Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

IDPB
Instituto de Direito Público da Bahia

R e DAE | Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Número 1 – fevereiro/março/abril de 2005 – Salvador – Bahia – Brasil

MUTAÇÕES NOS SERVIÇOS PÚBLICOS*

Prof. Diogo de Figueiredo Moreira Neto
Doutor em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Pós-graduado em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa,Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade Cândido Mendes.

1. EVOLUÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

1.1. INTRODUÇÃO

Inicio, como o fez LORENZO MARTÍN-RETORTILLO no Seminário Brasil-Espanha, realizado no Rio de Janeiro, em outubro de 2001, ao versar o tema da atualidade dos serviços públicos[1], por eleger como ponto de partida a mais recente **declaração de direitos** - a ***Carta de Direitos Fundamentais da União Européia***, de 8 de dezembro de 2000 (*Diário Oficial das Comunidades Européias*, 18 de dezembro) - que contém o solene compromisso da Organização, por motivo da mudança de século e de milênio, de garantir o "***aceso aos serviços de interesse econômico geral*** ", nos termos em que se rotula o seu artigo 36.

É suficiente essa nova expressão - **serviços de interesse geral** - para que se nos indaguemos se nos deparamos com novos conceitos sobre os **serviços públicos** e, em caso positivo, quais seriam então o seu conteúdo e suas possibilidades, em um modelo *in fieri* de Estado que se esboça para o século vinte e um, ainda pouco nítido mas que já não mais é o liberal, tampouco o do bem-estar social nem, muito menos, o socialista, que foram os três paradigmas hegemônicos dos últimos dois séculos e, por isso, não se definindo entre o

[1] LORENZO MARTÍN RETORTILLO-BAQUER, *Actualidad de los Servicios Públicos,* in *Una Evaluación de las Tendencias Contemporaneas del Derecho Administrativo*, obra em homenagem a EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, coordenada por DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, Rio de Janeiro, Editora RENOVAR, 2003, p. 43 e seguintes.

"mínimo" e o "máximo", quiçá tendendo para o "necessário", continua sendo para nós, a dúvida shakespeareana, como a batizou então LORENZO RETORTILLO, do "*ser ou no ser*".

O certo é que esta declaração da União Européia, como as que se sucederam, inclui fundamentalmente o compromisso de assegurar **prestações estatais** diversas, independentemente do *nomen juris* que se adote – "serviço público" ou semelhantes – e da eficácia que se lhes atribua.

Ao mesmo tempo se constata, como o fazem os mestres italianos, que a partir de determinado momento as Constituições começam a tratar dos **serviços públicos**, e ainda que também se registre algumas diferenças de significados, passa a estar sempre presente a idéia de **assegurar**, pelos meios jurídicos atribuídos ao Estado, **determinados compromissos prestacionais ao público**.

Finalmente, como pano de fundo desta exposição, há que se considerar a situação econômica da atualidade, tão distinta da existente antes da Segunda Guerra Mundial, e que, por isso mesmo, gerou inéditas tensões entre o mercado e o Estado, demandando novas instituições para prevenir e compor os complexos conflitos e desafios emergentes.

1.2. ORIGENS

A este ponto convém recordar que a noção histórica de **serviço público** se originou na França, com a chamada Escola do Serviço Público, que, segundo LÉON DUGUIT, se caracterizava por ser umas atividades asseguradas, disciplinadas e controladas pelos governantes para realizar a solidariedade social, que de outra forma, senão com o emprego da coerção estatal, não se lograria, ficando implícita a necessidade de um **regime público**.[2]

Este conceito originário sofreu seu primeiro enfrentamento dos fatos quando se admitiu que a gestão de certos serviços pudesse se subtrair regime público e se a submeter ao regime privado, tal como se começou a praticar na Europa a partir dos fins da segunda década do século XX, com vistas a tornar mais eficientes e menos burocratizadas as atividades que fossem **predominantemente econômicas**.

Ocorria então o que o sempre lembrado JEAN-LOUIS CORAIL batizou exitosamente de "*a crise do serviço público*", levando a admitir-se a revisão de algumas das premissas originais para que se pudessem submeter os serviços públicos ao que seria um regime misto – público e privado – com o melhor de cada um deles.

1.3. AS CONDIÇÕES POLÍTICO-ECONÔMICAS ENTRE A PRIMERA GUERRA E O FINAL DA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

[2] V. LÉON DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 1927.

Esta primeira "crise" do prístino conceito duguitiano de serviços públicos, que se transfundiu para todo o Direito Administrativo, deriva do que LUIS MARTÍN REBOLLO identificou como um duplo fenômeno, político e econômico:

"*a aparição de atividades empresariais públicas de caráter industrial (que não se poderia dizer que fossem serviço público porque com respeito a elas o Estado se comportava como um particular) e a simultânea aparição de serviços até o momento considerados públicos que estavam geridos, não obstante, por entes privados*".[3]

Assistia-se à época uma formidável ampliação das atividades estatais, seguindo a orientação ideológica dominante, voltada a realizar uma dúplice política governamental: primeiro, a de solucionar **todos os problemas** por meio do Estado e, segundo, a de reforçar ao máximo a **segurança nacional**, em um período marcado por extrema beligerância entre as nações

Em particular, este segundo objetivo, o da **segurança nacional**, ditou nessa época - desde a criação dos cursos de doutrina política e estratégia do *Imperial College of the Armed Forces*, na Inglaterra, e de sua contraparte, o *Instituto Voroshilov*, na União Soviética, aos quais seguiram-se um considerável número de estabelecimentos similares por todo o mundo – o desenvolvimento de toda uma complexa **ideologia de poder**, que exigia o fortalecimento do Estado para atuar como se fosse um indutor de acréscimos de poder e com um papel de preceptor da nacionalidade, intervindo, por isso, na atividade econômica por meio de empresas estatais, arrecadando que tributos fossem necessários para armar fortes aparatos bélicos e para criar indústrias aptas a sustentá-los, tudo isso, ditando um direito comprometido com a doutrina esposada e, por isso, predominantemente público e concentrador de autoridade.

Ocorreu, em conseqüência, uma retração geral da iniciativa privada naqueles setores que foram à época considerados, por tais motivos, como "estratégicos", acarretando a incontrolada multiplicação dos tributos e a vertiginosa elevação da participação do Estado no produto nacional, o que incluía a deflagração de um movimento de substituição das empresas privadas, que operavam em diversos tipos de tipos de atividades, por empresas do Estado, na qualidade de prestadoras de serviços públicos.

No curso do processo, o próprio conceito adotado, de **Estado concorrente** na economia, logo se radicalizaria para o conceito de **Estado monopolista**, que haveria de ser o último passo necessário para atender ao tríplice objetivo político assinado aos países nessa época: primeiro, nacionalizar certas atividades; segundo, elevar indiretamente as contribuições aos erários; e terceiro, assegurar a disponibilidade estatal prioritária de bens e de serviços no caso de conflitos.

[3] LUIS MARTÍN REBOLLO, *Servicios públicos y servicios de interés general: la nueva concepción y operatividad del servicio público en el Derecho Administrativo Español,* in *Una Evaluación de las Tendencias Contemporaneas del Derecho Administrativo*, op. cit., p. 89 (n/trad).

Como se conclui, o velho **Estado gendarme** havia se tornado um **Estado prestador de serviços**.

1.4. AS MUDANÇAS POLÍTICAS E ECONÔMICAS OCORRIDAS NO SEGUNDO PÓS-GUERRA

Com o término da Segunda Guerra Mundial, com suas catástrofes, angústias e morticínios em massa, que coincidiu com a explosão da **comunicação social**, proporcionada pela denominada revolução nos meios de comunicação, o que levou ao sociólogo catalão MANUEL CASTELLS a falar de uma "*Era da Informação*"[4], os povos europeus editavam desiludidos dos mega-Estados, esmagados por suas pesadas cargas impositivas, horrorizados com os resultados a que haviam chegado suas velhas civilizações com a prática das doutrinas do "Estado forte" - que ironicamente se designavam a si próprias como modelos do "bem estar social" e "socialistas" – enfim, estavam exaustos de guerras e ansiosos por paz, liberdade e democracia.

Havia chegado o momento da **reversão das tendências estatizantes**, de **recompor a afetada autonomia da sociedade** e de **recuperar a desgastada dignidade da pessoa**: uma grande obra que haveria de se iniciar na Europa justamente a partir dos países cujas gerações mais haviam sofrido com as conseqüências daquelas funestas ideologias concentradoras de poder no Estado: a Itália e a Alemanha,

Em pouco tempo essa renovada **visão democrática** do mundo se cristalizaria nas novas Constituições desses dois países derrotados – a Itália, em 1948, e a Alemanha, em 1949, – e se desdobraria como uma onda mundial de democratizações a afogar ditaduras e autocracias de toda ordem, em um vertiginoso processo que encontrou seu clímax épico com o colapso da União Soviética, marcado pelo símbolo da queda do muro de Berlim.

Entre as várias conseqüências da nova ordem democrática, destaca-se o surgimento da idéia-força da **privatização**[5], que, embora possa significar muitas coisas, como, por exemplo, o transferir uma função estatal à sociedade (desestatização e deslegalização), ou o adotar fórmulas organizativas e de gestão privadas, ou o retirar certas atividades administrativas dos rigores do direito público, ou o desregular atividades demasiadamente sujeitas a regras de procedimento, a limitações e a condicionamentos (liberação e desregulamentação), e ainda o constituir parcerias público-privadas para a execução de certas atividades, **tem todas como fundo uma reavaliação dos próprios limites do Estado ante a sociedade de nossos dias**.

---

[4] Cf., de MANUEL CASTELLS, *The Rise of Network Society*, Johns Hopkins University Press, 1996.

[5] MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO emprega com mais precisão o termo "desestatização" para caracterizar o fenômeno, *in Desestatização, Privatização, Concessões e Terceirizações*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 3ª ed. 2000, p. 9.

Ao mesmo tempo, como resultado das transições políticas e econômicas ocorridas principalmente na Europa, começa a desenvolver-se no Velho Continente um movimento político unificador, que não somente estaria destinado a criar uma **nova concepção de Estado complexo** (ou de superestado, como se prefira), como a alterar muitos dos conceitos tradicionais do Direito Público, do Direito Constitucional e do Direito Administrativo, o que incluiria o deflagrar de uma nova crise do conceito de **serviços públicos**.

2. AS NOVAS RESPOSTAS CONCEITUAIS

No Direito Administrativo, em particular, essas transformações ou mutações, conforme se a denomine[6], continuam ocorrendo no plano conceitual, no que ODETE MEDAUAR denomina de "*linhas de transformação de matrizes clássicas* "[7], atingindo, em síntese, duas grandes categorias de institutos: os que conformam os **fundamentos substantivos** do Direito Administrativo (o **interesse público** e o próprio **conceito da disciplina**) e os que confirmam os **instrumentos** de ação da Administração Pública (a **ampliação das opções administrativas**, o **ato administrativo** e o **pacto administrativo**).

2.1. O INTERESSE PÚBLICO

O **interesse público**, que JEAN RIVERO chegou a erigir como critério definidor do próprio Direito Administrativo[8], se apresentou na doutrina clássica como uma **situação descrita pelo legislador**, da qual resultaria a **titularidade** absoluta do Estado e sua **causa** jurídica suficiente para agir, bem como a **legitimidade** de sua ação enquanto administrador.

O que restou deste conceito foi, porém, apenas a necessidade de expressão legislativa, porque hoje em dia, nem é o Estado o titular absoluto do interesse público, nem sua mera existência será sempre suficiente para que a Administração atue e nem, tampouco, o bastante para legitimar sua atuação.

---

[6] Ao que parece, a denominação mais antiga dada ao fenômeno é "mutação", tal como as empregou JACQUES CHEVALIER em 1993 (*Le droit administratif en mutation*) e por mim mesmo, em 1999 (*Mutações do Direito Administrativo*), embora também se o denomine de "transformação", como o preferiram os italianos SANDRO AMOROSINO, em 1995 (*Le transformazione del diritto amministrativo*) e SABINO CASSESE, em 2002 (*Le transformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*), e também recentemente empregada por PHILIPPE ARDANT, em 2002, como título da obra coletiva por ele coordenada em homenagem a BENOÎT JEANNEAU (*Les mutations contemporaines du droit public*), sendo essas as duas designações as mais empregadas, embora outros termos, como evolução, crise e metamorfose também tenham curso.

[7] ODETE MEDAUAR, *O Direito Administrativo em Evolução*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2003, Capítulo 5 (com essa mesma denominação), ps. 184 a 218. A autora, uma das mais reputadas administrativistas brasileiras, indica, em sua atualizada obra, sete linhas de transformação de matrizes clássicas: o interesse público, a discricionariedade, o ato administrativo, o contrato administrativo, o serviço público e a concessão de serviço público.

[8] JEAN RIVERO, *Droit administratif*, Paris, Daloz, 10ª ed., 1993, p. 34.

Fortes razões concorreram para essa erosão conceitual: primeiro, ante as novas definições da origem do Poder é certo que a **sociedade** emergiu na segunda metade do século XX como **a real titular do interesse público**; segundo, porque, com isso, o **Estado** passaria a desempenhar nada mais que **um papel meramente instrumental** relativamente às necessidades da sociedade; e, terceiro, porque, por este motivo, o que a ordem jurídica outorga ao aparato estatal é apenas uma **titularidade** para a prossecução de sua realização.

Ainda assim, como desde há muito se sedimentou na doutrina jusadministrativista a partir das fontes italianas, deve-se distinguir o **interesse público primário**, atinente às necessidades da sociedade, do **interesse público secundário**, que é o reconhecido ao Estado para atendimento de suas próprias necessidades enquanto instituição, mas sempre observando a prelazia do atendimento do primeiro, e, em decorrência, que à sociedade, como um todo, ou por seus membros, se reserva a cotitularidade dos interesses públicos que lhe são afetos, de modo que lhe seja possível prossegui-los autonomamente, fiscalizar o Estado, seu cotitular por outorga, e estar pronta a contestar sempre como ele os conduz, operando pelos instrumentos de **participação** dispostos pelo Direito Constitucional.

Em conseqüência, como já se tem difundido, não é mais validamente possível referir-se a um **princípio de supremacia do interesse público**, muito menos erigi-lo a característica diferenciadora do Direito Administrativo, porque os interesses que devem prevalecer em qualquer Direito Público de países civilizados são, **antes e acima de tudo**, os **afetos às pessoas**, que, não por outro motivo, se encontram expressos nas declarações de **princípios fundamentais** das Constituições – e hoje, também de tratados comunitários - que lhes atribuem hierarquias positiva e axiológica subordinantes da ação administrativa do Estado.[9]

2.2. O CONCEITO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

A idéia de um **Estado Democrático de Direito** entroniza a **juridicidade**[10] como gênero, da qual a **legalidade** passa a ser espécie, isso porque, quando se tem de todo o **direito** um conceito muito mais amplo e muito mais rico[11], a simples

[9] Sobre este interessante tema, a bibliografia juspublicista brasileira produziu um bem apanhado estudo, de autoria do jurista HUMBERTO BERGMAN ÁVILA, denominado *Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular*, inserto na obra *O Direito Público em tempos de crise* (Porto Alegre, 1999, ps. 99 e ss.), que abriu caminhos para FABIO MEDINA OSORIO indagar se *Existe uma supremacia do interesse público sobre o particular no Direito Administrativo brasileiro?* (RDA, 220/69-107, 2000), tema apreciado igualmente em meu *Curso de Direito Administrativo* (Rio de Janeiro, Forense, 13ª edição, 2003, ps. 124 a 126).

[10] Para aprofundar a respeito do conceito de *juridicidade*, a obra *Legalidade e Administração Pública - O sentido de vinculação pública à juridicadade*, de PAULO OTERO (Coimbra, Livraria Almedina, 2003).

[11] Esta visão já está afirmada em algumas Constituições vigentes, como, por exemplo, na da Espanha, em seu artigo 10. 1.

submissão da atividade estatal à **lei** não é mais suficiente para validar a ação do Estado.

Ora, com este novo marco doutrinário e constitucional, o Direito Administrativo deixa de ser apenas, como o foi no passado, um **Direito do Estado enquanto administrador**, para tornar-se um **Direito Público das relações introversas e extroversas da Administração Pública**, que não rege somente as relações internas entre os entes os órgãos da Administração (*administração introversa*), como e principalmente, as relações externas da Administração em face dos administrados (*administração extroversa*), com submissão aos princípios da **confiança legítima** e da **segurança jurídica**.

Sob esta perspectiva, perde a Disciplina seu primitivo caráter imperial, quiçá autoritário, com o qual se caracterizava como uma ordem excepcionadora do Direito Privado, recebido como herança liberal do berço francês, para transformar-se, no curso de duzentos anos de existência, em um **Direito Comum** das relações públicas, paralelamente e tanto como o é o Direito Civil o direito comum das relações privadas, assim evoluído para proteger sobretudo as liberdades das pessoas.[12]

2.3. A AMPLIAÇÃO DOGMÁTICA DAS OPÇÕES ADMINISTRATIVAS

Os novos tempos, com suas complexidades sociais, econômicas e sobretudo tecnológicas, suscitam a cada dia inéditos desafios para a Administração Pública, apresentando diferenciadas e multiplicadas dificuldades para serem solucionadas e, por isso, demandando novas técnicas para chegar-se a decisões adequadas e justas.

No Direito Administrativo, partindo da simples técnica da **vinculação** – em que não poderia existir mais que **uma** decisão válida - logicamente se passa à possibilidade de formular alternativamente **duas** decisões alternativas, que possam ser ambas teoricamente válidas – embora apenas **uma** possa hipoteticamente ser a válida – para, em continuação, se abrir uma terceira possibilidade, bem mais ampla, que é a de selecionar discricionariamente entre **várias** opções aquela que seja a mais oportuna e conveniente – neste caso, podendo todas elas ser, em tese, perfeitamente válidas, e, finalmente, já se vai estendendo uma quarta possibilidade, que é a mais recente, que abre ao administrador público todo um **campo de decisões, normativas ou executivas, que poderão ser tomadas dentro de um *marco legal* de competências delegadas**.

A decisão administrativa que mais se assenta à visão legalista estrita do Estado de Direito seria, é claro e *par excellence*, a **vinculada** – obediente a uma

[12] Esta mesma idéia se encontra explícita ou implícita em muitos dos administrativistas contemporâneos, atentos às transformações que ocorrem na Disciplina e à absorção dos valores com expressão principiológica nas Constituições, como, para dar relevantes exemplos nos dois mundos, JACQUES CHEVALIER (*Le droit administratif en mutation*, Paris, PUF, 1993) na Europa, e ODETE MEDAUAR (*O direito administrativo em evolução*, S. Paulo, RT, 2003)..

técnica em que a lei não concede opção alguma ao administrador público, uma vez que, basicamente, se concebe o ato de administrar como **uma aplicação da lei *ex officio***, não devendo remanescer, salvo excepcionalmente, espaços de escolhas voluntaristas para o **agente** da administração.

O primeiro tipo lógico (e não cronológico) de flexibilização da vinculação absoluta, ainda que haja sido estudado sistematicamente apenas nos começos do século passado pelos mestres alemães, é a abertura legal para a Administração determinar *in casu* as hipóteses aplicativas dos **conceitos jurídicos indeterminados**, com os quais o legislador comete ao intérprete e aplicador a tarefa de sopesar os fatos para definir quanto à existência concreta ou à ausência de um determinado **pressuposto de fato**, que vem formulado no texto legal com elevado grau de abstração e de vagueza, embora nele posto como necessariamente validante do ato a ser praticado.

Como exemplos de conceitos jurídicos indeterminados podem ser mencionados alguns muito conhecidos e reiterados nas legislações, tais como o *perigo iminente*, a *situação de urgência*, o *estado de necessidade*, ou o *relevante interesse coletivo*, entre tantos outros semelhantes, com os quais o legislador não prevê apenas **uma** decisão hipoteticamente possível, mas **duas** - uma **positiva** e outra **negativa** do **pressuposto de fato** - sendo que apenas **uma** delas poderá ser a teoricamente válida *in casu.*

Com a generalizada aceitação da técnica da **discricionariedade** - que, por haver recebido sua gestação no Direito Administrativo e ter nele assumido tão grande importância, durante algum tempo se a teve como um instituto característico da Disciplina - houve uma significativa ampliação do espectro decisório da Administração. Empregando a discricionariedade a lei pode abrir um **leque de opções possíveis -** de motivos, de oportunidade e de conteúdo - para que a Administração faça sua escolha por aquela opção que lhe parecer a mais adequada para o justo atendimento casuístico do interesse público a seu cargo.

Não obstante, como se sabe, a definição do conteúdo daquele espaço decisório discricionário se quedou reservada, por longo tempo, **exclusivamente à Administração** e, portanto, imune ao controle judicial, o que permitia que incontáveis abusos de autoridade não viessem a ser sequer investigados.

Havia, então, uma situação hegemônica, de que gozava a Administração, mas que se acreditava, não obstante, compatível com o princípio da independência dos Poderes. Pouco a pouco, porém, esta imunidade passou a sofrer exceções[13], progressivamente ampliadas, de modo a permitir a sindicabilidade do **mérito** do ato administrativo, valendo-se de técnicas de controle cada vez mais sofisticadas e muito mais além das formais, então empregadas, como, sucessivamente, as do *desvio de poder*, da *razoabilidade* e da *proporcionalidade*, que se arrolam, por isso, entre as notáveis conquistas do chamado **direito dos juristas**, que ditaram esses e outros igualmente

[13] Como exposto magistralmente por EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA no opúsculo *La lucha contra las inmunidades del poder* (Madri, Civitas, 1974, com terceira edição em reimpressão em 2004), especialmente nos Capítulos IV e V quanto aos denominados poderes discricionários.

importantes avanços jurisprudenciais e doutrinários do Direito Público durante o século XX.

Do mesmo modo, o notável desenvolvimento das atividades humanas e a explosão de novas relações sociais, continuavam pressionando o Estado para dar atendimento rápido e adequado a inúmeras outras necessidades que surgiam, como as de ajustar **permanentemente**, com **precisão** e em seu **devido tempo** a decisão administrativa a esses cambiantes pressupostos da realidade, principalmente nos campos recém abertos pelo progresso da tecnologia, que não mais poderiam ser acompanhados adequadamente pela via normativa tradicional, que é a que depende de uma constante atualizarão legislativa.

Por isso, como o legislador não mais tem a possibilidade de atender a contento à quantidade, à especialidade e à temporariedade das demandas normativas, passou a ser necessário dispor de um instituto que permitisse uma **ampliação em escala sistêmica do espaço decisório da Administração**, já que somente a ela se havia outorgado, com a separação de poderes, a disponibilidade técnico-administrativa de **fazer opções entre alternativas postas em escala tópica** – que, como se expôs, lhes haviam sido abertas pelo instituto da discricionariedade.

Finalmente, era necessário que esta terceira e nova técnica de ampliação da decisão administrativa, passando da seleção *micro*, do **tópico** (discricionariedade), para a decisão *macro*, do **sistêmico** (deslegalização), se realizasse com a introdução de **reabertos e dilatados espaços jurídicos de flexibilidade decisória**, para que a Administração pudesse, dentro deles, fazer suas adequadas opções administrativas, promovendo a edição de todo **um conjunto coerente de decisões –** normativas**,** administrativas e parajudicantes **-** tudo se procedendo com **segurança e sem qualquer perda das possibilidades de controle**.

Assim é que este instituto, que recebe a denominação de **deslegificação**, ou, como se tornou mais comum, de **deslegalização**[14], veio a se desenvolver

[14] A deslegalização recebeu, pioneiramente, da autorizada doutrina de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA (em sua obra *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*, Madrid, Tecnos, 1970), cuja parte principal foi o conteúdo de seu discurso de recepção na *Real Academia de Jurisprudência e Legislação da Espanha*, em 16 de março de 1970), sua correta colocação, assentada como um dos três tipos básicos de delegação legislativa, ao lado das modalidades receptícia e remissiva.

A delegação receptícia consistindo na transferência da função normativa a outro Poder para produzir normas com força de lei, dentro de um marco bem delimitado e por tempo determinado, fixados no ato de delegação. Seu exercício pelo delegatário esgota a delegação outorgada, não podendo este modificar o texto produzido, assumido pelo Poder Legislativo como se fora seu (exemplo: as leis delegadas).

A delegação remissiva, ou remissão, consistindo na remessa feita pela lei a uma normatividade posterior, que deverá ser elaborada pela Administração, sem força de lei, igualmente dentro de um marco e de certas condições de validade determinadas. Seu exercício pelo delegatário não esgota a delegação, que poderá ser alterada a qualquer tempo, porque o Poder Legislativo não assume o ato do delegatário como seu (exemplo: o regulamento).

A delegação por deslegalização ou deslegificação, consistindo na retirada, pelo legislador, de certas matérias do domínio da lei, passando a outras fontes normativas indicadas a tarefa de regulá-las por atos próprios e de sua responsabilidade. A deslegalização poderá ser desfeita *ex*

como essa nova técnica, que passou a estar disponível nas diversas ordens jurídicas do mundo para o fim de ampliar o âmbito decisório da moderna Administração Pública, graças à abertura, pelo legislador, não apenas de um leque de alternativas válidas para a prática de **certos atos administrativos** (discricionariedade), porém muito mais, trabalhando a partir do emprego do **poder de disposição** que têm as casas legislativas sobre **certas matérias** que lhes são assinadas constitucionalmente (sem cláusula de exclusividade), para **transferir por lei** a determinados órgãos e sob certos pressupostos, **um específico espaço decisório**, dito **regulatório**, para que nele se produzam tanto normas secundárias como vários tipos de atos aplicativos concretos sobre as matérias deslegalizadas.

Com esta técnica, todos os atos deslegalizados, de qualquer natureza, que venham a ser praticados pelos órgãos reguladores ficarão sempre sujeitos a um duplo controle: como controle preliminar, o da **disponibilidade constitucional da matéria** para que possa ser objeto de deslegalização, e, a seguir, como controle de fundo, o de **juridicidade do mérito**, que poderão ser todos aqueles mesmos tipos de controles desenvolvidos para a investigação judicial da discricionariedade mais além de sua legalidade formal, tais como o do *abuso de poder*, o da *razoabilidade*, o da *proporcionalidade* e o da *moralidade*.

É indubitável que ao cabo dessas sucessivas etapas de **ampliação do espaço decisório da Administração**, a atividade administrativa se revitalizou para enfrentar com eficiência ao vulto e à complexidade crescentes das questões administrativas na vida contemporânea, que apresentam ingentes demandas de decisões tecnicamente adequadas a serem tomadas com celeridade, como ocorre justamente com os serviços públicos e, particularmente, naqueles que, por isso, ficaram submetidos a entidades reguladoras independentes; mas todo esse processo, reitere-se, acompanhado do correspondente aperfeiçoamento de seus **controles administrativos** e **judiciais**.

2.4. A EXPANSÃO DO PACTO ADMINISTRATIVO

Do mesmo modo, como inevitável conseqüência do retorno da sociedade à cena política, graças ao progresso da **democracia**, bem como à cena econômica, com o ressurgimento do **capitalismo**, os canais da **participação** e da **consensualidade** se alargaram para permitir uma apreciável reutilização e reforço de todas as modalidades de **pactos** existentes no Direito, voltados a estreitar os laços de atuação negociada entre Estado e sociedade e, sobretudo, com a introdução de novas modalidades de **coordenação** de ações entre ambos esses protagonistas da política.

Assim é que as modalidades tradicionais, na forma de **acordos contratuais**, como, aqui em destaque, a **concessão de serviços públicos**, se foram aperfeiçoando em suas regras e cláusulas e, em diversos ordenamentos,

---

nunc e a qualquer tempo pelo Poder Legislativo (como exemplo: a regulação, outorgada às agências independentes).

até elevadas aos textos constitucionais, sempre com o objetivo de proporcionar a máxima segurança jurídica possível aos contratantes privados.[15]

Porém, ao lado dos contratos, foram as formas de **acordos não contratuais**, denominadas mais apropriadamente de **atos complexos**[16] pelos doutrinadores alemães e italianos[17], que se desenvolveram extraordinariamente, acrescentando às formas já tradicionais e mais conhecidas do *convênio* e do *consórcio*, novas e engenhosas modalidades de conjugação e de coordenação de esforços, tanto postos em **cooperação** – as pactuadas entre pessoas estatais, como as referidas modalidades -, como em **colaboração** - aquelas pactuadas com pessoas privadas -, como são, por exemplo, entre outros, os *acordos de programa*, os (impropriamente denominados) *contratos de gestão*, os *acordos substitutivos* e as modalidades de *parcerias público-privadas*, que são as mais recentes e adequadas à realização de serviços públicos em que grandes aportes de capitais e de tecnologia demandam, conseqüentemente, formas mais atrativas e seguras para os investidores nacionais e estrangeiros.

2.5. A CRISE ATUAL E O ENSEJO DE ABERTURA DE NOVAS FRONTEIRAS PARA A TEORIA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

No Direito Administrativo se tem tradicionalmente entendido o **serviço público** como uma **atividade econômica excluída por lei do mercado para que o Estado a discipline imperativamente e a execute por seus próprios meios ou por delegação**, um conceito que admite variações sem maior importância na bem assentada doutrina universal que se construiu a partir de sua origem francesa.

Os autores reconhecem nesta tradicional acepção **dois critérios constantes**: o **orgânico** – que é a existência de regras organizativas **coercitivas**, distintas das regras espontâneas vigentes no mercado – e o outro, **subjetivo** – que vem a ser a **titularidade** do Estado, para prestá-los direta ou indiretamente.

A influência norte-americana na Europa depois da Segunda Guerra Mundial, refletindo um modelo liberal, democrático e predominantemente regulatório, no qual o Estado não mais é o **prestador dos serviços**, limitando-se a estabelecer as regras para que o setor privado execute os *public utilities*, se fez presente em várias legislações de importantes países do Velho Mundo e, desde estes modelos, nos da América Latina.

Como seria de se esperar, este movimento de revisão do conceito clássico de serviços públicos logo alcançou o nível da organização política **comunitária,** expresso em algumas tendências sincréticas voltadas ao desenvolvimento de um

[15] No Brasil, no art. 175 da Constituição Federal, bem como os correlatos dispositivos das Constituições Estaduais.

[16] O ato complexo, que também recebe a denominação de ato união (*Gesamtakt*) na doutrina alemã, teve em OTTO GIERKE seu primeiro expositor no campo do Direito Administrativo, posteriormente aperfeiçoado com a cabal identificação das diferenças institucionais entre o contrato (*Vertrag*) e o acordo (*Vereinbarung*).

conceito híbrido, que ainda não está bem definido, mas que já se caracteriza pelo **repúdio** aos **monopólios**, aos **privilégios estatais** e até à **manutenção das prestações de serviços públicos em mãos do Estado**, por serem estas práticas consideradas como sérios obstáculos à **livre circulação de pessoas, de bens e de serviços** e, por tanto, antagônicos a esta idéia matriz da integração econômica européia.

Por sua importância, não se pode deixar de considerar dois dos aspectos subjacentes neste recente redirecionamento dos serviços públicos, ou que outro *nomen juris* se lhes dê: o suporte filosófico e o suporte econômico.

Pode-se identificar como **suporte filosófico** das transformações do setor, principalmente na Europa, em seu processo de unificação política, o **princípio de subsidiariedade**, que tem origens remotas nas escolas peripatética e tomista e daí passou a servir de fundamento à doutrina social da Igreja Católica, mas que, saindo das propostas filosóficas, ingressou no Direito Constitucional a partir dos estudos empreendidos sobre as peculiaridades subsidiárias da organização política Suíça e finalmente, mais recentemente, em 1992, com sua explícita adoção no Tratado de Maastricht.

Como **suporte econômico**, se apresenta o fenômeno da **privatização** como um movimento de redução do tamanho do aparato do Estado e também de seu poder *vis-à-vis* à sociedade; processo que se executa universalmente desde os anos oitenta do século passado, e que, em termos de serviços públicos ou apenas dirigidos ao público, exige que o Poder Público, em lugar de executar, ele próprio, certas tarefas, transfira sua execução a particulares, sob certas regras, ou simplesmente autorize que os particulares assumam a prestação de bens e de serviços considerados de interesse geral, reservando-se apenas para regulá-los.

Como se observa, marca-se uma nítida tendência de transição de um modelo de **Estado prestador** em direção a um modelo de **Estado regulador** – e possivelmente esta é a chave para entender as transformações em curso.

Um outro ponto que também se pode observar é que a chamada onda universal de privatização não implica diretamente no câmbio de um **regime público** para um **regime privado** de prestações, como se poderia supor, porém, ao revés, paralelamente com o reconhecimento das vantagens da **privatização da execução**, a comunidade de juristas parece estar cada vez mais convencida de que o Estado realmente **deve ser forte e atuante**, como ocorre com essas renascidas funções de regulação - tanto as que recaem sobre as tradicionais atividades de serviços públicos como sobre as que passaram a incidir sobre as novas atividades consideradas de suficiente **interesse geral** para que se as sujeitem ao regime público.

Mas o efetivo rompimento das velhas fronteiras assinaladas para os serviços públicos foi sobretudo um produto **político** dos atos constitutivos da União Européia, ainda que em nenhum de seus Tratados se ofereça algum conceito, seja de **serviço público**, seja dos inovados **serviços de interesse geral** e **serviços universais**.

Embora a primeira menção encontrada nesses documentos tenha sido no Tratado de Roma, que se referia apenas à necessidade de uma política comum para os transportes e sua subvenção, foi o Tratado de Amsterdã, de 1997, que veio consolidar todos os avanços da Comunidade, sobretudo os alcançados pelo Tratado de Maastricht, de 1992, ao mencionar expressamente os **serviços públicos** no artigo 73, que, passando a palavra a MARTÍN REBOLLO, "*declara compatíveis com o Tratado as ajudas que respondam a necessidades de coordenação dos transportes 'ou que correspondam ao reembolso de determinadas obrigações inerentes à noção de serviço público', sendo esta a única vez que no tratado aparece a expressão serviço público.*"[18]

Mas a novidade se concentra nos artigos 16 e 86 do mesmo Tratado, que mencionam os **serviços de interesse econômico**, referindo-se a eles como parte dos "*valores comuns da União, assim como de seu papel na promoção da coesão social e territorial*," acrescentando que "*a Comunidade e os Estados membros, com referência às suas competências respectivas e no âmbito de aplicação do presente Tratado, velarão para que ditos serviços atuem com referência a princípios e condições que lhes permitam cumprir seu cometido*" (art.16 – n/ trad).

Os textos normativos se complementam com Documentos da Comissão Européia[19] que esclarecem em síntese que:

1º – **serviço público** não equivale a setor público;

2º - **serviço público** supõe uma atividade de interesse geral que contém certas obrigações que possam ser impostas pelo Poder Público de escala nacional ou regional;

3º - **serviços de interesse geral** se referem às atividades, públicas ou privadas, que cumprem missões de interesse geral e estão submetidas, por isso, a obrigações de serviço público em atenção a razões diversas que pasmam valores coletivos comumente assumidos: a coesão social, o meio ambiente, a proteção dos consumidores, a igualdade social, a garantia de um bem-estar comum. Podem abarcar os serviços 'de mercado e os não de mercado' que as autoridades públicas considerem de interesse geral ; e

4º - finalmente, os **serviços de interesse econômico geral** (art. 86 do Tratado) são os serviços de mercado aos quais se impõem obrigações de serviço público em atenção a interesses gerais e que costumam ser os serviços de rede (transportes, energia, comunicações...).

Nessas circunstâncias, o que existe, por certo, antes mesmo de uma crise conceitual, é uma **indefinição semântica** provocada pelo uso de variadas e

[18] LUIS MARTIN REBOLLO, op. cit., p.104.
[19] Em destaque trechos do DOCE 19 de janeiro de 2001, intitulado *Los Servicios de Interés General en Europa,*

equívocas denominações, como serviço de interesse geral, serviço econômico de interesse geral, serviço público e serviço universal[20].

A confusão dos textos se reflete na perplexidade de alguns autores e das correntes que se alinharam a respeito[21], sendo que alguns chegam a ponto de considerar a crise como um sinal do desaparecimento do velho e tradicional *service public à la française*[22] e outros, mais moderados[23], vendo apenas indícios de uma profunda mutação em curso.

Entretanto, se já se torna possível encontrar efetivamente uma convergência entre os conceitos e uma tendência geral a unificá-los, tudo com o iminente descortino no horizonte de uma desejável **concepção integrada**, o certo é que os documentos comunitários, sem dúvida, se caracterizam, pelo menos até o momento, por uma formulação frouxa e deixada em aberto, como se prudentemente fugissem seus formuladores da perigosa empreitada de cristalizar definições sem que ainda se haja cristalizado um consenso sobre seu acabamento, como por certo não existirão em curto prazo, porque elas se sedimentam lentamente, no cauteloso compasso desse complexo processo de construção de uma União Européia cada vez mais heterogênea, à medida que novos membros se vão acrescendo

Como definições podem apresentar-se prematuras, há que continuar estudando com maior profundidade as conseqüências jurídicas dessas modificações *cum granum salis*. Assim é que, para LORENZO MARTÍN-RETORTILLO:

"A Comunicação da Comissão começava aclarando todos estes conceitos: fórmulas mais abertas e elásticas, cobrindo inclusive prestações ou serviços de simples gestão pelos particulares, que não se encaixariam no velho conceito de serviço público, encontram acolhida mais folgada neste amplo conceito. Haverá que proceder com certa cautela porém creio que entendendo e sabendo de que se fala em cada caso, em grande medida são expressões intercambiáveis, pelo que, determinadas regras, características e critérios tradicionais dos serviços públicos, poderão ser recordados, aplicados e exigidos quando se trate dos serviços de interesse econômico geral[24]. E quando esta última expressão nos situe ante responsabilidades do setor privado, a teleologia da coesão assim como

[20] Para que fiquemos apenas com as expressões da lista constante do glossário que se encontra na Comunicação da Comissão da Comunidade Européia de 11 de setembro de 1996, ainda que as noções que são apresentadas como explicativas sejam redundantes e no contribuam eficazmente para produzir diferenciações claras.

[21] Pode-se mencionar, como exemplo de autor preocupado com a sistematização destes conceitos, o italiano FILIPPO SALVIA, que recorre à imagem de círculos concêntricos: o interno, o do serviço universal, que seriam os fora do mercado, coincidindo com os serviços públicos tradicionais, e o externo, o do serviço de interesse econômico geral, inserido no mercado (*Il servizio pubblico: una particolare conformazione dell'empresa*, articolo in *Diritto Pubblico*, 2000, V. 2, p. 535 a 553).

[22] Como, por exemplo, o defendem os reputados autores espanhois, como GASPAR ARIÑO ORTIZ e outros, na obra coletiva *El Nuevo Servicio Público* (Madrid, 1997).

[23] Como o já algumas vezes lembrado LUÍS MARTÍN REBOLLO, *in* op. cit.

[24] *Vide* TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *Del servicio público a la liberalización*, *apud* citação do autor da transcrição, pág. 63.

os princípios de igualdade de tratamento, qualidade e continuidade haverão de constituir-se em critérios necessariamente a considerar.[25]

Um outro passo se abriu com o conceito de **serviço universal**, definido como 'o conjunto de exigências mínimas que cabe impor às empresas que prestem atividades de interesses geral para garantir a todos certas prestações básicas de qualidade e a preços accessíveis' e que, por isso, 'órbita sobre as idéias de igualdade, regularidade e generalidade".[26]

Feitas essas observações, muito pouco, não mais que duas idéias, se pode extrair como claras afirmações de **tendências**: a primeira é a diminuição de importância da **titularidade do serviço**, ou seja, o esmaecimento daquela tradicional característica subjetiva que era sempre apontada para os serviços públicos - a presença do Estado como seu titular -, e a segunda, que vem a ser uma detectável propensão à **abertura de espaços de competência** aos entes da sociedade, para que o **maior número de prestadores possível possa concorrer**, em benefício dos usuários, ainda que, em alguns casos, em razão de alguma necessidade de limitação de fato de operadores, se tenha que **selecionar**, por qualquer tipo de licitação ou procedimento concursal, os mais capazes de satisfazer plenamente as demandas sociais.

Uma terceira conseqüência, que se delineia como possível tendência em longo prazo, poderá afetar diretamente o velho instituto da **concessão**, uma vez que sob o conceito de **serviços de interesse geral**, um grande número de modalidades do que hoje se considera serviço público concessional poderá ser executado simplesmente sob **licenças** ou **autorizações**, e, portanto, **sem caráter contratua**l com o Estado, tal como já se antevê, por exemplo, no Brasil, com o emprego constitucional da **autorização**, no art. 21, XI, para certos tipos de serviços de telecomunicações, e no mesmo artigo, inciso XII, com aplicação para certos serviços de radiodifusão sonora e de imagens (a), serviços e instalações elétricas (b), de navegação aérea e aeroespacial e infra-estrutura aeroportuária (c), de transportes ferroviários e aquaviários afetos à União (d), de transportes rodoviários interestaduais e internacionais (e) e de portos marítimos, fluviais e lacustres (f), sendo certo que essas autorizações não mais apresentam aquelas características tradicionais apontadas ao instituto.[27]

O que passa é que as figuras da **licença** e da **autorização**, que eram tradicionalmente próprias ao campo da atividade administrativa de **polícia**, migraram, para acrescer novas funções, ao expandido campo da atividade administrativa de prestação de **serviços públicos**[28], apresentando-se

[25] LORENZO MARTIN-RETORTILLO, op. cit., p. 80.
[26] LUIS MARTIN REBOLLO, op. cit. p.108 (n/trad.)
[27] Essa também é, coincidentemente, a previsão que faz para o instituto da autorização LUÍS MARTÍN REBOLLO, *in* op . cit. p. 111.
[28] Segue-se aqui, atualizada com a inserção das mais recentes atividades de ordenamento econômico e de ordenamento social, a clássica tríada das tarefas administrativas da sistematização visualizada por JORDANA DE POZAS: polícia, fomento e serviço público (prestação), sendo que esta última atividade somente se faria necessária quando as duas anteriores não bastassem para lograr os efeitos administrativos desejáveis. (Cf. DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *Curso de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 13ª edição, 2003, Capítulos XV, XVI, XVII, XVIII e XIX).

modernamente transfiguradas, como instrumentos complementares de algum tipo de outorga, ao lado do tradicional vínculo da **delegação**.

A semelhança encontrada, que determinou esta transposição das duas figuras afins - da **licença** e da **autorização** - para o campo dos serviços públicos, se encontra na necessidade de impor **um novo tipo de regulação para certas atividades privadas, de modo muito similar ao que ocorre na função de polícia**, porém não mais para adequá-las a **cânones de segurança, salubridade, decoro e estética**, próprios dessa função, mas para os diferentes objetivos de submetê-las a **novos cânones públicos de universalidade, generalidade, qualidade e de eficiência das prestações**, uma vez que deixa de ser **possível ao Estado impor tais regras pelo instituto da delegação**, pela simples razão de que a **titularidade** de muitos desses serviços já não mais é sua.

O importante é que os valores da **coesão** e da **solidariedade social** e, para promovê-los, a **presença do Estado**, continuam sendo, tanto quanto na época de DUGUIT e de JÈZE e do conceito clássico, a razão de ser da teoria do **serviço público**, não importando que novas denominações se lhes atribuam.

Como estes valores não são antagônicos aos pragmáticos, próprios do livre mercado, pode-se prenunciar que a tendência possivelmente se inclinará pela **busca de fórmulas de harmonização** entre eles, em função de uma maior ou menor necessidade, identificada em cada caso, de que se dê prevalência ou às leis da **solidariedade** (coactas) ou às leis do **mercado** (espontâneas), para o efeito de obter-se sempre **o melhor resultado possível** em termos de qualidade e de contínuo aperfeiçoamento dos serviços que apresentem interesse geral para a sociedade.

3. ALGUMAS CONCLUSÕES

3.1. O ESTADO REGULADOR

Como se tem afirmado, não é necessário percorrer a vasta bibliografia dos serviços públicos para concluir, como se fez, que se está presenciando a transformação do **Estado prestador** em **Estado regulador**.[29]

Mais leve, sem os desgastes de suportar os próprios erros, a Administração Pública pode **concentrar-se** na tarefa de regular, fiscalizar e sancionar, sem praticar a gestão, cada vez mais exigente, de serviços de variada natureza, que se constituem em grande parte em atividades estranhas aos procedimentos governativos tipicamente estatais.

E **mais leve**, significa também que o Estado poderá concentrar seus esforços e seus recursos para que seja **mais eficiente** em suas próprias tarefas governativas, reduzindo custos para a sociedade.

[29] Esta a denominação - Estado Regulador – é a empregada em um dos trabalhos mais divulgados da bibliografia do Direito Regulatório, de autoria de GIANDOMENICO MAJONE, *The Rise of the Regulatory State in Europe*, in *West European Politics,* 17, 3. Ps. 77-101.

3.2. A ERA DA ADMINISTRAÇÃO CONSENSUAL

Tampouco é necessário aprofundar pesquisas de Direito Comparado para que se constate que algo está ocorrendo no perfil juspolítico contemporâneo a respeito das relações entre a **Sociedade** e o **Estado**, com um nítido sentido de maximizar o papel do **consenso** e de minimizar o emprego da força imperativa do Poder Público.

É intuitiva a superioridade da **ação consensual** no desenvolvimento das sociedades, justificando-se a conseqüente busca da justa medida da coerção pública, e sobre este fascinante tema já se tem versado.

A respeito, se tem lembrado que, no processo histórico formador de culturas e de civilizações, o dinamismo do poder se revela em dois tipos fundamentais de relações: a **relação de cooperação** e a **relação de antagonismo**, valendo a pena transcrever o que se tem dito.

O **antagonismo** é o tipo de relação responsável pelas confrontações de poder, pelos conflitos e pelas guerras, porém nele se reconhece a mola do progresso, ainda que esta seja uma forma eticamente pobre para lográ-lo, não raras vezes exigente do sacrifício de vidas e de outros valores.

Por este motivo, a razão humana vem desenvolvendo imemorialmente instituições de **cooperação**, que não somente atuam na prevenção dos conflitos, como em sua composição, reduzindo os riscos da competição desenfreada e radical, para que se torne possível à sociedade beneficiar-se apenas da face saudável dos conflitos, minimizando nele o agonal e maximizando o arquitetônico.

Efetivamente, situa-se na **cooperação**, o tipo de relacionamento entre pessoas que possibilita a **coordenação de diversas expressões do poder**, gerado pela sociedade, para alcançar seus fins comuns, impulsionando virtudes sociais como a tolerância e a confiança, que são as duas bases indispensáveis para a existência do **consenso**.[30]

A moderna literatura sociopolítica sobreleva o papel das **instituições de consenso** na construção de sociedades livres, em lugar dos sistemas que se baseiam fortemente sobre as **instituições de comando**.

Se é certo que a coerção é imprescindível para a existência das sociedades humanas organizadas, também é certo que ela não é suficiente para que medre plenamente a liberdade e se alcance o desenvolvimento sustentável das potencialidades dos indivíduos.

---

[30] Consenso, no sentido psicológico, é a coincidência de sentimentos; no sentido sociológico é a coincidência de propósitos e no sentido jurídico, que o atribui DE PLÁCIDO E SILVA, é a coincidência na "manifestação de vontade" (*Vocabulário Jurídico*, Rio de Janeiro, Forense, 1989, Vol. II, p. 520).

Por outro lado, como também se tem insistido por muito se acreditar no valor dessa idéia-força, a **desconfiança** leva à divergência, porque este sentimento provém do instinto de sobrevivência, e, por isso, ela é inata, enquanto a **confiança**, que conduz à convergência, brota no plano da consciência e, por isso, exige um certo nível de progresso cultural, na medida em que as instituições que vão sendo criadas atuem para reduzir as desconfianças e, ao revés, promovam a ativação de uma etologia do desenvolvimento.[31]

Em resumo, o que se discorre sobre o **consenso** se baseia na idéia de que o desenvolvimento dos povos e o eclodir de civilizações "*reside na confiança acordada à iniciativa pessoal, à liberdade explorativa e inventiva*"[32]. Ainda que se reconheça, por certo, a necessária contrapartida coercitiva dos limites e deveres individuais.

Pois bem: os modelos políticos antigos raramente abriam espaço para essa necessária e fundamental liberdade individual para empreender nos múltiplos campos de ação rasgados pela densa convivência social contemporânea. Não eram, por isso, modelos propícios à formação de pólos de consenso duráveis na sociedade; ao contrário, se fundavam na concepção oposta, de que era necessário que a convivência fosse dirigida por um pólo de poder suficientemente forte para impor comportamentos e assegurar que a convergência partisse da coerção.

Não obstante, foram esses exemplos antigos os nossos modelos, que inspiraram à criação do que seria o modelo renascentista do Estado-Nação que, até nossos dias, com sucessivas alterações históricas, é o que se perpetua na organização política dos povos contemporâneos, mantendo-lhes sua característica dominante de imperatividade.

Como sua orientação germinal não havia sido a busca do consenso, mas, predominantemente, a imposição da coerção, explica-se a lenta e multicentenária evolução do modelo renascentista de **Estado**, que chegaria à importante etapa dos novecentos, sob a forma do **Estado de Direito**, de corte iluminista, para alcançar, já na segunda metade do século XX, a do **Estado Democrático de Direito**, no qual já é possível distinguir-se, entre uma rica plêiade de princípios de inspiração libertária, um embrionário **princípio do consenso**, ainda em tímida construção, mas que já pode ser detectado e definido como a afirmação do **primado da concertação sobre a imposição nas relações de poder**.

Assim é que se inaugura, a partir do modelo de Estado Democrático de Direito, una era de relações mais equilibradas entre os protagonistas da cena política e, especialmente para o que concerne a este estudo, entre os **cidadãos** e a **Administração**.

É inegável que o reforço do **consenso**, como forma alternativa de ação estatal, representa para a Política e para o Direito uma benéfica renovação, já

[31] Segue-se aqui, no que se refere à etologia comparada do desenvolvimento, as lições de ALAIN PEYREFITTE em sua vigorosa contribuição à sociologia do desenvolvimento: *La Societé de Confiance*, Paris, Éditions Odile Jacob, Paris, 1995, em destaque, das páginas 11 a 23.

[32] Obra citada, p. 15.

que, como já se disse, incorpora muitos valores, pois contribui para aprimorar a governabilidade (eficiência), propicia mais freios contra os abusos (legalidade), garante a atenção de todos os interesses (justiça), proporciona decisão mais sábia e prudente (legitimidade), evita os desvios morais (licitude), desenvolve a responsabilidade das pessoas (civismo) e torna os comandos estatais mais aceitáveis e, por isso, mais facilmente obedecidos (ordem).[33]

Para a ação administrativa, em especial com referência à prestação de serviços públicos, o consenso apresenta condições de ser amplamente adotado, e não somente pela via **contratual**, como tradicionalmente se faz, como também pela via dos **acordos não contratuais**, ainda que já venham sendo incipientemente utilizados em alguns países da Região em suas modalidades mais familiares, dos **convênios** e dos **consórcios**.

Contratos e **acordos**, ambas modalidades da figura jurídica do **pacto**, diferem entre si por várias características, porém o que aqui interessa é sublinhar a modalidade que se apóia na natureza das prestações objetivadas, na qual se pode apreciar a diferença básica entre a **comutatividade** e a **integração**.

Assim, enquanto as prestações dos **contratos** são **comutativas**, cada uma delas destinada ao atendimento de interesses distintos dos contratantes, as prestações dos **acordos** são **integrativas**, destinadas por tanto ao atendimento de interesses comuns dos acordantes.

Hoje a chamada **administração concertada**, uma fórmula sintética designativa dos "*novos modelos da ação administrativa, ou seja, aqueles módulos organizativos e funcionais caracterizados por uma atividade 'consensual' e 'negocial' "*[34]*,* em pouco tempo passou a ser empregada não somente para o desempenho da administração corrente como e principalmente para o desenvolvimento de **projetos conjuntos** entre a iniciativa privada e as entidades administrativas públicas, abrindo um espaço novo para as prestações de serviços públicos.[35]

3.3. OS HORIZONTES DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Exemplo de aplicação do conceito ampliado de consenso e da conseqüente abertura para novas técnicas para a realização de obras e de serviços de interesse público, vem a ser o caso do recente e inovativo **Projeto de**

[33] V. nosso *Mutações do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, ed. Renovar, 2003, 2ª edição, p. 41.

[34] ROSARIO FERRARA, *Gli accordi di programma*, Milão, Cedam, 1993, p. 3.

[35] JEAN-PIERRE GAUDIB se refere ao surgimento de uma nova dinâmica política legitimada pela negociação explícita, que estaria abrindo novos caminhos de consensualidade, razão pela qual intitulou seu instigante trabalho de *Gouverner par contrat – l'action publique en question* (Paris, Presses de Sciences Po, 1999.

Lei de Parcerias Público-Privadas - PPP, apresentado ao Congresso brasileiro.[36]

Por ele se admite a celebração de contratos (e possivelmente de outros atos, conforme sugestões recebidas nas consultas públicas realizadas) para a implantação e gestão de serviços e de atividades de interesse público em geral, nas quais o financiamento e a responsabilidade pelas inversões necessárias, assim como sua exploração econômica, passam em todo ou em parte para entidades privadas.

Seu objeto envolve uma ampla gama de atividades administrativas do Estado, em todos os três níveis federativos, como os **serviços públicos**, precedidos ou não da execução de **obras públicas**, e a execução de **obras** em geral, diretamente para a Administração ou para aliená-la ou alugá-la posteriormente à própria Administração.

Permite-se, como atração para que empresas venham colaborar na execução de serviços públicos, que o Estado ofereça aos entes em parceria **contraprestações adicionais** às tarifas e **garantias públicas**, inclusive com a possibilidade de ceder seus créditos públicos a instituições financeiras.

Tampouco a **segurança jurídica** foi esquecida, revendo-se a fixação, nos contratos de parceria, de que os pagamentos devidos pela Administração Pública terão **precedência** sobre as outras obrigações contratuais por ela contraídas.

Também, na mesma linha, o projeto admite o pacto de **arbitragem** para a composição extrajudicial de conflitos derivados das parcerias, evitando as delongas dos ajuizamentos formais, reforçando a corrente doutrinária brasileira que se tem batido pelo alinhamento do País entre os Estados de vanguarda que não vêem nesse instituto atentados à soberania

Finalmente, no mesmo sentido, o projeto repudia a teimosa xenofobia colonialista e tampouco faz distinção com relação à **nacionalidade** dos parceiros nem com relação à **origem do capital** que se propõe a um regime de colaboração, manifestando mesmo uma preferência pela constituição de **sociedades de propósito específico**, as SPC, para cada empreendimento.

Sem dúvida, se trata de uma experiência que merece detida atenção e acompanhamento.

3.4. COM VISTAS AO FUTURO

[36] Para uma útil apreciação das potencialidades desse instituto, confira-se o artigo de CARLOS PINTO COELHO DA MOTTA, *Perspectivas na implantação do sistema de Parcerias Público Privadas – PPP,* in *Boletim de Direito Administrativo – BDA*, nº 2, Ano XX, fevereiro de 2004, pp. 130/138, em que, generosamente, aponta o autor dessas linhas como tendo lançado o marco do pensamento brasileiro na linha do desenvolvimento de uma administração pública consensual (p.130).

Alguns pontos são especialmente relevantes para o observador prospectivo, o que intenta retirar tendências para o futuro. Desde logo, a **subsidiariedade**, que até o momento servia ao plano político, porém pouco transparecia no ordenamento jurídico administrativo[37], neste vem prolongando sua influência, não mais à semelhança de algo como uma nova ideologia, mas revestida das características dinâmicas de um **princípio de ordem e de racionalização das atividades do conjunto de entidades criadas pelo homem** e destinado a orientar a reconstrução de um aperfeiçoado *continuum* social em que estejam claramente traçadas as limitações operativas das organizações políticas, como, por exemplo, nos campos em que a economia de mercado já demonstrou historicamente sua superioridade[38], ou naqueles em que a degrede da pessoa humana exige crescente liberdade de opções.

Mas ainda que se possa identificar uma **tendência universal**, não existe, em troca, una **solução universal** que se possa considerar válida para tantos países com tão marcadas diferenças geográficas, históricas, sociais e econômicas.

Em síntese, atende-se melhormente ao **princípio de subsidiariedade** sempre que a decisão do Poder Público venha a ser tomada **da forma mais próxima possível dos cidadãos a que se destinem**.[39] Tal proximidade serve para garantir que o órgão titular do poder público considerará sempre, em suas decisões: primeiro, que seja, respeitados os direitos e iniciativas dos cidadãos e das entidades privadas; segundo, que qualquer intervenção administrativa somente se produza em caso de inexistência ou de insuficiência da iniciativa individual ou social; terceiro, que mesmo neste caso, a intervenção somente se faça na medida indispensável para atender ao interesse público legal e legitimamente definido; e quarto, que se assegure que os outros entes ou órgãos administrativos, maiores ou menores, não tenham condições de agir com maior eficiência.

Assim, nas sociedades humanas atuais, que deixaram de ser uniclasse e monolíticas, ou mesmo divididas em dois ou poucos estamentos e com quase nenhuma mobilidade interna, como sucedia no passado, para se transformarem em sociedades pluriclasse, com alta mobilidade, somente uma correta aplicação de tal princípio pode proporcionar as condições para um atendimento diversificado e, por isso mesmo, adequado e eficiente das necessidades plurais dessas novas sociedades assim conscientizadas e que, por isso mesmo, demandam cada vez mais o emprego de instrumentos de satisfação coletiva, como os que dependem da utilização dos meios organizadores atribuídos ao Estado.

---

[37] Na linha da conclusão de GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES , *in Reflexiones sobre el valor jurídico de la doctrina de la subsidiariedad*, in *Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo*, op. cit., ps. 526 a 529.

[38] CF. GASPAR ARIÑO ORTIZ, *La Empresa Pública*, na obra coletiva *El Modelo Económico en la Constitución Española*, II, Madrid, IEE, 1981.

[39] Cf. as Conclusões do Conselho Europeu de Edimburgo, de 12 de dezembro de 1992, referidas ao Princípio de Subsidiariedade: enfoque geral de aplicação, pelo referido Conselho, do princípio e do art. 3º do Tratado da União Européia (*Gazeta Jurídica de la CEE*, B-81, enero/ febrero de 1993, p. 63).

E tão poderoso é este princípio, que, atuando desde o segundo Pós-guerra como um padrão de ordem na repartição dos esforços nos níveis internacionais, nacionais, regionais ou locais, sejam eles públicos, sejam privados, já se permite vislumbrar o surgimento, ainda que tímido, de um novo desenho, tendencialmente mais justo e mais eficiente, das relações entre os dois macro protagonistas da política: a Sociedade e o Estado.

Efetivamente, já se torna possível verificar que a separação abissal entre estas duas realidades, que produzia estamentos bem demarcados e por tanto tempo distanciados – o dos **governantes** e o dos **governados** – se esmaece pouco a pouco, de modo que se torna possível antever a criação de um *continuum* social dinâmico e caleidoscópico, favorecendo uma alta mobilidade social apta a produzir incessantes câmbios entre os protagonistas individuais e institucionais.

Nessa nova continuidade fenomênica em construção entre sociedade e Estado, com intensa participação das pessoas, individualmente ou por entidades secundárias organizadas, não mais se definirá uma nítida distinção entre o público e o privado e, em conseqüência, entre as categorias de direitos aplicáveis sob o critério **subjetivo**. Mas enquanto o Direito não se unificar, desfeita a milenar distinção romana, permanecerá o critério **finalístico** para definir qual de seus ramos regerá cada tipo de relações – o público ou o privado.

No entanto, na projeção feita, o papel do Estado, longe de diminuir, ganhará em importância, já que, fortalecido pela segurança ética que lhe dará o princípio de subsidiariedade, concentrará decididamente sua ação em seu próprio campo decisional – o da **finalidade pública** – uma vez que esta só pode ser realizada efetivamente com sua ação: "*Um Estado que agora, sobretudo, regula, vigia, inspeciona, sanciona. Acentua esse papel vigilante, sem prejuízo de que às vezes preste diretamente serviços*."[40]

Portanto, em síntese, levando em conta e ponderando as mutações em marcha, uma **nova classificação** já se pode vislumbrar no horizonte do que admite ser confortavelmente denominado de **serviços públicos em sentido amplo**: ter-se-ia, de um lado, os **serviços públicos estatais**, de prestação exclusiva pelo Estado, que são *extra commercium* e sujeitos a um regime jurídico exclusivamente público, e, de outro lado, recuperando a velha nomenclatura, agora até mais adequada, os **serviços de utilidade pública**, que são *intra commercium* e por isso devem ser prestados pelas entidades da sociedade e, excepcionalmente, quando se justifique, pelo próprio Estado, porém que, em razão dos interesses públicos envolvidos e segundo sua predominância em cada caso, se sujeitam a regimes jurídicos mistos de direito público e privado.

Assim é que os **serviços públicos estatais** poderão ser considerados como aqueles que a doutrina clássica tinha como essenciais à própria existência do **Estado**, como os de polícia, diplomacia, defesa nacional etc., e que em razão

[40] LUIS MARTIN REBOLLO, *in* artigo mencionado na obra *Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo*, op. cit., p. 111.

desta característica são indelegáveis, prestados *uti universi* e custeados indiretamente por impostos ou contribuições gerais assemelhadas.[41]

Distintamente, os **serviços de utilidade pública**, com essa denominação porque se apresentam sob vários graus de essencialidade e de comodidade, não mais para o **Estado**, mas **para a sociedade**, são preferentemente delegáveis, prestados *uti singuli* e custeados diretamente por seus usuários, por preços privados ou públicos ou por taxas, quando eventualmente prestados pelo próprio Estado.

Como se pode observar, na medida em que esta simples classificação passe a espelhar a realidade do quadro dos serviços públicos, abarcando as modalidades e as nomenclaturas em surgimento, como o são as já referidas – dos **serviços de interesse gera**l, a dos **serviços de interesse econômico geral** ou a dos **serviços universais** - deixará de ter sentido qualquer distinção que persista em doutrina, quanto aos **serviços de utilidade pública** prestados à sociedade, que os divida em "**econômicos"** e "**não econômicos"**, pois o que passará a importar para um futuro não muito distante, será apenas o **papel** regulador que a lei cometa ao Estado para que primem sempre os **princípios garantidores de bons serviços**, que são encontrados sob denominações muito diversas, como princípio da generalidade, da igualdade, da regularidade, da eficiência, da continuidade, da modicidade, do serviço adequado, da atualidade, do aperfeiçoamento tecnológico ou outros mais que se acrescentem.

Neste sentido, também é auspicioso observar que as atualizações recentes das ordenações constitucionais dos países emergentes indicam, em geral, uma capacidade de rápida modernização no campo dos serviços públicos, do mesmo modo que se está passando em outros setores dinâmicos do Direito Público.

Conclusivamente, as crises são benéficas, desde logo porque põem em evidência a necessidade de atualizar as normas para responder aos desafios do tempo e abrem proveitosas discussões sobre o aperfeiçoamento das instituições.

Há muitas experiências intercambiáveis[42] e o desafio do desenvolvimento é universal, porque não há ponto de chegada para nenhuma sociedade e nenhum país.

Em particular, no Brasil e, por extensão, na América Latina, embora existam alguns atrasos isolados no progresso institucional na Região, ela poderá

[41] A indelegabilidade não se refere a atividades de apoio, aquelas que são despidas de poder de decisão sobre interesses públicos.

[42] Neste sentido colha-se a observação de SABINO CASESE sobre o efeito aproximativo e homogeneizador das legislações no desenvolvimento institucional da Comunidade Européia. Segundo o mestre romano, o efeito foi muito mais além do que o que seria esperado como objetivo inicial, o que se comprova tendo em vista a amplitude e a intensidade das intervenções, inserindo-se este procedimento entre os três por ele indicados como decisivos no setor: a liberalização dos serviços públicos, a privatização das empresas públicas e a harmonização das legislações, que provaram a força e a valia da experiência européia (*in* Aula Magna de SABINO CASSESE, proferida no Ato Solene de sua investidura como Doutor Honoris Causa pela Universidade de Castilla-La Mancha, Opúsculo, Toledo, Ed. Universidade de Castilla-La Mancha, 2002.

ser a grande beneficiária das mutações examinadas e até particularmente surpreender, no campo dos serviços públicos, em que há tanto o que avançar, o que será mais fácil de alcançar, desde logo, com a superação, mais do que nunca a seu alcance, de duas de suas mais sérias restrições históricas ao desenvolvimento econômico, que são a **insegurança jurídica** e a **falta de atração para investimentos**.(Teresópolis, fevereiro de 2004).

BIBLIOGRAFIA

ALAIN PEYREFITTE, *La Societé de Confiance*, Paris, Éditions Odile Jacob, Paris, 1995.

CARLOS PÍNTO COELHO DA MOTTA, *perspectivas na implantação do sistema de parcerias público-privadas,* BDA – Boletim de Direito Administrativo, NDJ, nº 2, ano XX, fevereiro de 2004.

CONSELHO EUROPEU DE EDIMBURGO (conclusões), de 12 de dezembro de 1992, referidas ao Princípio de Subsidiariedade: enfoque geral de aplicação, pelo referido Conselho, do princípio e do art. 3º do Tratado da União Européia.*Gazeta Jurídica da CEE*, B-81, janeiro/fevereiro de de 1993.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO,

Curso de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 13ª edição, 2003,

Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo, (Coordenador) obra em homenagem a EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, Rio de Janeiro, Editora RENOVAR, 2003.

Mutações do Direito Administrativo, Rio de Janeiro, ed. Renovar, 2003, 2ª edição.

DOCE – Documento da Comunidade Européia, de 19 de janeiro de 2001, intitulado *Los Servicios de Interés General en Europa.*

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA.

Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial, Madrid, Tecnos, 1970.

La lucha contra las inmunidades del poder, Madri, Cuadernos Civitas, 3ª edição. 4ª tiragem, 2004.

GASPAR ARIÑO ORTIZ,

La Empresa Pública, na obra coletiva *El Modelo Económico en la Constitución Española*, II, Madrid, IEE, 1981.

El Nuevo Servicio Público, obra coletiva, Madrid, 1997.

GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES, In *Reflexiones sobre el valor jurídico de la doctrina de la subsidiariedad*, *in Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo*.

FABIO MEDINA OSORIO, *Existe uma supremacia do interesse público sobre o particular no Direito Administrativo brasileiro?* ,RDA, 220/69-107, 2000.

FILIPPO SALVIA, *Il servizio pubblico: una particolare conformazione dell'empresa*, articolo in *Diritto Pubblico*, 2000,

GIANDOMENICO MAJONE, *The Rise of the Regulatory State in Europe*, in *West European Politics,* 17, 3. Ps. 77-101

HUMBERTO BERGMAN ÁVILA, *Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular*, *in O Direito Público em tempos de crise*, Porto Alegre, 1999.

JACQUES CHEVALIER, *Le droit administratif en mutation*, Paris, PUF, 1993.

MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, *Desestatização, Privatização, Concessões e Terceirizações*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 3ª ed., 2000.

JEAN-PIERRE GAUDIB, *Gouverner par contrat – l'action publique en question ,* Paris, Presses de Sciences Po, 1999.

JEAN RIVERO, *Droit administratif*, Paris, Daloz, 10ª ed., 1993.

LÉON DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 1927.

LORENZO MARTÍN RETORTILLO-BAQUER, *Actualidad de los Servicios Públicos, in Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo*, obra em homenagem a EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, coordenada por DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, Rio de Janeiro, Editora RENOVAR, 2003.

LUIS MARTÍN REBOLLO, *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*, obra em homenagem a EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. Rio de Janeiro, Editora RENOVAR, 2003.

LUIS ORTEGA, *La Constitución Europea,* Ciudad Real, Ed. Universidade de Castilla-La Mancha, 2003..

MANUEL CASTELLS. *The Rise of Network Society*, Johns Hopkins University Press, 1996.

MONICA SPEZIA JUSTEN,*A noção de serviço público no direito europeu,* São Paulo, Dialética, 2003.

ODETE MEDAUAR, *O Direito Administrativo em Evolução*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2003

PHILIPPE ARDANT, *Les mutations contemporaines du droit public*, obra coletiva em homenagem a BENOÎT JEANNEAU, PARIS, DALLOZ, 2002.

PLÁCIDO E SILVA, *Vocabulário Jurídico*, Rio de Janeiro, Forense, 1989.

ROSARIO FERRARA, *Gli accordi di programma*, Milão, Cedam, 1993.

SABINO CASSESE, *Le transformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, 2002

SANDRO AMOROSINO, *Le transformazione del diritto amministrativo*, 1995.

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Mutações nos Serviços Públicos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 1, fevereiro, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site **direitodoestado.com.br**

Publicação Impressa:

Texto publicado na coletânea **Direito do Estado: novos rumos,** Volume 1, São Paulo, Ed. Max Limonad, 2001, pp. 66-83. ISBN: 85-86300-83-7