal sobre as *public utilities*, concluindo em seguida que, “mesmo em um modelo teórico (a doutrina das *public utilities*) que se diz mais afinado com as teses privatizadoras e liberais das atividades econômicas, a tese da titularidade estatal dessas atividades essenciais chegou a ser igualmente formulada” (*Principios de Derecho Público Económico*, Ed. Comares e Fundación de Estudios de Regulación, Granada, 1999, pp. 515-516). No primeiro dos julgamentos, a Suprema Corte

Tais atividades privadas, sujeitas a essa especial disciplina e controle, permanentes e dinâmicos, são as *public utilities*<sup>73</sup>, cujo surgimento, ao contrário da construção francesa dos serviços públicos, “obedeceu a acontecimentos conjunturais produzidos em determinadas regiões dos Estados Unidos da América, não sendo uma criação doutrinária e teórica de algum tratadista do Direito, (...) aparecendo como resultante de uma pressão política causada por razões puramente econômicas, circunstanciais e locais”<sup>74</sup>.

O principal marco da afirmação da teoria norte-americana das *public utilities* foi o caso *Munn v. Illinois*,<sup>75</sup> em que se discutia o art. XIII da Constituição do Estado de Illinois, sancionada em 1870, que outorgava poderes ao Legislativo para regular os preços de armazenagem de grãos. Em 1871 veio a ser editada uma lei para regulamentar o dispositivo constitucional estadual em relação aos elevadores de grãos de Chicago, em razão da qual em 1872 os Senhores Munn e Scott foram acusados de explorar um elevador ilegalmente, pois não haviam obtido a competente licença e cobravam tarifas além dos limites legais.

---

preceituou que “uma ferrovia é uma via pública e não deixa de sê-lo pelo fato de ser gerida por uma empresa privada; esta foi criada para fins públicos e está levando a cabo uma função do Estado”, e, no segundo, que “o investidor, ao aportar os seus capitais em uma empresa de serviço público, aceita que as tarifas ao público sejam razoáveis. Sua Companhia está substituindo o Estado na execução de uma função pública e se converte, assim, em um agente do Estado (*public servant*)”. Entendemos, todavia, que, malgrado a eventual formulação episódica da titularidade estatal em um ou outro acórdão, as diferenças básicas entre a sistemática anglo-saxônica e a latina não são ilididas.

<sup>73</sup> “O interesse público sobre determinado empreendimento pode ser tão penetrante e abrangente que exija constante e detalhada supervisão e um alto grau de regulação. Onde isto ocorre, é comum se falar do empreendimento como sendo ‘público’, embora de propriedade particular. São a estes empreendimentos que a designação ‘utilidade pública (*public utility*)’ é normalmente aplicada; eles também são tratados como atividades ‘imbuídas da realização do interesse público (*affected with a public interest*)” (MOSHER, William E. e CRAWFORD, Finla G. *Public Utility Regulation*, Harper & Brothers Publishers, New York and London, 1933, p. 3). Para um maior detalhamento das razões da regulação nos EUA, sobretudo do ponto de vista econômico, ver BREYER, Stephen. *Regulation and its Reform*, Harvard University Press, Massachusetts, 1982, pp. 15-35.

<sup>74</sup> MALJAR, Daniel Edgardo. *Intervención del Estado en la Prestación de Servicios Públicos*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1998, pp. 187-188.

<sup>75</sup> Baseamo-nos, sobretudo, no relato e na tradução da íntegra do julgamento do caso *Munn v. Illinois* constante de MALJAR, Daniel Edgardo. *Intervención del Estado en la Prestación de Servicios Públicos*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1998, pp. 188-204.

No julgamento na Suprema Corte do Estado de Illinois, a lei foi considerada compatível com a Constituição dos EUA, havendo no julgamento uma série de argumentos de ordem prática, como, principalmente, a situação concreta dos produtores de grãos diante de proprietários de armazéns que, atuando em monopólio, exigiam preços abusivos: “Não existe privação ou dano à propriedade privada nesse caso, consagrando-a ao uso público. É a expressão da vontade do povo, por intermédio dos seus representantes em Assembleia-Geral, que esses centros de opressão e extorsão sejam submetidos a um regime que os faça ajudar mais ao povo (...). Atribuímos o direito de legislar sobre essa matéria ao poder, seja ele chamado como se quiser, inerente a todo governo organizado.”

Em 1877 o caso *Munn v. Illinois* foi julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, que, evoluindo de algumas concepções liberais mais tradicionalistas, também considerou a lei constitucional: “Quando a propriedade privada é afetada por um interesse público, deixa de ser apenas Direito Privado. Isso foi dito por Lord Hale, há mais de duzentos anos, no seu Tratado *De Portibus Maris*, e foi desde então aceito como o principal elemento de regulamentação da propriedade. A propriedade deve ser considerada embebida de interesse público quando é usada de maneira capaz de gerar consequências públicas e efeitos para a comunidade. Quando se consagra a propriedade a um uso no qual o público tem um interesse, se cede ao público um interesse nesse uso, e deve se submeter ao controle pelo público para o bem comum, na extensão do interesse criado. Pode-se deixar de ceder o uso do bem ao público, fazendo cessar o uso, mas enquanto houver o uso deve admitir-se o controle (...). Não há dúvida que o princípio geral amparado pela lei e pela justiça é que toda pessoa pode fixar o preço que quiser pela sua propriedade ou pelo seu uso; mas, se por uma circunstância específica, o público tem direito a participar com suas propostas e a fazer uso dela, e se existe um monopólio do qual se beneficiam os proprietários, devem, de forma proporcional, ser impostos os ônus que correspondam a esses benefícios.”<sup>76</sup>

Assim, há uma fundamental distinção entre os serviços públicos europeus e latino-americanos, de um lado, e as *public utilities* norte-americanas de outro: aqueles são, em sua abordagem tradicional, atividades titularizadas pelo Es-

<sup>76</sup> Cf. MALJAR, Daniel Edgardo. *Intervención del Estado en la Prestación de Servicios Públicos*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1998, pp. 188-204.

tado, eventualmente delegadas a particulares, mantendo-se a titularidade e o controle/regulação estatal, enquanto essas são atividades da iniciativa privada, sobre as quais o Estado, exogenamente, impõe normas de regulação, limitando a entrada no mercado, estabelecendo padrões para a competição entre os agentes nele atuantes e fixando requisitos mínimos de qualidade e preço dos serviços para os consumidores<sup>77</sup>.

Essa diferença é, no entanto, um pouco relativa na prática, principalmente em nossos dias, quando os países do sistema dos serviços públicos, mesmo em relação aos que permaneceram sendo de titularidade estatal, os disciplinam com vistas a assegurar o maior número possível de mecanismos de mercado, tornando excepcional a exclusividade das concessões, aplicando a legislação consumerista e diminuindo o número e a intensidade das normas coercitivas incidentes sobre os prestadores (desregulação).

Também se verifica uma aproximação conceitual com as *public utilities* pela via da passagem à iniciativa privada de atividades integrantes de setores que eram integralmente de titularidade estatal, fenômeno que ocorreu com especial força no setor das telecomunicações. Nesses casos, o Estado, em vez de manter a titularidade estatal com mecanismos de mercado em relação aos delegatários, foi além, destitularizando a atividade, que passou a ser uma atividade privada regulada (mas não titularizada) pelo Estado, ou, se quisermos adotar outra nomenclatura, passou a ser uma *public utility*.<sup>78</sup>

<sup>77</sup> “Há uma diferença conceitual: enquanto a concessão é concebida como uma delegação do Estado de poderes a ele reservados, a licença é mais uma intervenção regulatória sobre poderes essencialmente privados” (PROSSER, Tony. *Law and Regulators*, Clarendon Press, Oxford, 1997, p. 290).

<sup>78</sup> Almiro do Couto e Silva acresce como razões dessa aproximação o déficit público dos países do *welfare state* e o predomínio ideológico do chamado neoliberalismo de Friederich von Hayeck e Milton Friedmann, ressaltando que “a principal questão, nesse debate, é a compatibilização do conceito comunitário de serviço de interesse econômico geral, de raiz marcadamente liberal e muito próximo da noção anglo-americana de *public utilities*, com o conceito francês de serviço público, também adotado por outros países europeus. É o que se pode chamar a segunda crise daquele conceito. Enquanto o serviço público é um conceito jurídico, o que está expresso no Tratado de Roma é de índole econômica, conformado pela ideia de mercado (designadamente do mercado comum), de que a livre concorrência é, em princípio, inafastável. Já se percebe que esse debate interessa ao Brasil, pois nosso conceito de serviço público, como já se disse, é fortemente influenciado pela noção francesa” (COUTO E SILVA, Almiro do. “Privatização no Brasil e o novo Exercício de Funções públicas por Particulares. Serviço Público à Brasileira?”,



Na verdade, os dois sistemas jurídicos se depararam no século passado com a impossibilidade política, econômica e tecnológica de manter os dogmas liberais, comuns a ambos, em relação a uma série de atividades econômicas especialmente sensíveis para a coletividade. Como solução, os países de nossa cultura jurídica empregaram a absorção pelo Estado de algumas dessas atividades, ao passo que os países da *common law* mantiveram-nas na esfera privada, mas sob forte regulação.

A aproximação verificada entre os sistemas do serviço público e das *public utilities* integra o quadro maior da aproximação da *common law* e da *civil law*, bastante fortalecida pelas circunstâncias, postas pela globalização, de liberdade de investimentos e sobrepujança do poder dos capitais privados, exigências historicamente bem mais consentâneas com a *common law* do que com o Direito europeu continental<sup>79</sup>, chegando alguns autores a considerar o Direito Norte-Americano (ou a *common law* em geral) o paradigma do Direito da globalização em razão de ser mais deferente com a liberdade de empresa<sup>80</sup>.

---

in *Revista de Direito Administrativo – RDA*. Ed. Renovar, vol. 230, pp. 48-49, 2002). Na Espanha se considera que a aproximação entre as noções de serviço público e *public utilities* se deve a três razões básicas: os setores que protagonizam essa adaptação são os mesmos, o surgimento na Europa e na América Latina de entidades reguladoras independentes e a globalização, com os seus desenvolvimentos tecnológicos e eliminação de barreiras nacionais (GARCÍA, Miguel Ángel Sendín. *Regulación y Servicios Públicos*, Editorial Comares, Granada, 2003, p. 19). “Não será necessário dizer que tal tendência está intimamente relacionada com a circunstância de haver os Estados Unidos, após a Segunda Grande Guerra Mundial e, mais fortemente ainda depois da queda do muro de Berlim, assumido posição hegemônica numa economia que hoje é globalizada” (COUTO E SILVA, Almiro do. “Privatização no Brasil e o novo Exercício de Funções Públicas por Particulares. Serviço Público à Brasileira?”, in *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Ed. Renovar, vol. 230, p. 48, 2002).

<sup>79</sup> Não se pode olvidar, contudo, que a influência é recíproca: “Mesmo conservando a sua estrutura absolutamente diversificada em relação ao sistema românico, o sistema do *common law* por aquele se deixou contaminar, de modo a admitir em seu ordenamento o gradual e substancial crescimento da lei abstrata, sendo que os métodos utilizados nos dois sistemas tendem a aproximar-se cada vez mais, verificado que a regra de direito tende a ser mais e mais aceita no *common law* e, quanto à substância, soluções muito próximas, inspiradas por uma mesma ideia de justiça, são muitas vezes dadas às questões pelo direito nos dois sistemas” (SANTOS NETO, João Antunes dos. “O Direito Administrativo nos Sistemas Romanístico e do *Common Law*”, in *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, vol. 9, p. 168). Quanto à crescente importância do direito legislado na *common law* e do precedente judicial na *civil law*, ver ASCARELLI, Tullio. “Norma Giuridica e Realtà Sociale”, in *Il diritto dell’economia – Rivista di Dottrina e di Giurisprudenza*, anno I, no 10, pp. 17-18, 1955.

<sup>80</sup> FERRARESE, Maria Rosaria. *Le Istituzioni della Globalizzazione*, Ed. Il Mulino, Bologna, 2000, pp. 96-99.

Essa maior afinidade da *common law* com a lógica econômica pode ser percebida inclusive nas obras jurídicas norte-americanas e inglesas sobre regulação, infinitamente mais permeadas de considerações econômicas que as suas congêneres europeias continentais e latino-americanas, o que levou o Reitor da Universidade de Paris I, YVES JEGOUZO, a vaticinar “não ser por acaso que a formação jurídica anglo-saxônica obtém melhores resultados na formação em Direito Econômico que a formação jurídica francesa. É porque a sua metodologia é bem mais adaptada para resolver as dificuldades que são encontradas no domínio econômico”<sup>81</sup>.

Como expõe MARIA ROSARIA FERRARESE, “a ideia de um ‘vazio’ jurídico produzido pelo processo capitalista na sua constante tendência à inovação conflita com a tradicional imagem de soberania, sobretudo nos países da Europa continental, onde os Estados tinham o monopólio da criação jurídica por via legislativa: em que o Direito era um ‘ pilar’ mais invasivo e estável que, embora reconhecendo espaços à autonomia privada, tinha ambições de governo da economia (...). Nos EUA o direito, ao revés, sempre cresceu de maneira desordenada e espontânea, sem se preocupar muito com ordem e coerência, inspirando-se muito mais em paradigmas factuais. Podemos identificar a principal razão desta espontaneidade e ‘desordem’ da vida jurídica do mercado no fato de que a intervenção jurídica nos Estados Unidos se deu principalmente sob o impulso direto dos particulares<sup>82</sup>. São os interesses privados que movem o sistema jurídico através da *judge-made law*, que é traçado nas Cortes em resposta aos conflitos de interesses entre privados que normalmente são determinados na vida econômica. Nos Estados Unidos sempre se falou de *facilitating law* para indicar um direito concebido como instrumento para facilitar as negociações privadas”<sup>83</sup>.

<sup>81</sup> JEGOUZO, Yves. Intervenção na *Huitième Journée Nationale du Droit*, transcrita na obra *La Formation des Juristes au Droit Économique*, LGDJ, Paris, 1999, p. 141.

<sup>82</sup> *Verbi gratia*, a mais importante razão que ensejou o surgimento das *agencies* norte-americanas foi, justamente, a insatisfação dos fazendeiros do meio-oeste com as companhias ferroviárias, até então livres de qualquer regulação (SCHWARTZ, Bernard. *American Administrative Law*, Sir Isaac Pitman & Sons Ltda., London, 1950, pp. 1-7). Em outros casos, foram os próprios agentes regulados que pleitearam a regulação para, por exemplo, terem o *right to pass* (assemelhado às nossas servidões administrativas) de passar sobre a propriedade de outros particulares.

<sup>83</sup> FERRARESE, Maria Rosaria. *Le Istituzioni della Globalizzazione*, Ed. Il Mulino, Bologna, 2000, pp. 96-97.

Tudo isso nos leva a afirmar que, ainda que subsista a distinção conceitual entre serviços públicos e *public utilities*, o estudo da regulação do exercício privado daqueles não mais pode prescindir de um profundo conhecimento da experiência norte-americana, sobretudo no tema da concorrência em setores regulados.

### 3.4. UNIÃO EUROPEIA: SERVIÇOS DE INTERESSE ECONÔMICO GERAL E SERVIÇOS UNIVERSAIS

A União Europeia está, sob determinados aspectos, efetuando um modelo de síntese entre a noção tradicional – francesa e latina – de serviço público, e a ideia anglo-saxônica de *public utilities*.

Na União Europeia a retração do espaço econômico público-estatal advém, além de questões gerais presentes em todo o Globo (déficit público, evoluções tecnológicas etc. – cf. Capítulo II), da integração econômica entre os países integrantes da União.

Sendo a maior parte dos serviços públicos atividades de grande interesse econômico então prestadas/exploradas por empresas estatais ou por concessionárias nacionais sob o regime de exclusividade, uma das primeiras medidas da consolidação da integração econômica europeia foi determinar, no art. 86 do Tratado Constitutivo da União<sup>84</sup>, que também estas atividades se sujeitassem às normas da concorrência, tornando ilegítimas as reservas de mercado (monopólios ou exclusividades) que os Estados nacionais estabeleciam em favor de empresas públicas ou privadas, seja por razões de interesse público, estratégico ou fiscal<sup>85</sup>.

<sup>84</sup> Artigo 86.1. No que respeita às empresas públicas e às empresas a que concedam direitos especiais ou exclusivos, os Estados-Membros não tomarão nem manterão qualquer medida contrária ao disposto no presente Tratado, designadamente ao disposto nos artigos 12º e 81º a 89º, inclusive. 2. As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse econômico 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 facto*, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afetado de maneira que contrarie os interesses da Comunidade. 3. A Comissão velará pela aplicação do disposto no presente artigo e dirigirá aos Estados-Membros, quando necessário, as diretivas ou decisões adequadas.

<sup>85</sup> “A exigência de respeito indiscriminado às regras da concorrência é motivada pela convicção de que ela é a mais idônea para evitar discriminações entre as empresas dos diversos países membros, possibilitando a superação de normas e tratamentos privilegiados, concernentes

LUIS MARTÍN REBOLLO analisa que “o serviço público, em sua acepção tradicional, pressupunha uma atividade que havia sido ‘retida’ pelo Estado, excluída do mercado, assumida a sua titularidade pelo Estado, ainda que a sua gestão pudesse ser concedida. Esse era o conceito comumente admitido entre nós de serviço público: um conceito orgânico e subjetivo (...). A liberalização pressupõe a ruptura de monopólios, a abertura ao mercado de atividades antes ‘retidas’ pelo Estado, e é imposta em numerosas ocasiões, não mais, pelo menos no nosso caso, por razões ideológicas, mas sim por força de normas do Direito Comunitário Europeu”<sup>86</sup>.

Note-se que as normas europeias não se posicionam em princípio contra a prestação de serviços públicos econômicos pelo Estado (apenas, eventualmente, indiretamente, pela imposição da redução do déficit público). O Estado pode continuar prestando o serviço, diretamente ou através de suas empresas, mas em concorrência com todas as demais empresas europeias que atendam aos requisitos mínimos para poder operar naquele setor, doravante um mercado<sup>87</sup>. A preocupação, portanto, da legislação europeia, não é a prestação estatal, mas sim a exclusividade, seja ela de uma empresa estatal ou de um concessionário privado. Não possui normas contra a atuação direta do Estado, desde que ela não impeça a concomitante prestação por outros agentes econômicos.

Reconhece o Tratado da União, no entanto, que há atividades cuja função de manutenção e promoção da interdependência social só pode ser atingida

---

sobretudo a empresas públicas” (AMIRANTE, Carlo. “I Servizi Pubblici fra Ordinamento Comunitario e Ordinamento Interno: regole di mercato e funzione sociale”, in *Unioni Sovranazionali e Riorganizzazione Costituzionale dello Stato*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2001, p. 40). Sob outra perspectiva, no sentido de que a Europa apenas catalisou as mudanças econômicas e tecnológicas mundiais, ver FOURNIER, Jacques. “La Teoria Francese del Servizio Pubblico e il Diritto Comunitario”, in *I Servizi a rete in Europa: concorrenza tra gli operatori e garanzia dei cittadini* (coord. Erminio Ferrari), Raffaello Cortina Editore, Milano, 2000, p. 10.

<sup>86</sup> REBOLLO, Luis Martín. “Servicios Públicos y Servicios de Interés General: la nueva concepción y operatividad del servicio público en el Derecho Administrativo Español”, in *Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo – Anais do Seminário de Direito Administrativo Brasil-Espanha*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003, pp. 102-103.

<sup>87</sup> “A verdade é que a sujeição normal dos serviços públicos às regras comunitárias sobre a concorrência aponta, também aqui, para a sua liberalização: o monopólio público deu lugar à liberdade de empresa e a gestão pública em regime de privilégio transformou-se numa gestão (pública ou privada) sujeita ao Direito comum” (OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública – O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Ed. Almedina, Coimbra, 2003, p. 300).

com restrições à concorrência. Nesses casos, cada Estado poderá, adotando as menores restrições possíveis à concorrência (elemento necessidade do Princípio da Proporcionalidade)<sup>88</sup>, retirar total ou parcialmente a atividade do âmbito da livre-iniciativa.

No âmbito jurisprudencial europeu, a Corte de Luxemburgo emitiu dois acórdãos que marcaram a afirmação das necessidades de serviço universal sobre a concorrência: no caso *Corbeau*, a Corte reconheceu a legitimidade da posição dominante dos correios belgas, explorados pela Administração Pública Direta, já que sem isto o equilíbrio econômico da empresa, obrigada a prestar serviços a preços módicos em todas as regiões do País, ficaria comprometida, considerando inclusive a exigência de praticar subsídios cruzados, com as atividades mais lucrativas financiando as deficitárias; no caso *D'Almeida* a Corte considerou, com base nos mesmos princípios, que a cláusula contratual de aquisição exclusiva que beneficiava uma empresa norueguesa regional de distribuição elétrica poderia ser considerada legítima se fosse o meio menos restritivo à concorrência que assegurasse o "fornecimento ininterrupto de energia elétrica na totalidade do território concedido, a todos os consumidores e distribuidores locais e nas quantidades que fossem necessárias, mediante tarifas uniformes e condições que não podem variar a não ser por critérios objetivos aplicáveis a todos os clientes"<sup>89</sup>.

GEORGES VLACHOS<sup>90</sup> enumera as seguintes condições jurisprudenciais cumulativas para que uma prestadora de serviço de interesse econômico geral

---

<sup>88</sup> "É sobre a base do princípio da proporcionalidade que foi considerado possível determinar um ponto de equilíbrio entre as exigências opostas do respeito aos princípios gerais de gestão (universalidade, igualdade, transparência, efetividade, funcionalidade, etc.) e da efetiva existência de obstáculos de fato e de direito intransponíveis, para superar o princípio da livre concorrência, realizando a 'missão' pública que se pretende, no caso específico, perseguir. (...) A Corte estabeleceu que as normas de exceção à concorrência devem não apenas ser objetivamente necessárias para perseguir o interesse geral invocado, como também deve ser demonstrado não ser possível realizar tal interesse aplicando regras menos restritivas à concorrência" (AMIRANTE, Carlo. "I Servizi Pubblici fra Ordinamento Comunitario e Ordinamento Interno: regole di mercato e funzione sociale", in *Unioni Sovranazionali e Riorganizzazione Costituzionale dello Stato*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2001, pp. 48-49).

<sup>89</sup> COX, Helmut. "Critères de Décision et Principes dans les Services Publics", in *Europe, Concurrency et Service Public*, Ed. Masson/Armand Colin, Paris, 1995, pp. 25-26.

<sup>90</sup> VLACHOS, Georges. *Droit Public Économique Français et Européen*, 2<sup>a</sup> ed., Armand Colin, Paris, 2001, pp. 217-222.

possa ser excepcionada das normas comunitárias de concorrência: 1) a empresa deve estar encarregada da prestação da atividade em razão de um ato do poder público, como uma concessão ou outorga, não sendo suficiente uma simples autorização para exercício de uma atividade privada; 2) a atividade deve satisfazer necessidades importantes para a coletividade, o que normalmente é associado à existência de obrigações de serviço público ou universal; e 3) que o cumprimento das regras de concorrência comprometa a realização da sua missão.

Note-se que o serviço público é apenas uma das figuras adotadas por Estados europeus – de regra os latinos – para assegurar a prestação de determinadas atividades de grande relevância para a coletividade; da mesma forma como no Reino Unido há as *public utilities*, na Alemanha a *Daseinsvorsorge*, nos países nórdicos os “serviços sociais” etc<sup>91</sup>.

Observando o Princípio da Subsidiariedade em sua feição horizontal (entre Entes políticos), a União Europeia não extinguiu a figura jurídica do serviço público, mas, por outro lado, não a impôs. “É sem dúvida mais adequada a preocupação de adotar um vocabulário independente de conotações nacionais, diferentes de um Estado-membro a outro, e de forjar conceitos que não se identificam necessariamente com as noções tradicionalmente utilizadas na cultura jurídica dos diferentes Estados-membros.”<sup>92</sup>

Em outros termos, a União Europeia colocou como regra a concorrência, ainda que se trate de serviço de interesse econômico geral, mas, quando for necessária a restrição à concorrência para atender a necessidades de interesse comum, via de regra de prestação dos serviços com universalidade (para todas as camadas sociais e áreas geográficas), os Estados poderão, cada um, adotar as medidas jurídicas aptas a tanto, inclusive a qualificação da atividade como serviço público<sup>93</sup>.

<sup>91</sup> Quanto às diversas caracterizações das atividades elementares para a coletividade – em relação às quais o Estado não pode ficar omissa – nos vários sistemas políticos e culturas europeias, ver a obra comparativa coordenada por MODERNE, Frank e MARCOU, Gérard. *L’idée de Service Public dans le Droit des États de L’Union Européenne*, L’Harmattan, Paris, 2001.

<sup>92</sup> SIMON, Denys, *apud* JUSTEN, Mônica Spezia. *A Noção de Serviço Público no Direito Europeu*, Ed. Dialética, São Paulo, 2003, p. 177.

<sup>93</sup> Cf. RACHLINE, François. *Services Publics, Économie de Marché*, Presses de Sciences Po., Paris, 1996, p. 70. “Na comunicação de janeiro de 2001 a Comissão afirma que serviço público supõe

Desta posição não compartilham alguns doutrinadores, que sustentam que o Tratado da UE e a própria realidade socioeconômica teriam abolido a noção de serviço público, existindo atualmente na Europa apenas os chamados serviços de interesse econômico geral, de conteúdo bem mais fluido e *soft*, muito semelhantes às *public utilities* anglo-saxônicas por constituírem atividades da iniciativa privada, sujeitas à livre concorrência, mas submetidas a uma forte regulação estatal, muito semelhante aos serviços públicos funcionais ou objetivos, ou seja, definíveis não por seu vínculo com a Administração Pública, mas sim por sua ligação com a realização de interesses públicos<sup>94</sup>.

A nosso ver, a analogia é correta apenas enquanto as restrições à concorrência não se impuserem por razões de interesse público, caso em que a

---

uma atividade de interesse geral que acarreta certas obrigações, denominadas justamente de 'obrigações de serviço público', que as autoridades podem impor em escala nacional ou regional. Os serviços de interesse geral se referem às atividades, públicas ou privadas, que cumprem missões de interesse geral e estão, por isso, submetidas a obrigações de serviço público em atenção a razões diversas que plasam valores coletivos assumidos em comum: a coesão social, o meio ambiente, a proteção dos consumidores, a igualdade social, a garantia de um mínimo de bem-estar. Podem abarcar todos os serviços 'de mercado e não de mercado' que as autoridades considerem ser de interesse geral. Finalmente, serviços de interesse econômico geral, que é a expressão utilizada no art. 86 do Tratado, são os serviços de mercado aos quais são impostas obrigações de serviço público em virtude ou em atenção a interesses gerais e que costumam ser os serviços de rede (transportes, energia, comunicações...). Com estas linhas, esboçadas em 1996 e em 2001, a situação atual avança, pois, para a busca de uma noção comum de serviço público ou de serviço de interesse econômico geral comunitário, já que, atualmente, ainda se entende que são os Estados os encarregados de defini-los, sem prejuízo do controle das instituições comunitárias para que não seja desvirtuada, por via da exceção, a ideia primária de mercado. Entretanto, se abriu espaço, como complemento da liberalização, para um novo conceito, uma nova ideia, a de 'serviço universal, definida como o conjunto de exigências mínimas que devem ser impostas às empresas que prestem atividades de interesse geral para garantir a todos certas prestações básicas de qualidade e de preços acessíveis.' (REBOLLO, Luis Martín. "Servicios Públicos y Servicios de Interés General: la nueva concepción y operatividad del servicio público en el Derecho Administrativo Español", in *Uma Avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo – Anais do Seminário de Direito Administrativo Brasil-Espanha*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003, pp. 107-108).

<sup>94</sup> Odete Medauar assim narra a controvérsia: "Um grupo de autores espanhóis (...) afirma que o serviço público morreu, devendo-se rechaçar a titularidade estatal de atividades; deve-se pensar em prestações a serem garantidas e não em reserva de setores de atividades. No entanto, os mesmos autores observam: são prestações concretas, de caráter básico e universal (a meu ver, tais prestações continuam a ser serviços públicos)" (MEDAUAR, Odete. "Serviços públicos e Serviços de Interesse Geral", in *Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo – Anais do Seminário de Direito Administrativo Brasil-Espanha*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 120).

atividade poderá tomar diversas formas, a depender das tradições jurídicas de cada país: na Inglaterra realmente uma *public utility*; mas na França um serviço público etc.

RODRIGO GOUVEIA sustenta que “o conceito de serviço público não coincide com o de serviço de interesse geral. De fato, os serviços de interesse geral não são uma tarefa por cujo exercício a Administração seja responsável, ele poderá ser prestado por entidades privadas. Aliás, é precisamente pelo fato de considerar que a Administração Pública deixou de ser responsável pela execução desses serviços que nasce o conceito de serviço de interesse geral para preencher o ‘vazio conceitual’ deixado. É claro que os serviços públicos são atividades de interesse geral, uma vez que revestem um caráter de essencialidade para os cidadãos, mas não é esse o aspecto determinante para a sua qualificação. Podemos então afirmar que os serviços públicos são serviços de interesse geral executados pelo Estado ou pelos poderes públicos. Por outras palavras, o conceito de serviços de interesse geral abarca o conceito de serviço público. Não obstante, os termos ‘serviço público’ e ‘exigência de serviço público’ têm sido utilizados para designar os princípios e obrigações que visam assegurar o acesso de todos os cidadãos a esses serviços. Por outras palavras, o conceito de serviço público tem sido utilizado, ora em sentido subjetivo – atividades prestadas pelo Estado (ou seus concessionários) –, ora em sentido objetivo – designando os princípios de serviço universal”<sup>95</sup>.

Por sua vez, “Christian Stoffaës afirma poder se representar o ‘serviço universal’ e o ‘serviço de interesse econômico geral’ através de dois círculos concêntricos. Nessa metáfora visual, o menor seria quase um nó, traduzindo o campo de abrangência do serviço universal. O círculo maior, que o envolveria, seria o âmbito dos ‘serviços de interesse econômico geral’ (...). “Resulta claramente que o serviço de interesse econômico geral (...) está dividido em duas partes diversas, semelhantes a dois círculos concêntricos, quais sejam, a área interna do círculo (a do serviço universal) corresponde à parte antieconômica da

<sup>95</sup> GOUVEIA, Rodrigo. *Os Serviços de Interesse Geral em Portugal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 21, *excursus* nosso. O autor acresce ainda que os serviços de interesse econômico geral seriam uma espécie de serviço de interesse geral, referível apenas às atividades que tenham conteúdo econômico, não cultural ou social (ob. cit., p. 22).



atividade regida pelas normas de Direito Público; a área externa (a econômica) sujeita às regras comuns do mercado.<sup>96</sup>

Para CARLO AMIRANTE<sup>97</sup>, “a Comunidade destaca a obrigação para os Estados-membros de fixar, pelo menos em setores claramente essenciais para a convivência civil e a vida social, um preço acessível a todos os usuários, independentemente do contexto territorial. No que diz respeito à prestação efetiva dos respectivos serviços, ‘ela permanece flexível, na medida em que o seu conteúdo é progressivamente determinado em função das características estruturais e técnicas e das exigências próprias de cada setor’. Isto adviria, segundo a Comissão Europeia, da própria concepção de serviço universal que, embora sendo expressão de sentido inconfundível, é ‘ao mesmo tempo evolutiva enquanto deve adequar-se aos desenvolvimentos tecnológicos, às novas exigências do interesse geral e às necessidades dos usuários’. Em termos concretos, para a Comissão isso significa deixar aos Estados-membros uma notável liberdade de escolha, seja no que diz respeito à instrumentalização necessária à organização de tais serviços, seja pela dimensão do interesse público de caráter geral que poderia induzir a ampliação dos serviços públicos considerados universais”.

TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO afirma que “o conceito de serviço universal ou de serviço básico, que é utilizado sem parcimônia nos documentos comunitários (...), parece ser mais um objetivo; mas sendo um objetivo, não é uma técnica, não é a forma de se atingir esse objetivo; é simplesmente a manifestação da necessidade legítima de que essa extensão universal do serviço se produza. Todavia, a maneira como se buscará realizar essa extensão universal não parece estar na ideia de serviço universal, que é mais um objetivo que pode justificar um regime especial, mas sem que ele implique necessariamente que sempre deva ser assim.<sup>98</sup>

Note-se que a preocupação preponderantemente econômica existente no início da União Europeia, e que indubitavelmente foi fundamental para a sua

<sup>96</sup> JUSTEN, Mônica Spezia. *A Noção de Serviço Público no Direito Europeu*, Ed. Dialética, São Paulo, 2003, pp. 196-197.

<sup>97</sup> AMIRANTE, Carlo. “I Servizi Pubblici fra Ordinamento Comunitario e Ordinamento Interno: regole di mercato e funzione sociale”, in *Unioni Sovranazionali e Riorganizzazione Costituzionale dello Stato*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2001, p. 45.

<sup>98</sup> QUADRA-SALCEDO, Tomás de la. *Liberalización de las Telecomunicaciones, Servicio Público y Constitución Económica Europea*, Madrid, 1995, p. 20.

consolidação, foi cedendo espaço, pela própria expansão do escopo da União Europeia, para uma visão garantística e de cidadania europeia, na qual a ideia do interesse geral a ser assegurado por determinadas atividades é cada vez mais forte, passando a haver alusão específica a serviços públicos em vários documentos comunitários<sup>99</sup>, inclusive, de certa forma, na Carta Europeia de Direitos Fundamentais<sup>100</sup>.

Como observa MARCELLO CLARICH, “a necessidade de expandir o âmbito dos interesses da comunidade para além daqueles estritamente econômicos já era há muito sentida em nível comunitário. O Tratado de Maastricht de 1992 já havia reformulado o art. 2º do Tratado CE, atribuindo à Comunidade Europeia (não por acaso, não mais apenas ‘Econômica’, adjetivo retirado da denominação) a função de promover não só o desenvolvimento harmonioso das atividades econômicas, mas também aquela de realizar a ‘coesão econômica e social’”<sup>101</sup>.

Nas sucessivas referências comunitárias à “coesão” deve ser cogitada a influência das ideias de DUGUIT de interdependência e solidariedade social, demonstrando que as novas nomenclaturas europeias podem não estar tão distantes assim do espírito da noção francesa de serviço público, e que, muito pelo contrário, podem estar imensamente afinadas pelas mesmas preocupações e objetivos, mas em uma conjuntura diversa.

<sup>99</sup> A primeira vez foi “no art. 77 do Tratado de Roma, no tocante à política comum de transportes, autorizando certos auxílios” (MEDAUAR, Odete. “Serviços Públicos e Serviços de Interesse Geral”, in *Uma Avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo – Anais do Seminário de Direito Administrativo Brasil-Espanha*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 119). A respeito da referência a “serviços públicos” na legislação e documentação europeias, muito em razão das pressões francesas, ver REBOLLO, Luis Martín. “Servicios Públicos y Servicios de Interés General: la nueva concepción y operatividad del servicio público en el Derecho Administrativo Español”, pp. 104 e segs.; e BAQUER, Lorenzo Martín-Retortillo. “Actualidad de los Servicios Públicos”, pp. 74 e segs., ambos artigos constantes da mesma obra coletiva *Uma Avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo – Anais do Seminário de Direito Administrativo Brasil-Espanha*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003.

<sup>100</sup> Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: Art. 36. *A União reconhece e respeita o acesso aos serviços de interesse econômico geral, tal como dispõem as legislações e práticas nacionais, em conformidade com o Tratado Constitutivo da Comunidade Europeia, com a finalidade de promover a coesão social e territorial da União.*

<sup>101</sup> CARICH, Marcello. “Servizi Pubblici e Diritto Europeo della Concorrenza: l’esperienza italiana e tedesca a confronto”, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, vol. 1, p. 98, 2003.

HUBERT-GÉRALD HUBRECHT, afirma que DUGUIT está na base de todas as discussões contemporâneas sobre os serviços públicos, já que o principal elemento caracterizador dos serviços de interesse econômico geral é a existência de encargos que não existiriam se a empresa fosse levar em conta apenas os seus próprios interesses econômicos. Afirma, todavia, que, “na busca de um compromisso entre as finalidades de solidariedade e de competitividade, não é menos verdadeiro que as exigências de coesão social figurem, no Direito Europeu, como exceção à regra (de concorrência), ao passo que no Direito Público francês elas são o próprio fundamento do Estado”<sup>102</sup>.

---

<sup>102</sup> HUBRECHT, Hubert-Gérald. *Droit Public Économique*, Dalloz, Paris, 1997, pp. 162/175. Gérard Marcou também parece ter chegado a essa mesma conclusão, ao indagar: “Com a noção de interesse geral retornamos à noção subjetiva de serviço público, (...) a qual, paradoxalmente, parece levar à interpretação positivista do pensamento duguista? Onde DUGUIT concluía que ‘o serviço público é o fundamento e o limite do poder governamental’, JÈZE, praticamente, invertia a proposição: ‘são serviços públicos apenas as necessidades de interesse geral que o governo de um país determinado, em um momento determinado, decidiu satisfazer pelo regime do serviço público’. Para JÈZE, o serviço público não é mais uma necessidade, ele é um regime. Para o Direito comunitário, ele é, no domínio das atividades econômicas, regime jurídico que só pode ser adotado se demonstrada a necessidade para tanto, já que ele derroga as regras da concorrência” (MARCOU, Gérard. “De l’Idée de Service Public au Service d’Intérêt General”, in *L’Idée de Service Public dans le Droit des États de L’Union Européenne* [org. MODERNE, Frank e MARCOU, Gerard]. L’Harmattan, Paris, 2001, pp. 382-383).