

O conceito de serviço público e as transformações do Estado contemporâneo

Andrea Nárriman Cezne

Sumário

1. Introdução. 2. Noção de serviço público no direito brasileiro. 3. Conceito de serviço público no direito francês. 4. As transformações no papel do Estado contemporâneo e o Estado brasileiro. 4.1. As privatizações no Brasil e seus reflexos no direito administrativo. 4.2. Observações sobre os serviços de interesse público. 5. Conclusão.

1. Introdução

O presente trabalho busca realizar uma discussão sobre o conceito de serviço público, a partir da perspectiva de análise das transformações do papel do Estado e de suas características, mudanças essas acentuadas a partir do fim do século XX, com a crise do Estado de Bem-Estar Social. Conforme Bucci (2002, p. 1):

“Com a grande crise econômica mundial dos anos 70, após os dois choques do petróleo, em 1973 e 1977, e o rompimento do sistema de equilíbrio cambial formulado pelo Acordo de Bretton-Woods, que definira a configuração do cenário político-econômico internacional durante a Guerra Fria, em 1979, encerrava-se um ciclo da vida político-econômica no mundo e junto com ele a era de ouro que se seguiu ao fim da Segunda Guerra Mundial. O Estado de bem-estar social fora implementado com os excedentes de produção desse período, provedor de direitos sociais numa fase de

Andrea Nárriman Cezne é Doutoranda no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (PPGD-UFRGS). Professora do Centro Universitário Franciscano – UNIFRA (Santa Maria, RS).

crescimento da economia capitalista no mundo (...). Fosse pela súbita alteração da dinâmica financeira, ou pela incapacidade das instituições de adaptar-se ao acelerado ritmo de transformação social e econômica, não era mais possível manter a equação que relacionava economia, política e direitos nos mesmos termos que no período dos trinta anos do pós-guerra”.

Como resposta a essa crise, foi elaborado um conjunto de reformas, tanto no próprio aparato estatal, como na retirada de direitos sociais e modificação da atuação estatal ligada a esses direitos. As reformas enfatizaram especialmente a necessidade de redução do papel do Estado como interventor sobre as relações econômicas e sociais, propagando que a atuação do mercado seria sempre mais eficiente que a ação estatal, e mais, que a sociedade necessitaria de uma maior participação na vida pública, dominada inteiramente pela figura de um Estado paternalista e ultradimensionado.

Conforme já exposto, portanto, a crise do modelo do *Welfare State* refletiu-se na instauração de uma série de reformas na Europa e Estados Unidos, posteriormente importadas pelos países semiperiféricos e periféricos desejosos de modernizar seu aparato estatal, a fim de atrair maiores investimentos estrangeiros e buscar crédito no Fundo Monetário Internacional (FMI) e, para tanto, as reformas foram realizadas segundo os critérios estabelecidos pelo mesmo para adequação econômica. O maior objetivo desta era a renegociação da dívida pública, visando realizar o pagamento de suas dívidas externas a longo prazo. Foi atingido por essas reformas o cerne do aparato estatal, especialmente as áreas sociais, como a área previdenciária e trabalhista, e também a área tributária foi reformulada. Nesse sentido, a readequação do direito administrativo, em especial do regime jurídico dos serviços públicos representava um importante passo estratégico. Somente com a reformulação desse regime puderam ser realizadas

as privatizações, corporificando a abertura de vários setores, como o de serviços essenciais e de redes de suporte a esses serviços (exemplificados pelo setor de telefonia e pelas redes de transmissão de energia elétrica), antes totalmente fechados à iniciativa privada em geral, ou a empresas estrangeiras. Obviamente, esse processo exigiu a criação de todo um aparato normativo diferenciado, a fim de regulamentar esses serviços, garantindo a manutenção de sua prestação de acordo com os pressupostos basilares do sistema, como a continuidade e universalidade do serviço público.

Destarte, essa reformulação do aparato estatal e sua concretização por meio de um novo complexo normativo refletiram-se em todo o campo do direito administrativo, e passou a exigir um novo modelo conceitual doutrinário que pudesse apreender essas realidades, contextualizá-las e modificar conceitos já arraigados no campo doutrinário. Malgrado a discussão perene existente sobre a definição de serviço público, e a divergência doutrinária sobre os critérios utilizados para defini-lo, pode-se dizer que a reformulação do aparato estatal é o acontecimento mais relevante do direito administrativo dos últimos anos e que, nesse contexto, torna-se especialmente relevante a reflexão sobre o conceito de serviço público.

A fim de realizar essa discussão, investigaram-se as linhas básicas da doutrina brasileira, para formular um conceito inicial, e partiu-se em busca da origem dos conceitos criados pelo modelo francês, já que este foi o grande inspirador do modelo administrativo brasileiro. Relembrados alguns conceitos básicos sobre serviço público, algumas questões referentes à modificação do papel do Estado foram referidas, como a questão das privatizações, da nova relação do Estado com entes públicos não-estatais, e a proposta de um novo modelo relacional entre Estado e sociedade civil, a partir da utilização de princípios como o da subsidiariedade da atuação estatal. Por fim, procurou-se brevemente tratar de confluir todos

os temas trabalhados, tratando das transformações do papel do Estado no limiar do século XXI e sua influência na conceituação de serviço público.

Ressalta-se aqui que o presente trabalho não pretendeu aprofundar nenhum dos temas referidos, mas criar uma teia conceitual, cujo número de questões é muito maior que o de respostas. Afinal, os problemas apresentados encontram-se em discussão e evolução, e não se pretende vê-los estabilizados em curto prazo. Mais do que isso, talvez seja necessário que se abandone a busca de certeza e estabilidade, tão caros ao jurista, em um mundo complexo e mutável. Procuraram-se aqui dividir algumas das perplexidades causadas por esse admirável mundo novo, perplexidades essas relacionadas às mudanças ocorridas em um ente tão caro aos publicistas: o Estado.

2. Noção de serviço público no direito brasileiro

Inicialmente, deve-se buscar conceituar a partir da máxima norma positivada do ordenamento jurídico, a Constituição. Referindo-se aos serviços públicos, o arrolamento dos mesmos se encontra presente nos artigos 21. *In verbis*:

Art. 21. Compete à União: (...)

X – manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;

XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens;

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articu-

lação com os Estados onde se situam os potenciais energéticos;

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, e os limites de Estado ou Território;

e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

XV – organizar e manter os serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional;

XXII – executar os serviços de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;

XXIII – explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:

a) toda atividade nuclear em território nacional somente será admitida para fins pacíficos e mediante aprovação do Congresso Nacional;

b) sob regime de concessão ou permissão, é autorizada a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos medicinais, agrícolas, industriais e atividades análogas;

c) a responsabilidade civil por danos nucleares prescinde de culpa;

Art. 25, § 2º: Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.

O artigo 173 disciplina o exercício de atividade econômica pelo ente estatal, ou seja, os limites para a intervenção direta do Esta-

do na economia, conforme exposto no *caput* do referido artigo: “Ressalvados os casos previstos nessa Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”. Ainda na ordem econômica, o artigo 177 traz as atividades específicas que eram de monopólio da União, mas que, a partir da Emenda Constitucional nº 9, passaram a poder ser realizadas por empresas estatais e privadas, mediante condições estabelecidas em lei específica. Somente se manteve como monopólio o previsto no inciso V (a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados). Também os artigos 196, 199, 203, 204, 205 e 209 tratam de serviços, estes de interesse público (saúde e educação) que são prestados pelo Estado juntamente com a iniciativa privada, devendo ser fiscalizados pelo poder público.

Buscando uma compreensão ampla do fenômeno, serviço público abrangeria toda e qualquer prestação estatal, incluindo desde as atividades essenciais do Estado, como a jurisdição e segurança pública, até atividades econômicas em que haja atividade estatal (Cf. MARQUES NETO, 2002, p. 18). Poder-se-ia questionar aqui a utilidade de um conceito tão amplo, e se a busca for por uma conceituação mais exata e estrita, será necessário definir sob quais critérios esta será feita.

Uma conceituação adequada de serviço público envolve delimitar entre atividades diversas características comuns que possam ser diferenciadas de outras atividades (econômicas ou não). A eleição de critérios pela doutrina varia em um amplo espectro: de conceitos estritamente formais (considerando o regime jurídico dessas atividades) a conceitos materiais (buscando características próprias da atividade em si que a diferenciem, independentemente do tratamento jurídico), passando pela utilização de

conceitos mistos. Geralmente, três grandes critérios são utilizados, herança da doutrina francesa (Cf. MESCHERIAKOFF apud JUSTEN, 2003, p. 60): 1) o critério orgânico, que distingue a atividade pela presença do ente público na prestação do serviço; 2) o critério material, ou seja, de ser a prestação destinada ao povo, de interesse coletivo; e 3) o critério formal, ligado à submissão ao regime jurídico de direito público.

No sentido do problema da escolha entre os critérios apontados, Lúcia Valle Figueredo (2003, p. 75) refere a existência de grandes divergências na doutrina, a respeito da conveniência da aplicação de um dos critérios, e sobre qual deles seria o correto, ou se mais adequada seria a utilização de vários critérios. Critica a aplicação de um critério unicamente orgânico, uma vez que o serviço não deixará de ser público se exercido por pessoa jurídica de direito privado. No seu entender, o regime jurídico aplicável é o critério mais adequado, uma vez que se exige que a atividade prestada esteja submetida ao regime de direito público, a exemplo das permissionárias ou concessionárias de serviços públicos, nos termos da Lei 8.997/95. O conceito aqui utilizado conjuga vários critérios (FIGUEREDO, 2003, p. 78-79):

“Serviço público é toda atividade material fornecida pelo Estado, ou por quem esteja a agir no exercício da *função administrativa* se houver permissão constitucional e legal para isso, com o fim de implementação de deveres consagrados constitucionalmente relacionados à utilidade pública, que deve ser concretizada, sob regime prevalente de *Direito Público*”.

Como critérios de verificação do conceito, poder-se-ia utilizar a competência constitucionalmente prevista (acima elencada), e, dessa forma, traçar um quadro geral, no qual se distinguem: 1 – serviços públicos (aqueles elencados pelos artigos 21 e 25, supra citados); 2 – atividades de interesse público (como saúde e educação) que podem ser exercidas tanto sob regime público

como sob regime privado; 3 – atividades de intervenção do Estado na economia, ou seja, de exercício de atividades econômicas *stricto sensu* pelo Estado; e 4 – exercício de atividade econômica pela iniciativa privada. Aqui não se estabelece uma distinção apriorística entre serviço público e atividade econômica *lato sensu*, mas, a partir do gênero atividade econômica, estabelecem-se quatro espécies: uma atividade privada, que é a regular, e três outras atividades públicas, que são excepcionais, entre as quais estão elencados os serviços públicos (Cf. MOREIRA NETO apud FIGUEREDO, 2003, p. 80). Conclui-se que mesmo a atividade econômica cometida ao Estado como um serviço público é ainda vocacionada à colaboração do setor privado, pois não perderia sua caracterização como atividade lucrativa.

Também Eros Roberto Grau distingue o gênero – atividade econômica – apresentando como espécies a atividade econômica *stricto sensu* e o serviço público. Nem toda a atividade exercida pelo Estado representará necessariamente serviço público, visto que é possível a intervenção do Estado no campo econômico *stricto sensu*. A definição do autor de serviço público é a seguinte:

“(…) é o tipo de atividade econômica cujo desenvolvimento compete *preferencialmente* ao setor público. Não ‘exclusivamente’ – note-se –, visto que o setor privado presta serviço público em regime de concessão ou permissão. Desde aí poder-se-á também afirmar que o *serviço público* está para o setor público assim como a *atividade econômica* está para o setor privado”.

(GRAU, 2001, p. 250).

A distinção baseia-se na idéia segundo a qual serviços públicos privativos seriam aqueles cujo exercício somente poderia se dar por meio de regime de concessão. Grau elenca como serviços públicos não-privativos a saúde e a educação, agrupando-os como atividades que têm por substrato atividade econômica, podendo tanto ser desenvolvidas pelo Estado como pela iniciativa privada.

Ainda sobre a questão dos critérios, observe-se que o critério puramente orgânico não pode ser incorporado como absoluto, porque o Estado pode explorar atividades pertencentes ao campo da atividade econômica em sentido estrito (a exemplo das atividades do art. 177 da CF/88). Outrossim, a adoção de um critério puramente formalista resultaria em problemas. A mera atribuição de determinada competência ao Estado não transforma a atividade em serviço público, reconhecendo-se, portanto, que o legislador não pode fixar arbitrariamente o que seja serviço público. Se houvesse a consagração somente do critério do regime jurídico aplicável à atividade, estar-se-ia violando a Constituição, que traz também um critério material de identificação, referente à atividade específica (Cf. GRAU, 2001).

De acordo com Couto e Silva (2002, p. 47), dos três requisitos anteriormente exigidos na conformação de serviço público, ou seja, 1) ser o serviço de interesse geral (ou utilidade pública), 2) ser prestado pelo Estado e 3) sob regime especial de direito público, somente sobreviveu o interesse geral do serviço, e os outros dois critérios já sofreram enormes modificações. Observa que, na recente doutrina francesa, “a concepção mais moderna é de que o regime jurídico é totalmente irrelevante para a caracterização dos serviços públicos. Estes se definem apenas pelo fim de interesse geral que perseguem e o vínculo orgânico, direto ou indireto, com o Estado”.

É pertinente aqui indagar sobre a aplicação do critério formal como decisivo, que tem como um de seus defensores mais significativos na doutrina brasileira Celso Antonio Bandeira de Mello (1998, p. 433). De acordo com o mesmo, o elemento formal (o regime de Direito Público) seria essencial, pois de outra forma o conceito do que seja serviço público não seria mais um conceito útil:

“Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente

pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, *sob um regime de Direito Público* – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e restrições especiais – instituído pelo Estado *em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo*”.

Somente o critério formal seria de alguma utilidade juridicamente, pois, se utilizado o conceito material, baseado na prestação de uma utilidade ou comodidade fruível pelo administrado, não haveria forma de controlar, delimitar claramente o que seria serviço público ou não (Cf. MELLO, 1998). Seria insuficiente para uma definição jurídica porque poderia supostamente existir o substrato material sem a noção jurídica de serviço público propriamente, nesse caso classificando-se a atividade, conforme o autor, como *serviço governamental*. Bandeira de Mello também diferencia serviços públicos e exploração estatal de atividade econômica, tratando esta última como atividade desempenhada basicamente sob regime de Direito Privado, e mais, relacionando-a diretamente à atividade própria dos particulares. A distinção estaria já clara no próprio artigo 173 da Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre o exercício de atividade econômica pelo Estado somente em casos excepcionais (imperativos da segurança nacional ou interesse público relevante), visto que as atividades seriam naturalmente vocacionadas à iniciativa privada. Nesse caso, não se trataria de serviço público, mas de serviço governamental.

Mais do que isso, na verdade, o Estado poderia qualificar qualquer atividade como serviço público, colocando-a ao abrigo do regime de direito público, desde que respeitasse os limites traçados pela Constituição. Entretanto, o próprio autor reconhece que a CF/88 não definiu o que seja atividade econômica, portanto os limites para a qualificação estariam sujeitos somente ao “sentido comum da expressão” (MELLO, 1998, p. 444).

Verdadeiramente, coloca-se a qualificação como serviço público sob a vontade do legislador, já que não há limites substanciais na Carta Magna, e a identificação somente se dará pelo regime jurídico aplicável. A própria utilidade de um conceito de serviço público, que termina por se colocar à mercê do critério subjetivo da “vontade do legislador”, passa a ser questionável. Torna-se, portanto, problemática essa noção de serviço público, mormente os avanços ocorridos no campo do Direito Administrativo, que há muito já abandonou a vinculação de serviço público unicamente ao regime jurídico de direito público. Trazem-se à colação, nesse sentido, as críticas traçadas por Almiro do Couto e Silva (2002, p. 47):

“O que, com todo o respeito, não me parece aceitável, por destoante da realidade do nosso tempo e até mesmo do ordenamento jurídico brasileiro, é a bem conhecida posição de Celso Antônio Bandeira de Mello, que só considera serviço público o que seja prestado sob regime de direito público. Isso implica dizer que só os serviços administrativos são serviços públicos, expelindo-se do conceito os de natureza industrial e comercial, que, por subordinados a regime predominante de direito privado, seriam classificados, se bem compreendo o pensamento do ilustre mestre paulista, como ‘serviços governamentais’ (MELLO, 2001, p. 602). Tais serviços, embora presente o vínculo orgânico com o Estado e conquanto prestados no interesse geral, não seriam serviços públicos. Mas que natureza teriam? Seriam atividades puramente econômicas do Estado, em tudo igual a que indivíduos desempenham? Como explicar as regras constitucionais que as tratam como serviços públicos (p. ex., os incisos XI e XII, do art. 21)?”.

Destaca Couto e Silva (2002) que o regime jurídico é um importante elemento, em algumas hipóteses decisivo, para saber se

determinada atividade, que guarde vínculo orgânico com o Estado, é serviço público. Ou seja: se o regime for de direito público, certamente se tratará de serviço público, mas o contrário não é verdadeiro: nos serviços públicos de natureza industrial e comercial, o regime jurídico não é puramente de direito público, não obstante poderem ser qualificados como serviços públicos. Conclui-se que o regime jurídico é importante indicador, mas não pode ser o único determinante da qualificação.

Observando-se a doutrina, percebe-se que a maioria dos conceitos construídos são de caráter misto. A exemplo, vejam-se os seguintes: “serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado” (MEIRELLES apud MORAES et al, 1996, p. 71); “(...) representam atividades associadas à satisfação de necessidades sociais, revelando um caráter de essencialidade vinculado, principalmente quando se configuram como redes de infraestrutura, à garantia de suporte à atividade econômica e ao atendimento de requisitos específicos da produção” (CARVALHO, 2002, p. 17); “atividades dotadas de conteúdo econômico, revestidas de especial relevância social, cuja exploração a Constituição ou a Lei cometeu à titularidade de uma das esferas da federação como forma de assegurar o seu acesso a toda gente, permanentemente” (MARQUES NETO, 2002, p. 18); “(...) para qualificação de um serviço como público, a par do interesse geral a que se destina a satisfazer, é indispensável a existência de um vínculo orgânico entre ele e o Estado. Este é o titular do serviço, muito embora sua gestão possa ser transferida a particulares” (SILVA, 2002, p. 45). Elementos comuns nas definições são o vínculo orgânico (mesmo que mediato) e o elemento material, presentes nessas definições apresentadas, e consagrados por grande parte da doutrina. De qualquer forma, percebe-se

que é extremamente difícil, perante a multiplicidade de elementos, uniformizar o conceito de serviço público. Some-se a isso uma importante questão de ordem conjuntural: as modificações vividas pelo direito administrativo brasileiro nesse campo, especialmente a partir do final da década de 80.

É necessário que se utilize uma concepção de serviço público que possa identificar a atividade, mas se mantenha adequada a todas as mudanças atuais e futuras do direito administrativo. Essas mudanças, desde a intervenção do Estado na economia, especialmente após a Primeira Guerra Mundial, até a recente onda de privatizações e o retorno de institutos como a concessão e outros semelhantes (que permitam aos particulares exercerem serviços públicos privados), trouxeram consigo questionamentos sobre qual seria o conceito de serviço público, e mais ainda: qual o papel do conceito de serviço público no campo do direito administrativo, hoje. A crise anunciada pela doutrina já há algum tempo (desde a década de 50) não diminuiu a importância do conceito dentro do direito administrativo.

A fim de discutir o conceito de serviço público em suas raízes históricas, e revisando o modelo estrangeiro que mais influenciou o arcabouço administrativo brasileiro, deve-se fazer uma breve revisão dos conceitos de serviço público utilizados na doutrina francesa.

3. Conceito de serviço público no direito francês

O direito administrativo francês foi a grande inspiração do direito administrativo brasileiro na sua formação, e sua influência não teve paralelos até recentemente, quando, a partir dos processos de privatizações e reforma do aparato estatal, houve uma aproximação com o modelo norte-americano¹. Nesse processo, a conceituação de serviço público pela doutrina brasileira baseou-se essencialmente nos conceitos discutidos no contexto francês.

Na França, o conceito de serviço público, mais do que um mero conceito jurídico, “tem *status* de verdadeiro mito na história social da França, que está vinculado aos fundamentos do Estado, além de representar um elemento de coesão social” (CHEVALLIER apud JUSTEN, 2003, p. 18). O serviço público está relacionado com a justificativa de existência do próprio Estado, e relaciona-se à transformação de seu modelo ocorrida no fim do século XIX: a transição entre o Estado Liberal e o Estado-Providência. A afirmação do instituto veio para instrumentalizar a modificação do papel do Estado, que passa de espectador das relações econômicas e garantidor somente de suas funções essenciais a um papel de intervenção e fomento na economia (cujo modelo é de inspiração keynesiana), buscando acelerar o processo de industrialização no país. O Estado francês veio substituir a figura do monarca, como ente centralizador e paternal.

Havia a necessidade de criar um fundamento jurídico para a sujeição do Estado ao Direito – visto que este passa de titular absoluto de poder para titular de obrigações, à medida que se transforma de manifestação de autoridade em prestador de serviços (JUSTEN, 2003, p. 21). Na delimitação desse conceito, tanto a doutrina como a jurisprudência administrativa foi extremamente importante. Ressalte-se que o sistema francês possui um contencioso administrativo, separado da jurisdição comum e não submetido a ela. Dessa forma, com a formação desse contencioso próprio, é necessária a determinação da competência própria do contencioso administrativo que subtrairá a causa específica da jurisdição comum. O conceito de serviço público serviu como forma de determinação da competência.

Anteriormente, à jurisdição administrativa se atribuía competência para julgar questões envolvendo a existência de interesse público e o exercício de prerrogativas inerentes à Administração Pública. A falta de um critério objetivo criava uma zona de

incerteza entre as jurisdições comum e administrativa, levando ambas a contínuos impasses. A doutrina utilizada trabalhava com a questão da jurisdição por meio da dualidade da ação do Estado, que consistia numa divisão em que “o Estado se comportava hora como pessoa civil, ora como pessoa pública, no exercício de sua *puissance publique*”² (JUSTEN, 2003, p. 22). Os conflitos de competência entre a Corte de Cassação (jurisdição comum) e o Conselho de Estado (jurisdição administrativa) passaram a ser arbitrados pelo Tribunal de Conflitos. Este adotou como critério o conceito de serviço público – os direitos e obrigações nascidos da execução de serviços públicos não poderiam estar submetidos ao Código Civil (Cf. MESCHERIAKOFF apud JUSTEN, 2003, p. 22), afastando-se, portanto, o caso da jurisdição comum.

Inicialmente, o marco nesse sentido foi o acórdão Blanco, decidido pelo Tribunal de Conflitos em 8/2/1873. A discussão foi sobre a jurisdição competente para a ação de responsabilidade pelos danos físicos causados a uma menina, resultantes de um acidente entre os vagões que circulavam nas instalações da manufatura de tabaco da cidade de Bordeaux. Consideraram-se nesse caso derogadas as normas de direito civil e proclamou-se o serviço público como critério de atribuição de competência à jurisdição administrativa, sendo essa a grande modificação realizada nesse caso. De acordo com Devolvé, a manifestação do comissário David, que proferiu as conclusões do acórdão, reforçou expressamente a importância da idéia de serviço público como determinante para a competência administrativa: “os tribunais judiciais são absolutamente incompetentes para conhecer todas as demandas formadas contra a Administração em razão de serviços públicos, qual seja seu objeto...” (DEVOLVÉ apud JUSTEN, 2003, p. 23). Dessa forma, todos os serviços públicos estariam sob a influência do Conselho de Estado. Não importava, portanto, a natureza do serviço público – poderiam

ser serviços de natureza industrial ou comercial – que estaria submetido à jurisdição administrativa. A noção de serviço público como central no sistema veio a substituir a anterior idéia de *puissance publique* como critério de determinação da competência administrativa. O acórdão Blanco não surtiu impacto à época que foi proferido, somente sendo redescoberto e reconhecido posteriormente – a interpretação de que ele teria definido de forma inovadora serviço público somente seria extraída do acórdão muitos anos depois de ele ter sido proferido.

Posteriormente, outro marco em termos de jurisprudência administrativa foi o acórdão Terrier. Nesse caso, um particular (M. Terrier) propôs a demanda visando à condenação de uma prefeitura a pagar um prêmio pelo serviço de caça às víboras por ele executado. Dessa forma, “o litígio questionou dois pontos: a possibilidade de aplicação do critério de serviço público para as atividades locais e a configuração de um serviço público na determinação municipal visando à exterminação das víboras. A resposta do Conselho de Estado foi afirmativa aos dois pontos” (JUSTEN, 2003, p. 27).

Figurou como marco o referido acórdão, pois trouxe consigo o abandono definitivo do critério de atos de autoridade/atos de gestão. A nova argumentação, criada pelo Comissário do Conselho Romieu, referia que tudo que dissesse respeito à organização e funcionamento de serviços públicos gerais ou locais estaria ao abrigo do princípio da gestão pública e, portanto, submetido à jurisdição administrativa. Dessa forma, a criação de um serviço público não precisaria necessariamente de um corpo de agentes públicos, mas poderia dar-se pela necessidade pública, um interesse geral naquele momento específico. A partir desses critérios, abre-se a possibilidade de denominar como serviço público atividades desenvolvidas pelos particulares. Esse acórdão causou um efeito duplo sobre a noção de serviço público: dissociou-se serviço público da idéia de *puissance publique*; e desencadeou o

início do declínio da noção de serviço público, porque reconhecia a jurisdição administrativa para os casos de gestão pública (Cf. JUSTEN, 2003, p. 27).

Quanto à doutrina, a construção do conceito de serviço público como base da noção de serviço público teve como seu principal responsável Léon Duguit, partindo da crítica à teoria da autolimitação subjetiva do Estado em busca de um fundamento para a crescente intervenção do Estado em setores antes exclusivos da iniciativa privada. A teoria da autolimitação subjetiva consistia na idéia de que o Estado seria ora titular da autoridade (*puissance publique*), ora uma pessoa civil, desprovida de prerrogativas. Se o Estado atuasse no setor de atividades privado, devia sujeitar-se ao direito civil. O conceito de serviço público surge da busca de um novo critério de justificação da atuação do Estado, não mais alicerçada na idéia de soberania, ou na expressão de uma autoridade (*puissance publique*). Duguit busca uma nova teoria de legitimação do Estado, baseada na noção de serviço público. O Estado deveria sujeitar-se a um direito objetivo e agir dentro dos limites por ele estabelecidos, sempre vinculado ao fim da solidariedade social (JUSTEN, 2003, p. 30).

Duguit filia-se à corrente do positivismo sociológico – o direito aplicável seria somente aquele socialmente aceito e integrado ao comportamento social, fonte de um direito capaz de guiar a atividade legislativa na realização da solidariedade social. Solidariedade social deveria ser entendida como uma obrigação de solidariedade que têm os membros de uma dada sociedade, no sentido de realizar e alcançar suas necessidades de ordem material, intelectual e moral. As noções de serviço público e solidariedade social estão intrinsecamente ligadas – pois cada membro da sociedade teria, nesse sistema, obrigações proporcionais à sua posição na sociedade no sentido de alcançar essa finalidade³.

O conceito de serviço público de Duguit tem um caráter de maleabilidade, possibili-

tando a variação das atividades pertencentes à categoria de serviços públicos, conforme a concepção corrente à época. O Estado possui sempre um papel ativo, à medida que a sociedade passa a exigir dele outras prestações além das tradicionais, como educação e assistência social, demandas que o Estado deveria suprir com os serviços públicos (Cf. JUSTEN, 2003). O objeto do serviço público, em nível interno, deveria ser extraído da sua situação econômica e das necessidades de seus cidadãos. Dessa forma, serviço público seria:

“(...) toda a atividade cujo cumprimento deve ser regulado, assegurado e controlado pelos governantes, por ser indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social e que é de tal natureza que não pode ser assegurado completamente senão pela intervenção da força do governante” (JUSTEN, 2003, p. 35).

Esse conceito não escapou de críticas, e entre estas encontra-se a confusão entre os critérios material e orgânico, já que a definição de Estado e serviço público estaria intrinsecamente ligada, não esquecendo do caráter de utilidade pública do serviço público. Dessa forma, “o Estado é o conjunto de serviços públicos funcionando sobre a impulsão e o controle dos governantes no interesse coletivo” (DUGUIT apud JUSTEN, 2003, p. 36).

Apesar das críticas a esse conceito, considerado como sociológico ou filosófico para alguns doutrinadores, que propugnavam a busca de uma noção mais jurídica e exata de serviço público, não se pode esquecer que sua eventual amplitude e imprecisão entende-se por ser estrutura fundante do sistema, e não meramente um conceito do direito administrativo. O Estado somente existiria para fazer funcionar o serviço público. Como elementos essenciais, pode-se citar o caráter objetivo dos serviços públicos, seu reconhecimento legislativo e o fato de serem obrigações cuja execução se impõe aos governantes. O conceito de serviço público em

Duguit passou a ser o ponto referencial da chamada *École du Service Publique*, embora a doutrina desse pensador não tenha sido seguida fielmente, pois seus fundamentos sociológicos e filosóficos foram rejeitados pelos integrantes da Escola de Bordeaux, dando-lhe uma nova interpretação, que visava “juridicizar” a idéia de serviço público.

Outro importante pensador francês que influenciou a concepção de serviço público, com crítica a Duguit, foi Hauriou. Este considerava que a fundamentação do sistema administrativo não poderia dar-se unicamente pela noção de serviço público, mas que envolvia necessariamente a idéia de *puissance publique* – dessa forma, somente se poderia identificar a ação estatal pela utilização desses dois critérios, um deles referente ao meio de exercício (*puissance publique*) e outro referente ao fim (prestação de serviço público) (Cf. JUSTEN, 2003, p. 42).

Conforme já se expôs acima, Duguit subsequentemente teve seus seguidores nos professores da Escola de Bordeaux, entre eles Gaston Jèze. Basta, entretanto, observar seu conceito de serviço público para perceber a forma como foi totalmente alterado. Para Jèze (apud JUSTEN, 2003, p. 45), serviço público seria toda atividade desenvolvida sob regime de direito público, excluindo-se do conceito as atividades exercidas por ente estatal sob regime de direito privado, e também as prestações colocadas à disposição dos usuários por particulares (sobre as quais a Administração interviria somente para vigiar e proteger o público contra os abusos do empresário). Nessa concepção subjetiva, o legislador é quem decidiria sobre quais atividades seriam colocadas sob regime de direito público e elevadas à condição de serviço público – a decisão sobre o que é ou não serviço público acaba ficando ao sabor da vontade legislativa. Essa definição tem o mérito de abranger todos os serviços públicos existentes, mas corre o risco de fazer com que a noção de serviço público propriamente dita perca sua unidade e especificidade.

Justen, confrontando os conceitos criados por Duguit e Jèze, observa que, no caso do primeiro, a noção do que é serviço público nasce da própria sociedade – serviço público “como toda a atividade cuja realização *deve ser* assegurada, regrada e controlada pelos governantes” (DUGUIT apud JUSTEN, 2003, p. 45). Trata-se aqui de “dever ser”, pois constitui-se obrigação de o Estado atender às demandas da sociedade por meio dos serviços públicos. E, para Jèze, serviço público define-se como “toda atividade cuja realização *é* assegurada, regrada e controlada pelos governantes” (JÈZE apud JUSTEN, 2003, p. 46). A alteração gramatical reflete a radical mudança de paradigma – de conceito objetivo, prévio e autônomo à vontade estatal (Duguit) para um conceito subjetivo, acessório e dependente da escolha do governante (Jèze).

Posteriormente, percebeu-se a insuficiência do conceito de serviço público como fundamento único da delimitação do campo de aplicação do direito administrativo. A partir da década de 50, o conceito entra em crise, traduzida por algumas constatações. A primeira constatação é de que o Estado não se limita a gerir serviços públicos, mas possui outras atividades, como a fiscalização. A segunda é a possibilidade de o próprio Estado recorrer a elementos normativos do direito privado, como, por exemplo, na regulação de contratos.

O intervencionismo crescente a partir da 1ª Guerra Mundial já havia descaracterizado o conceito, pois ampliou o alcance da noção de serviço público a ponto de torná-la insuficiente como critério de definição de competência legislativa. O reconhecimento de serviços de caráter industrial e comercial (SPIC), sujeitos às regras de direito comum por se tratar de exploração de atividade em condições idênticas a de um particular, de natureza primordialmente econômica, traz o abandono do critério orgânico no reconhecimento dos serviços públicos, por reconhecer que poderiam estar submetidos às regras do direito comum. Acentuou-se também a

partir dos anos trinta a gestão de serviços públicos por particulares, via concessão. Esse processo acabou por flexibilizar a noção de serviço público a tal nível que tornou difícil sua delimitação – toda atividade de interesse geral, mesmo confiada a um particular, poderia ser virtualmente serviço público (JUSTEN, 2003, p. 48-51).

Entretanto, da evolução do conceito de serviço público na doutrina francesa, assentaram-se ao menos os princípios aplicáveis a esse campo, as “Leis de Rolland”, sistematizadas por Louis Rolland, que elegeram três princípios fundamentais: a continuidade, a igualdade e a mutabilidade. A *continuidade*, já preconizada por Duguit, apontava a necessidade de os governantes organizarem o serviço público e controlá-lo de forma que se assegurasse o seu funcionamento ininterrupto. A *igualdade*, substanciada de várias formas, como, por exemplo, a igualdade no recrutamento de pessoal, na prestação de serviços aos usuários (embora nesse caso possa ser diferenciada em virtude do caráter econômico da atividade), etc. A *mutabilidade*, ou adaptabilidade, consistindo na necessidade de o conceito de serviço público acompanhar as mudanças da sociedade no tempo e as novas exigências nascidas nesse processo (Cf. JUSTEN, 2003).

Ressalte-se, dessa forma, que as três concepções de serviço público que a doutrina utiliza no tratamento do serviço público são baseadas nos seguintes critérios: a) ser uma emanção da *puissance publique* (critério orgânico); b) ser uma prestação destinada ao povo (critério substancial); e c) ser sujeito ao regime de direito público (critério formal). Cada um deles possui vantagens e desvantagens que devem ser analisadas. O critério orgânico permite que se identifique o serviço público facilmente pelo prestador, entretanto é insuficiente para compreender a gestão privada de serviços públicos.

O critério funcional ou material, colocando o serviço público como qualquer atividade revestida de interesse público, pode-se dizer que é predominante na doutrina, em-

bora seja geralmente associado a elementos prevalentes nas outras concepções. O critério funcional responde bem a três questões recorrentes no direito administrativo francês: “justificar a ação estatal, limitar a intervenção do Estado na economia e, ainda, direcionar a competência para a jurisdição administrativa” (JUSTEN, 2003, p. 61). Apresenta alguns problemas relacionados à própria plasticidade do conceito de serviço público: a dissociação entre as atividades de serviço público e os organismos administrativos (nesse sentido, permitiria ao juiz e ao legislador considerar como serviço público quaisquer atividades, independentes de sua organização e desempenho) e a possibilidade de ocorrerem assimilações pela Administração Pública de atividades não desempenhadas por ela – ampliando, por fim, a estrutura administrativa. O critério formal, qual seja, do regime jurídico aplicável, permite a identificação de serviço público somente pelo regime jurídico aplicável. Assim como na doutrina brasileira, observa-se aqui a aplicação de vários critérios, associados ou não, pela doutrina francesa, e pela própria jurisprudência da Corte Constitucional.

A crise do Estado-Providência refletiu-se em modificações no âmbito dos serviços públicos franceses, especialmente acentuada no fim dos anos 80. Reformas iniciadas nas décadas de 70 e 80, envolvendo algum grau de adaptação às regras comunitárias (Cf. JUSTEN, 2003, p. 68-69), culminaram com a grande reforma do Estado e dos serviços públicos ocorrida no fim dos anos 90 (no governo de A. Juppé). Buscando a reestruturação das relações entre a Administração Pública e os cidadãos, culminou no campo dos serviços públicos com a adoção de uma Carta dos Serviços Públicos (Cf. JUSTEN, 2003, p. 71), acrescentando aos critérios clássicos outros como a transparência, a responsabilidade, a simplicidade, a acessibilidade, a participação dos usuários e a confiança. No quadro atual dos serviços públicos na França, podem ser identificadas as seguintes peculiaridades:

Primeiramente, distinguem-se os denominados serviços públicos administrativos (SPA) geridos em sistema de ‘régie’ ou por pessoas jurídicas de direito público as quais se sujeitam, obviamente, ao direito público. Depois, encontram-se bastante difundidos os serviços públicos industriais e comerciais (SPIC), acima referidos, administrados por entes autônomos, pessoas jurídicas de direito público (ÉPIC – Établissements Publics Industriels et Commerciaux) e de direito privado (S.A. – Sociedades Anônimas). Estão organizadas sob esses modelos as empresas cujo serviço se insere nas ditas atividades de rede – energia, telecomunicações, transportes ferroviários e aéreos e televisão – todos sob regime de direito privado. São esses os serviços que estão sob regulamentação do direito comunitário e que sofrem maiores adaptações para a adequação aos ditames concorrenciais comunitários. São esses serviços em rede que evocam nos demais Estados-membros a expressão ‘serviço público à francesa’ e, segundo Laubedère, Venezia e Gaudemet (apud JUSTEN, 2003, p. 72), dizem respeito à modalidade de organização, que confiam ‘a execução de serviços públicos em rede a monopólios públicos, freqüentemente nacionais, e cujo corpo funcional se beneficia de um estatuto próprio.

Conclui-se dessa breve análise da evolução dos serviços públicos na doutrina francesa a sua larga influência, praticamente exclusiva sobre o modelo normativo de serviço público brasileiro até a década de 90, que ainda se mostra forte na doutrina, visto que toda reflexão conceitual sobre serviços públicos baseia-se nos mesmos critérios utilizados pelos doutrinadores franceses. A crise do conceito na França e as pressões pela modificação desse modelo de serviço público predominantemente estatal, acentuadas na França pela questão comunitária (que

trata os chamados serviços de interesse geral sob critérios predominantemente econômicos, em um modelo que privilegia a livre concorrência) tiveram como consequência a reestruturação e adaptação de parte dos serviços públicos, com forte oposição da sociedade, que se opõe a modificações radicais de cunho liberalizante sobre o modelo de Estado francês. Embora já tenha havido uma considerável reestruturação, ainda permanecem as raízes do sistema, em um país que tem o serviço público como um dos mitos fundadores do Estado. Ao contrário do caso brasileiro, lá a defesa dos serviços públicos como de competência primordial do Estado reveste-se de um caráter cultural e identitário. Não se pode negar que o modelo de serviço público francês muito já cedeu e flexibilizou-se, especialmente perante as diretrizes comunitárias, mas não sem resistência da sociedade.

4. As transformações no papel do Estado contemporâneo e o Estado brasileiro

Conforme já referido, o contexto de crise do Estado-Providência afetou poderosamente o conceito de serviço público, de forma que o próprio Estado é obrigado a mudar suas estruturas internas e sua relação com a sociedade civil. As reformulações atingiram tanto o campo da regulação estatal como o da prestação de serviços públicos. Nos aspectos regulatórios, percebeu-se a ampliação do papel do Estado atuando sobre as relações econômicas (como demonstra a afirmação cada vez maior dos direitos do consumidor e da atuação estatal sobre as relações econômicas), enquanto a noção de serviço público vive uma profunda transformação, na medida em que simultaneamente vivencia-se um processo de privatização de empresas e ativos estatais e a “quebra do paradigma monopolista de exploração dessas atividades” (Cf. MARQUES NETO, 2002, p. 13).

No caso brasileiro, observou-se que a reserva de titularidade de atividades para a

esfera estatal foi modificada, retirando-se diretamente o Estado e permanecendo em seu nome entes privados (no caso de atuação em regimes de concessão e permissão) ou, em algumas atividades, observa-se a atuação de entidades de caráter público não estatal. A reflexão sobre essa nova realidade, e a reformulação dos paradigmas dogmáticos a partir desta, é presente e necessária a fim de que se verifique, primeiramente, se as modificações realizadas coadunavam-se com a ordem constitucional brasileira e, em segundo lugar, de que forma essas reformas normativas refletem no campo do direito administrativo, exigindo da doutrina e da jurisprudência soluções para as novas demandas e conflitos decorrentes desse quadro.

4.1. As privatizações no Brasil e seus reflexos no direito administrativo

Tratando da evolução histórica do Estado brasileiro no decorrer do século XX, pode-se dizer que ela tem acompanhado, ainda que com um certo atraso, os modelos traçados pelos países capitalistas centrais. Até a década de 30, o Estado brasileiro optara por uma diminuta intervenção na economia (Cf. SILVA, 2002), e nesse período o instituto da concessão de serviços públicos foi largamente utilizado. Geralmente os contratos de concessão tratavam de concessão de obra pública, por conta e risco do concessionário, em uma situação vantajosa para o Estado, que não investia recursos próprios na área de infra-estrutura de serviços. Poder-se-ia dizer que, sob esse aspecto, o Brasil seguiu as linhas do modelo de Estado Liberal, dominante à época.

A partir da década de 30, a situação modifica-se totalmente, acentuando-se a presença do Estado na economia durante toda a Era Vargas, por meio da reformulação do Estado e da descentralização, com a criação de uma série de autarquias, com funções administrativas, mas também de natureza industrial e comercial. Após a Segunda Guerra Mundial, essas tarefas ligadas à intervenção estatal na economia passam a ser exer-

cidas por pessoas jurídicas de direito privado, ligadas à Administração Indireta do Estado (sociedades de economia mista e empresas públicas). Essa mudança, entretanto, não altera o processo anterior, pois a prestação continua a ser realizada pelo Estado. O período militar acentuou essa tendência intervencionista, com a realização de grandes obras de infra-estrutura, aumento do número de entidades da administração pública indireta e também aumento da regulação das atividades econômicas.

Com a crise do Estado de Bem-Estar Social da década de 70, passa-se a questionar o tamanho do Estado e seu papel. As críticas decorrentes, com seu ideário neoliberal de reformas estruturais do Estado, com mecanismos como os da desregulamentação e da privatização, somente atingiram o Estado brasileiro a partir da década de 80⁴. O governo Figueiredo (1981-1984) foi o primeiro a realizar privatizações, por meio do Decreto nº 86.215, de 15/7/81 (atingindo várias empresas estatais, entre essas a Riocel), processo que obteve continuidade nos governos Sarney (com o Programa Federal de Desestatização – Decreto nº 95.886/88) e Collor, criador do Programa Nacional de Desestatização, expresso na Lei 8.031, de 12/4/90, várias vezes modificada e substituída no governo Fernando Henrique Cardoso pela Lei 9.491, de 9/9/97 (Cf. SILVA, 2002). De acordo com Mattos (2002), a concretização do projeto de Reforma do Estado ocorre, a partir de 1995, com uma série de emendas constitucionais (EC nº 5, 6, 7 e 8, todas em 15/8/95; EC nº 9, em 9/11/95, e EC nº 19, em 4/6/98) e leis promulgadas para efetivá-la (como a Lei de Concessões dos Serviços Públicos – Lei 8.987/95; a lei regulando a prestação de serviços no setor elétrico e a criação da ANEEL – Lei 9.427/96; a Lei Geral de Telecomunicações – Lei 9.472/97; entre outras). A onda de privatizações provocou um renascimento dos institutos de delegação de serviço público a particulares, tais como a concessão, a permissão e a autorização.

Observou-se uma aproximação entre o direito administrativo brasileiro e o modelo norte-americano, com a introdução de princípios como os da eficiência no serviço público e da criação de autarquias especiais para fiscalizar a prestação de serviços públicos pelos particulares, chamadas de agências reguladoras. Segundo Mattos (2002, p. 56):

“Diante desse quadro normativo, a mudança na forma de atuação do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica conforme previsto no art. 174 da Constituição Federal de 1988 constitui o principal elemento de transformação jurídico-institucional introduzido pelo projeto de reforma do Estado no Brasil. E o que caracteriza e define tal mudança é a criação de agências de regulação como órgãos responsáveis por certos setores da economia, principalmente por aqueles caracterizados como de infra-estrutura e serviços públicos, com funções normativas e reguladoras orientadas especialmente pelos princípios constitucionais da livre concorrência e da defesa do consumidor”.

O processo de privatização acima descrito afetou o direito administrativo brasileiro em vários campos. Especialmente dois aspectos têm sofrido fortes modificações: a questão da regulação das atividades econômicas pelo Estado e a própria prestação de serviços públicos. Analisando-se a intervenção estatal na economia, um duplo movimento ocorria: à medida que o Estado recuava em sua atuação como agente econômico, aumentava a sua intervenção como regulador de várias atividades. Percebia-se a necessidade de normatizar cada vez mais várias atividades, com vistas a preservar a sua existência, assegurar seu equilíbrio interno, ou preservar outros objetivos, como proteger os hipossuficientes na relação ou a consagração de políticas públicas naquele setor específico. A partir do recuo da atua-

ção direta do Estado, esse passa a preocupar-se em regular mais fortemente aqueles campos específicos que estavam anteriormente sob sua atuação direta (MARQUES NETO, 2002), mas ao mesmo tempo intervéem regulando fortemente sobre áreas antes fracamente reguladas, como saúde suplementar, uso e exploração de recursos hídricos etc.

O fortalecimento da atuação pública ocorreu pelo aumento da regulação em vários campos específicos da atividade econômica, embora aparentemente com a retirada do ente estatal na prestação direta de serviços, houvesse a tendência de flexibilizá-los, uma vez que explorados por entes privados. Ganha espaço nessa nova regulação a relação entre o Estado e a sociedade, pois a imposição unilateral e autoritária de pautas e comportamentos dá lugar à articulação de interesses e pautas regulatórias negociadas com os diversos setores envolvidos na atividade. O Estado passa a ter um papel de regulador reflexivo, como mediador de interesses e tutor das hipossuficiências sociais. Observam-se, portanto, sucessivas mudanças na relação entre o Estado e os administrados:

“O novo papel do Estado, enquanto regulador, implica no abandono do perfil autoritário em favor de uma maior interlocução com a sociedade. Enquanto na perspectiva do Estado liberal incumbe ao poder público assegurar as regras do jogo para livre afirmação das relações de mercado e no Estado social inverte-se esse papel, passando a atividade estatal a prover necessidades coletivas, ao Estado contemporâneo são requisitadas funções de equalizador, mediador e árbitro ativo das relações econômicas e sociais. Mais que um mero garantidor de pré-condições normativas e menos que um produtor de utilidades públicas, o Estado hodierno assume um papel de ‘mediador ativo’ de interesses” (MARQUES NETO, 2002, p. 16).

Analisando a questão da intervenção direta estatal na economia, uma multiplicidade de fatores causou a retirada da ação do Estado como agente de prestação desses serviços: fatores econômicos, como o solapamento da capacidade de investimento do Estado (causado pela própria crise fiscal estatal) e o aumento de forças econômicas que independem das estruturas dos Estados nacionais; fatores políticos, como o déficit democrático na gestão dos serviços públicos, causando pressões da sociedade por maior participação; fatores tecnológicos, já que a evolução tecnológica traz consigo padrões crescentes de exigência social, aos quais o Estado não poderia corresponder na prestação direta de serviço (na maior parte dos casos). Essa mudança de eixo expressa na drástica diminuição do intervencionismo direto estatal, que separou as figuras do explorador da atividade econômica e do agente regulador possibilitou toda a modificação do perfil regulatório do Estado, transformando também os usuários em consumidores das prestações e serviços agora sob âmbito privado.

A mudança na regulação do domínio econômico relaciona-se ao processo de uma forte transformação conceitual e operacional no serviço público. Portanto, devem ser compreendidos os processos concomitantes de privatizações de empresas públicas, criação de novos órgãos reguladores (as agências reguladoras) e a retomada de instrumentos normativos que permitem o exercício de serviços públicos por entes privados (como as concessões) como faces da transformação do papel do Estado.

Em relação a serviço público, inicialmente importa referi-lo nos moldes expostos na parte inicial do presente trabalho, ou seja: pertencente ao gênero de atividade econômica *lato sensu* (conforme leciona Eros Roberto Grau⁵), diferenciando-se especificamente por se tratar de serviço de interesse geral (ou utilidade pública) e por possuir, conforme Couto e Silva (2002, p. 47), “vínculo orgânico, direto ou indireto, com o Es-

tado”. Especificamente, o art. 175 da CF/88 trata de serviço público na acepção de “produção e oferecimento de utilidades públicas dotadas de valor econômico e, por consequência, passíveis de exploração econômica” (MARQUES NETO, 2002, p. 18-19). O autor ressalta que, mesmo quando o próprio Estado fornece as prestações, essas não deixam de possuir valor econômico, uma vez que delegava a empresas públicas⁶ a exploração desses serviços. A natureza econômica das prestações tem duas consequências principais: 1) a exploração dessas atividades pode ser objeto de delegação à iniciativa privada (mesmo que sob regime jurídico parcialmente público – por meio de concessões e permissões); 2) não há impedimento à competição na sua exploração. Essas idéias são basilares para compreender a transformação sofrida pelo serviço público brasileiro, acentuadas a partir da década de 90.

O modelo de serviço público até o fim da década de 80 baseava-se na premissa que a melhor maneira de regular uma atividade era reservar sua exploração ao Estado. A exploração direta era considerada regulação suficiente da atividade (Cf. MARQUES NETO, 2002). Também a posse pelo Estado de redes de suporte a serviços essenciais, como as redes de transmissão de energia elétrica e de telefonia, era considerada uma questão estratégica na defesa da soberania e da própria unidade do sistema. Não havia separação entre regulador e operador da utilidade, visto que ambas se encontravam na figura do Estado. Essa confusão tornava pouco claros os parâmetros regulatórios, geralmente decididos internamente pelo próprio operador, ou pelo ente estatal controlador.

Com a transferência da exploração dos serviços públicos à iniciativa privada, operou-se novamente a separação entre operador e regulador, passando-se a necessitar de uma forte regulação estatal, tanto para controlar os pressupostos da outorga (porque exercidos os serviços sob regime parci-

almente público – por meio de concessões e permissões), como para garantir que os serviços prestados obedecessem aos princípios da universalidade da prestação e continuidade, e para assegurar a preservação dos bens vinculados à atividade. Pela relevância social que possuem, os serviços públicos devem ser garantidos à maior parte da população e ser garantida a sua continuidade.

A introdução da competição na exploração dessas atividades teve um impacto maior ainda na reformulação do setor dos serviços públicos. Anteriormente, entendia-se que permitir a competição seria inadequado a esse setor por vários fatores. Inicialmente, havia a idéia de que a natureza desses serviços não permitia sua exploração sob regime de livre mercado; a competição fragilizaria o regime de direito público a que se submetia o setor, uma vez que nem todos os competidores a ele se submeteriam; e também por razões econômicas, conforme expõe o autor (MARQUES NETO, 2002, p. 21):

“Em função do monopólio de redes, da inviabilidade econômica de convívio de várias operadoras de um mesmo serviço já em tese sujeito a amarras regulatórias (limitações de preços, obrigação de oferta em áreas deficitárias, etc) e mesmo da necessidade de escala para oferta da utilidade seria economicamente inviável a existência da competição nas atividades consideradas serviço público”.

Essas premissas confundiam o efeito da subordinação da atividade ao regime de direito público com a retirada dessa atividade da área econômica (naturalmente competitiva). A abertura dos mercados, com as privatizações e o fim dos monopólios estatais, derrubou essas idéias sobre os efeitos da concorrência na prestação de serviços públicos. A maior transformação do serviço público operou-se justamente em áreas nas quais se introduziu a competição em um mesmo serviço com distintas incidências regulatórias, existindo prestadoras sujeitas ao regime de direito público e outras sujei-

tas ao regime de direito privado, ainda que ambas submetidas às regras atinentes ao serviço específico. Exemplo disso é o que ocorre no setor de telecomunicações entre concessionárias e autorizatárias do serviço de telefonia fixa; e no setor de energia elétrica, em que há previsão de competição entre concessionárias e autorizatárias na geração e comercialização de energia elétrica e outros setores. Basicamente, buscou-se fornecer a quem estivesse entrando no sistema um regime jurídico mais brando que o dispensado ao operador dominante, a fim de acirrar a competição (MARQUES NETO, 2002, p. 23).

Obviamente, a visão tradicional de serviço público, como uma atividade subtraída do domínio econômico, de natureza estatal, deu lugar a uma visão de que se trata de uma atividade econômica. Entretanto, por força de sua relevância social, é reservada à titularidade do poder público, com vistas a manter algumas garantias mínimas relativas à sua prestação: restrição do acesso à exploração do serviço somente àqueles que receberam uma outorga ou licença específica e exigência de que a exploração dessa atividade esteja sujeita a um regime jurídico de maior incidência regulatória (parcialmente submetido ao direito público) (Cf. MARQUES NETO, 2002). A idéia do serviço público como *res extra commerciorum* inteiramente, mas isso não deve significar necessariamente a desregulamentação do setor, à sujeição somente às leis do mercado. Muito pelo contrário, a competição deverá dar-se no campo de uma estrita regulação jurídica atinente ao serviço público específico, e afigura-se como benéfica ao consumidor, tanto em termos de preço dos serviços como também da pressão para que as operadoras acompanhem os avanços tecnológicos.

A noção de serviço público está ligada necessariamente a dois princípios, compromissos daqueles que assumem sua execução: a) a ampliação e generalização do acesso àquela utilidade (princípio da universa-

lidade); e b) a manutenção da perenidade da oferta dessa utilidade (princípio da continuidade). Não se afastam esses princípios por estar o serviço sob o cumprimento de agentes privados. Conforme Marques Neto (2002, p. 22):

“É importante que se tenha em vista que o poder público, ao eleger uma dada atividade à condição de *serviço público*, acaba por ensejar três ordens de conseqüências principais: i) permite a introdução de mecanismos de restrição de acesso a quem quiser explorar tal atividade (sem que isso implique necessariamente em restrição absoluta); ii) faz incidir sobre os prestadores (todos ou pelo menos parte deles) uma forte incidência regulatória; e iii) acarreta para o poder público titular deste serviço (aquele a cuja esfera corresponde a competência material para explorar, direta ou indiretamente, tal atividade) compromissos perante a sociedade, compromissos estes consistentes em assegurar a existência e a acessibilidade destes serviços a toda a coletividade”.

Portanto, conclui-se que, apesar da presença cada vez maior do setor privado no setor dos serviços públicos, não implica deixar o setor sujeito somente às leis do mercado. Conexa a essa questão, poder-se-ia perguntar se, na modificação no setor dos serviços públicos (com a presença maciça da iniciativa privada na prestação desses serviços), a titularidade do serviço foi alterada, ou seja, se há possibilidade de prestações de serviço pela iniciativa privada sem qualquer vínculo com o Estado. Segundo Couto e Silva (2002, p. 73):

“O Estado mantém, em todas as situações, a titularidade do serviço e se apresenta sempre investido de amplo instrumental normativo e sancionatório, indispensável às atividades regulatórias de competência das agências que, como autarquias, integram a Administração Pública (...). De qualquer

maneira, ainda que prestados em regime privado, e situados em ambiente de competição e concorrência, mas num mercado constantemente vigiado pelo Estado, os serviços por este delegado a particulares mediante concessão, permissão e autorização, continuam sendo, em quaisquer hipóteses, serviços públicos, devendo ser assim considerados para todos os efeitos, inclusive, portanto, para o da responsabilidade extra-contratual de que trata o § 6º do art. 37 da Constituição Federal”.

Portanto, no processo de mutação da noção de serviço público à luz das reformas do Estado e das privatizações, não há modificação essencial do núcleo do instituto: a titularidade estatal, outorgada pelo interesse público preponderante e a decorrente necessidade de controle sobre a atividade. A rigidez constitucional brasileira, exigindo a vinculação entre Estado e serviço público, tem sido mantida. No campo dos serviços públicos, essa ligação é regulada por um complexo normativo que permite ao Estado o controle da atividade, mesmo sob execução das entidades privadas.

A grande modificação conceitual do serviço público foi uma aproximação maior à noção de utilidade econômica, trazendo consigo o risco da mercantilização excessiva da atividade, se a regulação específica for frágil, o que poderá acarretar mesmo a exclusão econômica de sua fruição (totalmente avessa à idéia de generalidade e acessibilidade próprias a um serviço de interesse coletivo). Vê-se, portanto, a necessidade de garantir um controle efetivo sobre a regulação dos serviços.

4.2. Observações sobre os serviços de interesse público

A Constituição Federal de 1988 tratou dos serviços de interesse público em seu Título VIII – Da Ordem Social, prevendo o exercício dessas atividades por uma forma de atuação compartilhada entre Estado e par-

ticulares, estes últimos atuando sob supervisão daqueles. A atuação compartilhada, sob a supervisão do poder público, demonstra-se em todos esses campos, conforme prevêem expressamente os artigos 197, 204, 205 e 209⁷ da CF/88.

No campo dessas prestações de cunho social, cuja titularidade não é exclusiva do Estado, a implementação de medidas diminuindo a ação estatal e visando desregular o setor fez-se mediante a retirada da atuação estatal direta e criação de entidades públicas não estatais, visando suprir o papel do Estado. Com o surgimento de novas entidades, houve a necessidade da criação de modelos gestores adequados à nova realidade. Não se pode olvidar, entretanto, os vários problemas criados por esses modelos, especialmente no caso das Organizações Sociais (criação da Lei 9.637, de 15 de maio de 1998). Também se devem reconhecer os avanços na área, especialmente pela criação de um novo modelo de entidade para o terceiro setor, o das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), reguladas pela Lei 9.790, de 23 de março de 1999.

Analisando-se o quadro geral relacionado a esses serviços, observa-se que a redução do tamanho do Estado e a necessidade de reformulação de políticas públicas sociais, visando ao ajuste fiscal, provocou uma precarização dos serviços sociais. Segundo Morales (1999, p. 51):

“O problema do financiamento das políticas públicas sociais obrigou o Estado a repensar a distribuição dos recursos escassos e a maneira pela qual os Estados iriam prover os bens públicos. Isso provocou um intenso debate acerca do papel do Estado. Há concordância razoável de que, entre os diversos problemas envolvidos, um dos mais importantes é a incapacidade dos governos de levar a bom termo as propostas de políticas públicas por eles encampadas programaticamente”.

Entre os fatores da crise de governança elencados pelo autor, destaca-se a maneira inadequada de intervir tanto nas atividades econômicas como nas atividades sociais. Esse é o argumento básico não só para a retirada do Estado do papel de agente econômico, como também para o recuo das políticas públicas sociais. Examinando-se as alternativas que se apresentam, três são as possíveis formas de organizar a provisão de serviços e atividades que envolvam externalidades importantes e prestações de cunho social (como saúde, educação, assistência, previdência, proteção ao meio ambiente e à cultura): a) a continuidade da provisão desses serviços pelo Estado (problemática por manter o modelo em crise, quando já houve o esgotamento de sua capacidade de expansão dos direitos sociais); b) a privatização ou terceirização dessas prestações, deixando ao Mercado a tarefa de regulá-las, concretizando a minimização total do Estado, que se demonstrou inviável no atendimento a essas prestações de cunho social ou coletivo; c) a desestatização sem a perda do caráter público do serviço, transferindo suas prestações a entidades públicas não pertencentes nem à esfera estatal nem à esfera privada (Cf. MORALES, 1999).

A opção pela prestação por intermédio de entes públicos não-estatais teria como finalidade a provisão das prestações sociais e coletivas de forma adequada, o que o Mercado não foi capaz de fazer, ao mesmo tempo em que não se retornaria ao modelo de atuação estatal anterior. Nesse sentido, as organizações sem fins lucrativos seriam vocacionadas por sua própria formação e estrutura a promover essas atividades, ocupando os espaços vazios deixados pelo Mercado e pelo Estado. A prestação dos serviços de interesse público deveria ocorrer sob o controle estatal, responsável pela formulação das diretrizes das respectivas áreas, pelo fomento de projetos e pela fiscalização do exercício dessas atividades prestadas por entidades públicas não estatais. Do

contrário, sem a responsabilização do Estado ou dos entes privados, o preenchimento dessas demandas sociais tenderia a ter uma existência de avanços e retrocessos ao sabor de tensões políticas e econômicas. A questão é, inicialmente, se as organizações não-governamentais seriam realmente adequadas a essa prestação de serviço e, caso o fossem, de que forma deveria ser regulada sua atuação.

Inicialmente, a opção de muitos países foi pela privatização desses setores, que se revelou um grande fracasso. Ao contrário do sucesso de muitas das privatizações realizadas no campo da atividade econômica, a área das prestações sociais mostrou-se inadequada à atuação da livre iniciativa, com fins puramente lucrativos. Morales (1999, p. 57) aponta algumas questões surgidas nesse quadro, como a progressiva diminuição das taxas de lucro na medida em que a renda da população atendida é menor, gerando o desinteresse do mercado, e o conseqüente problema gerado pelo atendimento incompleto a essas demandas sociais.

O fracasso da via do mercado levou à busca de alternativas, com precedência à via reformadora, visando à reestruturação dos serviços dentro do próprio Estado. A partir das mudanças na organização e no funcionamento do aparelho burocrático estatal, a chamada corrente gerencialista propõe-se a encontrar respostas à crise desses serviços. Como uma de suas estratégias, a reforma gerencialista propõe a descentralização na prestação desses serviços de interesse público, mantendo-se a sua execução sob supervisão estatal, e sendo realizadas por entidades que recebem várias designações diversas (dependendo de seu país de origem): organizações sociais, agências autônomas, fundações de serviço público, etc. O relevante é que se tratam de organização de caráter público, não estatal, sem fins lucrativos, “cuja finalidade é prestar serviços de interesse público de natureza concorrencial, com financiamento público e métodos de funcionamento do setor privado, submeti-

da a duplo controle: estatal e social” (MORALES, 1999, p. 62).

Deve-se tratar dessas questões com certa reserva, entretanto, visto que nessas áreas de prestações de interesse público, em que há compartilhamento da atuação estatal com entes privados, a regulação é mais flexível que no setor de serviços públicos *stricto sensu*. Embora a Constituição atrele o desenvolvimento da área específica a percentuais fixos de recursos estatais⁸, ou estabeleça que o Estado deverá garantir ao cidadão o acesso à sua prestação, ressalte-se que, na maioria dos casos, não há previsão específica quanto à forma que deva ser exercida. A exemplo disso, pode-se analisar a área de Saúde em sua previsão constitucional. O art. 196 garante a saúde como um direito de todos e dever do Estado, que deverá ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco das doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Entretanto, a forma específica como o Estado deverá atuar nesse campo foi regulada pela legislação ordinária, não se encontrando prevista expressamente em nível constitucional. Prevê-se expressamente no art. 199 que “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada”, estabelecendo a possibilidade de participação complementar das entidades de saúde privadas no Sistema Único de Saúde. Pode-se dizer que há a garantia constitucional do direito à saúde, mas não à forma como deve ser prestado pelo ente estatal.

Tratando-se da educação, a situação não é diversa, ampliada ainda mais a participação de entes privados porque a Constituição prevê que a educação “será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade” (art. 205). A obrigatoriedade do Estado é de fornecer ensino fundamental obrigatório e gratuito (art. 208, I), direito público subjetivo que poderá ser exercido pelo cidadão contra o Estado (art. 208, § 1º). A participação das instituições privadas é permitida nos moldes fixados pelo art. 209 (exigindo-

do-se o cumprimento das normas gerais da educação nacional e submissão à autorização e avaliação da qualidade pelo Poder Público). Portanto, excluindo-se o campo do ensino fundamental, não há maiores garantias constitucionais para se exigir a atuação estatal direta, mormente quando se trata da educação superior⁹.

Procurou-se demonstrar que essas atividades não são de titularidade estatal exclusiva, mas de interesse público, compartilhadas entre Estado e sociedade, em geral sem garantias de prestação estatal desses serviços, excetuando-se casos específicos, como o referente à educação fundamental. De resto, não há uma regulação constitucional mais rígida para proteger contra a diminuição da rede de prestações estatais nesses serviços, de forma que teoricamente é possível ocorrer um processo de “privatização” dessas atividades, já que a vinculação jurídica do Estado nesses casos é mais tênue do que em relação aos serviços públicos. A normatização específica poderá até mesmo ser bastante restritiva nos serviços “não-exclusivos”, entretanto a obrigação de prestação estatal direta como regra absoluta não existe. Não se pode afastar, entretanto, a necessidade da manutenção do papel do Estado no direcionamento, controle e supervisão das atividades de interesse público, com a instituição de um regime jurídico mais restrito (comparativamente ao das atividades econômicas *stricto sensu*) e sua responsabilidade pela qualidade e adequação na prestação desses serviços à população, visto que se tratam de setores essenciais, como saúde e educação.

O Estado deve ter a obrigação primordial de regular e fiscalizar essas atividades, exercidas também por ele, embora não com exclusividade. Aliás, é importantíssimo que a atuação estatal permaneça fortemente presente nesses setores. O que se busca é estabelecer uma regulamentação jurídica adequada, a fim de que a colaboração com os entes não-estatais não signifique falta de controle e irresponsabilidade do Estado na prestação desses serviços, que não são pro-

priamente atividades econômicas, mas visam à implementação desses relevantes direitos sociais, como saúde, educação e assistência social, corporificando-se conforme a própria designação, como serviços de especial *interesse público*.

5. Conclusão

A abrangência do conceito de serviço público é influenciada pela época e pela noção de Estado e pela relação entre este e a sociedade. A noção de serviço público há de ser essencialmente evolutiva, condicionada pela época e pelo meio social. Tratando das diversas formulações de serviço público, e da sua relação com o contexto histórico do Estado naquele momento, percebeu-se que algumas características podem ser traçadas até o modelo relacional atual. Nesse sentido, permanecem os serviços públicos com a titularidade estatal, no sistema brasileiro, ao contrário de outros sistemas em que a titularidade foi transferida juntamente com a execução dos serviços. Permanece a titularidade estatal como uma forma de garantir proteção a essas atividades que se revestem de especial interesse público, exigindo do Estado um controle maior sobre a sua execução. Aí se põe o limite da Constituição Federal de 1988: a titularidade estatal exige que a delegação dos serviços ocorra somente pelas formas previstas na própria carta constitucional, ou seja, a concessão, a permissão e a autorização.

Do contrário, estar-se-á diante de um conflito com a regra constitucional. Enquanto não for modificada essa norma, pode-se dizer que o próprio ordenamento não admite a privatização total dos serviços públicos estrito sensu. Por conta da titularidade estatal, sempre estará presente o regime de direito público, mesmo que parcialmente.

Em relação às prestações sociais (saúde, educação, assistência social), com caráter de atividade pública de interesse coletivo, não há a mesma segurança normativa, já que se permite ao Estado moldar de forma diferen-

ciada. Conforme já foi referido acima, o setor dos serviços de interesse público (ou serviços públicos não privativos, na acepção de Eros Roberto Grau) foi o que mais sofreu com a reforma estatal, já que ali é permitido o exercício de atividades sob titularidade privada e sob titularidade pública. Não há um regime jurídico mais rígido de proteção a esses direitos, visto que, como regra geral, o Estado tem uma vinculação jurídica mais tênue em relação à prestação direta dessas atividades. Indiretamente, o Estado afasta sua responsabilidade na atuação direta em políticas sociais, a partir de uma flexibilização que pode terminar por precarizar essas prestações.

Em relação aos serviços públicos propriamente ditos, obviamente o exercício dessa atividade é mais protegido em razão da natureza das atividades específicas, e nesse sentido resgata-se o valor do quesito material de serviço público. Não se deve olvidar, portanto, a importância do conceito de serviço público propugnado por Duguit e sua repercussão na doutrina brasileira. Dessa forma, serviço público é a atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social, de acordo com o conceito de Duguit.

Em outros termos, serviço público é atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como serviço existencial relativamente à sociedade em um determinado momento histórico, conceito adotado por Eros Roberto Grau (2002), seguindo a linha de Ruy Cirne Lima. Nesse sentido, o interesse deve ser obter a melhor prestação de serviços, seja pela iniciativa privada, seja por ente público, não esquecendo da necessidade de se respeitar os princípios basilares do sistema (continuidade, igualdade e adaptação do serviço), e buscando um direito cada vez mais rigoroso quando da avaliação da prestação de serviços e de sua supervisão. Somente dessa forma, poder-se-á

respeitar o significado maior da conceituação de serviço público, não abandonando a estrutura de definição constitucional.

Notas

¹ A tendência de aproximação ocorre pela própria hegemonia norte-americana no processo de globalização e pela busca de opções para modificar o aparato estatal pela crise do modelo de Estado-Providência. As reformas, de inspiração neoliberal, buscaram reduzir o tamanho do Estado, mediante políticas de privatização e desregulamentação. Nesse sentido, a criação de novos órgãos, como as agências reguladoras, inspiradas no modelo norte-americano, supostamente buscou implementar os conceitos de eficiência e administração técnica, assim como uma regulação mais flexível àqueles setores.

² A expressão, sem tradução exata para o português, designa o conjunto de direitos cujo sujeito ativo é a pessoa jurídica do Estado e os sujeitos passivos são os indivíduos submetidos a esse poder (JUSTEN, 2003, p. 22, nota 25).

³ O raciocínio de Duguit resultou na concepção de que o Estado é de fato, titular de uma determinada parcela de poderes dentro de uma sociedade organizada e deve ter maiores responsabilidades na realização da “solidariedade social”. Daí decorria a idéia de que o papel de prestador de serviço público devia ser atribuído ao Estado, segundo a concepção de Duguit, por causa, exatamente, dessa concepção de distribuição de responsabilidades (obrigações) (JUSTEN, 2003, p. 32).

⁴ Seguindo novamente a tendência dos países centrais, Mattos (2002, p. 44) ressalta que, até a década de 80, a intervenção do Estado na economia estava fundada nas políticas econômicas de nacionalização, na Europa, e *regulation*, nos EUA. Somente foi quebrado esse paradigma a partir da implementação de políticas neoliberais de desestatização e desregulamentação, pioneiramente pelos governos Thatcher (1979) e Reagan (1980). São os primeiros governos de países capitalistas avançados que se engajam publicamente na tarefa de pôr em prática o programa neoliberal (ANDERSON, 1996).

⁵ Conforme já exposto, serviço público para o referido autor é o “tipo de atividade econômica cujo desenvolvimento compete preferencialmente ao setor público” (GRAU, 2002, p. 250).

⁶ A opção do Estado de não prestar diretamente essas utilidades, mas por meio de outras pessoas jurídicas por ele criadas, observou-se também no modelo francês, com os chamados serviços pú-

blicos industriais e comerciais (SPIC), administrados por entes autônomos, pessoas jurídicas de direito público (ÉPIC – Établissements Publics Industriels et Commerciaux) e de direito privado (como as S.As. – Sociédades Anônimas).

⁷ Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros, e também por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 204. As ações governamentais na área de assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I – descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;

Art. 205 – A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 209 – O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I – cumprimento das normas gerais da educação nacional; II – autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

⁸ Nesse sentido, a previsão constitucional do art. 198, relativa à área de saúde, que prevê um percentual mínimo de recursos a serem aplicados na área, definidos por lei complementar, e do art. 212, relativa à educação, esta última expressamente prevendo a aplicação mínima anual de 18% dos recursos da União e 20% dos recursos dos Estados, Distrito Federal e Municípios (calculados sobre a receita resultante de impostos) na respectiva área.

⁹ Observe-se na Constituição Federal que a regulação da educação é diferenciada, estabelecendo-se a obrigatoriedade somente em relação ao ensino fundamental. *In verbis*: “Art. 208 – O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I – ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II – progressiva universalização do ensino médio gratuito; (...) V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente (...)”.

Em relação ao papel da União, especialmente relacionado ao ensino superior, prevê-se o seguinte: “Art. 211 §1º A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrões mínimos de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios”.

Referências

- ANDERSON, Perry. História e lições do neoliberalismo: a construção de uma via única. *Rede semanal*, Brasília, 5 nov. 1996. Disponível em: <<http://www.redesemanal.hpg.ig.com.br/monitor/perry1.html>>. Acesso em: [200-?].
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- CARVALHO, Vinícius Marques de. Regulação de serviços públicos e intervenção estatal na economia. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Regulação, direito e democracia*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002.
- SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares: serviço público “à brasileira”? *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 230, p. 45-74, out./dez. 2002.
- FIGUEREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. Constituição e serviço público. In: _____. (Org.); GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- JUSTEN, Mônica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 228, p. 13-29, abr./jun. 2002.
- MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Regulamentação econômica e democracia: contexto e perspectivas na compreensão das agências de regulação no Brasil. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Regulação, direito e democracia*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002.
- MORAES, Luiza Rangel; WALD, Alexandre de M.; WALD, Arnoldo. *O direito de parceria e a nova lei de concessões: análise das leis 8987/95 e 9074/95*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- MORALES, Carlos Antonio. Provisão de serviços sociais através de organizações públicas não-estatais: aspectos gerais. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (Org.). *O público não-estatal na reforma do estado*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

