



**Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*
em Direito Administrativo**

SAULO DE ARAUJO MARQUEZ

SERVIÇOS PÚBLICOS E SUA CRISE

BRASÍLIA - DF

2013

SAULO DE ARAUJO MARQUEZ

SERVIÇOS PÚBLICOS E SUA CRISE

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador:

BRASÍLIA - DF
2013

Banca Examinadora

FICHA CATALOGRÁFICA

Marquez, Saulo de Araujo

Serviço Público e sua Crise / Saulo de Araújo Marquez. -- Brasília [S.n], 2013.

-- f.

Monografia. Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Administrativo. Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP

1. Serviços Públicos e sua Crise

CDU – XXX.XX

Proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, sem permissão expressa da Autora. (Artigo 184 do Código Penal Brasileiro, com a nova redação dada pela Lei n.º 8.635, de 16-03-1993).

Dedico esta monografia à minha família, em especial minha mãe. A Roberta, pelo amor e carinho; aos amigos que colaboraram para meu crescimento pessoal, profissional e acadêmico, acreditando sempre no meu sucesso.

“Quem organiza uma antologia escreve sempre um prefácio em que declara o critério adotado. O que sucede de ordinário é que a maioria dos leitores não faz caso do prefácio. Agora sei que os prefácios são inúteis, e entre apanhar e apanhar, antes apanhar sem prefácio.”

Manuel Bandeira

RESUMO

O serviço público sempre padeceu de extrema dificuldade quando se trata em delimitar um conceito jurídico único e fixo. Desde seu surgimento, na França, é constantemente debatido no mundo jurídico por ter sido sempre considerado um instituto de constante mutação. Grandes doutrinadores abordam o tema expressando, sempre, as dificuldades na delimitação de seu conceito. Com o passar do tempo, sua noção jurídica passou por crises que abalaram sua estrutura em torno do ordenamento. Elementos objetivos que sustentavam seus pilares e o ajudavam a fixar na doutrina um conceito, em que pese controvertido, se esfumaram ao ponto da noção de serviço público ter se transformado nos dias atuais apenas com um valor nominal.

Palavras-chave: serviço público; noção; conceito; abstrato; elementos; Lei de Telecomunicações; interesse público; princípios.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1. O ACÓRDÃO BRANCO	12
2. A ESCOLA DE BOUDEAUX	14
2.1 A ótica de Léon Duguit	15
2.2 A ótica de Gáston Jèze	18
2.3 A ótica de Maurice Hauriou	20
2.4 Considerações finais	21
3. A NOÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO	24
3.1 Termos integrantes da expressão	24
3.2 Variações conceituais.....	26
3.3 Considerações finais	32
4. A CRISE NA NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO	35
5. CONCLUSÃO	49
6. FONTES E REFERÊNCIAS	51

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo tratar da crise jurídica de um dos maiores conceitos do Direito Administrativo: o Serviço Público.

Nascido de um famoso caso jurisprudencial, a ideia do que era ou não serviço público e seu conceito cresceu, principalmente, entre os franceses, com a chamada Escola do Serviço Público.

A constante divergência doutrinária sobre o tema, levou juristas a uma celeuma que não se esgotou no tempo. Publicistas de renome travaram verdadeiras batalhas na busca do tão esperado conceito do que é Serviço Público. Parte-se, de tal modo, de uma concepção doutrinária em um campo variante e peculiar, que ora é denominado pedra angular do Direito Administrativo, ora é tratado como um instituto que está prestes a desaparecer, sem qualquer importância jurídica.

Assim, é duplo o objetivo deste ensaio. Pretende-se fazer leitura de discussões jurídicas, que se desdobram em um cenário que, historicamente, é marcado pelo poder da política e do interesse comum da sociedade e, ainda, mostrar que o conceito do instituto está caminhando para o sepultamento.

Doutores, Mestres e ilustres nomes do Direito Administrativo desfilam pelo texto e travam uma constante batalha na tentativa de definir o instituto em voga. Contudo, estes doutrinadores não discorreram sobre o instituto de forma a relacioná-lo com a constante mutação e vontades dos povos. Pode-se, assim, captar as ambiguidades da polarização ideológica referente ao instituto, que ora se considera de força inestimável, ora é apenas uma expressão com valor nominal.

Nos últimos cinquenta anos, a noção jurídica de serviço público continua a desafiar a perspicácia dos tratadistas que lhe decidem, em suas obras, atenção específica.

Desta feita, faço menção especial a alguns dos nomes mais importantes do direito administrativo mundial e, em particular, correlaciono-os com os Professores que tanto contribuíram para a evolução do direito administrativo brasileiro.

Início o trabalho científico com Leon Duguit, conhecido de forma geral como o pai da Escola do Serviço Público e seus estudos relativos à questão do instituto ora analisado. Retorno a Gastón Jéze e refiro-me ao modelo, outrora trazido, que confronta a tese levantada por Duguit, referindo-a como vazia e abstrata em sua forma. Avanço para Maurice Hauriou e identifico elementos fundamentais sobre poder de império, trazendo a cena, acima de tudo, os debates jurídicos, políticos e ideológicos do conceito material de serviço público.

Faço menção ao extraordinário julgado denominado *acordão Blanco* e a versão jurisprudencial do legado do serviço público. Indico Cirne de Lima, com necessária menção de texto que em que traz à baila a dificuldade na conceituação jurídica do serviço público. Rafael Bielsa é lembrado, assim como a forma revolucionária de dividir os serviços públicos em próprios e impróprios. Há também pequena referência a Mônica Justen, e da noção de um serviço público no direito europeu. O trabalho avança com Alexandre de Aragão, Bandeira de Mello e continua com Maria Sylvia Di Pietro, entre outros.

É possível verificar, ainda, a visão da Suprema Corte Brasileira sobre o tema.

No fim, faço um paralelo da realidade em que vivemos com a atual conjuntura político-social, onde os interesses públicos estão cada vez mais difusos e a iniciativa privada, com seu potencial, toma o lugar da esfera estatal, realizando o que era, teoricamente, para ser realizado pelo Poder Público.

Igualmente, não é possível ignorar que as transformações sociais e políticas do Estado moderno no final do século XX abalaram as estruturas e os fundamentos do serviço público em todo o mundo e, conseqüentemente no Brasil.

A saber, a noção jurídica de serviço público já nasceu em crise, caminha agora para se tornar apenas uma expressão de uso comum. Sua situação se agravou com o advento da União Européia e os chamados serviços de interesse geral.

No Brasil, por mais que o instituto jurídico esteja desaparecendo, a Carta Magna ainda dispõe sobre seu tema em vários de seus dispositivos. Ora para expressar o sentido de organização de recursos materiais e pessoais necessários à atuação estatal, ora para significar unidades de obtenção de meios financeiros.

Mister salientar que, muito embora a Constituição Federal disponha expressamente que a titularidade dos serviços públicos é do poder do estado, não é o que geralmente acontece no Brasil, onde o Poder Público coloca nas mãos de particulares, ou seja, da iniciativa privada alguns serviços de interesse coletivo de extrema importância, como no caso das telecomunicações.

Portanto, como há de se aferir na leitura desse ensaio, a noção jurídica de serviço público tem sido objeto de continua indagação por parte dos doutrinadores que tentam se expressar em relação ao tema, não encontrando, entretanto, um conceito que possa resumi-lo.

1. O ACÓRDÃO BLANCO

Para grande parte dos publicistas que abordam o tema ora estudado, o *Acórdão Blanco* é considerado o marco inicial que da origem a noção de serviço público. Trata-se, pois, de um famoso julgado do Tribunal de Conflitos francês, datado de 8 de fevereiro de 1873.

Tal celeuma tinha por objetivo decidir a competência para realizar um julgamento em uma ação de responsabilidade pelos danos físicos causados a uma jovem menina, decorrente de um grave acidente entre veículos da manufatura de tabacos da Cidade de Boudeaux, na França.

No julgado, o Tribunal de Conflitos assim decidiu:

“a responsabilidade que pode caber ao Estado, por danos causados aos particulares por fato das pessoas por ele empregadas no serviço público, não pode ser regida pelos princípios do Código Civil, que regem as relações entre os particulares; que esta responsabilidade, que não é nem geral nem ilimitada, possui regras especiais que variam de acordo com as necessidades do serviço e a necessidade de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados; e que, portanto, a autoridade administrativa é a única competente para dela conhecer”.¹

O famoso acórdão transformou-se em um marco de suma importância por ter contribuído para determinar o campo de aplicação da jurisprudência administrativa.

O celebre Publicista MICHEL PAILLET discorre sobre a importância do acórdão Blanco no tema da responsabilidade do Estado. Segundo o autor:

“o Arrêt Blanco, enriquecido pelas notáveis conclusões de David, representante do Governo, revê o mérito de sintetizar em algumas fórmulas concisas os princípios sobre os quais foi construído o sistema francês de responsabilidade administrativa, de maneira que a sua celebridade não é despropositada, ainda que ela tenha sido bastante posterior à sua prolação. O Arrêt Blanco tornou-se, assim, o símbolo da autonomia da responsabilidade administrativa e mesmo do próprio Direito Administrativo como um todo, com a idéia

¹ LONG,M.;WEIL,P.;BRAIBANT,Guy. Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative, Paris, Dalooz, 1996,pp.1-7 em apud a Alexandre Santos de Aragão. Direito dos serviços públicos, 2008, p.98

de uma ligação de duplo sentido entre o fundo do direito aplicável e a competência (derrogatória do direito comum) da jurisdição administrativa".²

Assim, elaborou-se um sistema em torno da noção de serviço público e, a partir desse ponto, parece ter-se originado a concepção de serviço público como centro do direito administrativo e, ainda, como justificativa da existência do Estado, como mais tarde propôs Léon Duguit.

Em razão de tal julgado e dos estudos que originavam do mesmo, surgiu, ali, a chamada Escola de Boudeaux, também conhecida de Escola do Serviço Público.

² PAILLET, Michel. *La Responsabilité Administrative*, Paris, Dalloz, 1996, pp.4-5 em apud Alexandre Santos de Aragão. *Direito dos serviços públicos*, 2008, p.100

2. ESCOLA DE BOUDEAUX

Também chamada de Escola do Serviço Público, a Escola de Boudeaux se desenvolveu, principalmente, no final do século XIX e nas primeiras décadas do século XX na França.

Na concepção histórica do direito administrativo, a “*École du Service Public*” possui fundamental importância na construção de teorias que englobam a administração pública.

Surgida na França com a III^a República, possui como principal protagonista o publicista francês Léon Duguit que, para muitos doutrinadores, é considerado o fundador dessa escola e o verdadeiro “pai” da teoria jurídica do serviço público.

Para tal escola o serviço público era, basicamente, o centro de todo o direito administrativo e o Estado se fundava nada menos do que em um conjunto, uma cooperação de serviços públicos, organizados e controlados pelos governantes com o objetivo de satisfazer o interesse geral da coletividade.

Dessa forma, o serviço público surge a partir da ideia de que a solidariedade estatal, por meio da imposição intervencionista do Estado, é a justificativa para intervenção na esfera privada.

2.1 A ótica de Léon DUGUIT

Léon DUGUIT surgiu na França com uma visão inovadora e revolucionária. O renomado autor propugnava pela substituição do conceito de soberania, como fundamento do direito público, pela noção de serviço público.

Em seus primeiros manuais, o jurista tratava, em princípio, de direito constitucional, dando enfoque especial sobre o alicerce central que sustentaria toda uma legitimidade Estatal.

Para especificar tal visão, DUGUIT afastou a ideia de poder absoluto do Estado, acreditando que as noções de personalidade estatal, de soberania e de sujeito de direito, não respondiam de nenhum modo à realidade e deveriam, definitivamente, ser banidas. Isso porque, para ele, o melhor direito a ser aplicado seria aquele aceito pelo comportamento social, ao que nos tempos modernos se dá pelo princípio da supremacia do interesse público.

De fato, tal princípio tem importância basilar na Administração Pública, onde se sobrepõe o interesse da coletividade sobre o interesse do particular.

Com efeito, no Brasil, embora não esteja expressamente explícito na Constituição Federal, o princípio da supremacia do interesse público encontra guarida por força do regime democrático de direito e do sistema representativo, cuja presunção é de que toda atividade entabulada pelo Poder Público, ou seja, pela administração de forma geral, seja prestada com base no interesse coletivo.

Ademais, assegura o autor que um sistema jurídico só tem realidade na medida em que ele possa fundar e sancionar as regras que asseguram as necessidades impostas aos homens numa dada sociedade, num certo momento.³ Desta forma, DUGUIT aderiu ao positivismo sociológico, segundo o qual o direito aplicável seria aquele socialmente aceito e integrado ao comportamento social.

³ Léon Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, T.II, p.73

Segundo ele, a história de um povo parecia ter um papel importante na construção do direito positivo, ou seja, as regras criadas pelo direito objetivo seriam a resposta de uma demanda social. Desse pensamento de DUGUIT, surge no futuro o princípio da mutabilidade do serviço público no tempo e no espaço seguindo os critérios sociológicos, de comportamento social, de interesse social de cada coletividade.

Léon DUGUIT sustentou a ideia de que o Estado “*é uma cooperação de serviços públicos organizados e controlados pelos governantes*”⁴. Assim, ao afirmar que o Estado não passa de um conjunto de serviços públicos, faz-se acreditar no caráter abstrato de tal atividade, trazendo consigo, uma teoria muito ampla, cheia de pontos abstratos em seu fundamento, chegando ao ponto de confundir serviço público com o próprio Estado e colocando a noção jurídica do instituto no cerne do direito público.

Definia o autor,

“A noção de serviço público substitui o conceito de soberania como fundamento do Direito Público. Seguramente a noção de serviço público não é nova. Já que no momento em que, por uma série de razões (...), se produziu a distinção entre governantes e governados, a noção do serviço público nasceu no espírito dos homens. Com efeito, a partir desse momento se compreendeu que há certas obrigações dos governantes para com os governados e que a realização desses deveres é, ao mesmo tempo, a consequência e o fundamento da sua força superior”.⁵

De fato, a Teoria adotada por DUGUIT possui um significado muito lato, amplo em todos os aspectos, equiparando-se as atividades até legislativas, jurisdicionais e administrativas e todas as outras como serviço público.

São muitos os que acreditam que cabe a DUGUIT a invenção e o amadurecimento dessa noção ora aduzida.

⁴ Léon Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, T.II, p.59

⁵ Léon Duguit, *Las Transformaciones Generales del Derecho* (trad. Adolfo G. Posada e Ramón Jaén), Editorial Heliasta, 2001, p.27 em apud a Alexandre de Aragão. *Direito dos serviços públicos*, 2ª ed. 2008, p.81

O professor Cretella JUNIOR diz que *“cabe com justa razão a Léon DUGUIT a primazia e haver elaborado, na França, a teoria do serviço público e de ter sido o primeiro a introduzir tal noção no conceito jurídico de Estado”*.⁶ Na mesma linha de pensamento, Alexandre de ARAGÃO denomina DUGUIT como o pai da Escola do serviço público, ou também chamada, Escola de Bordeaux.⁷

No que tange a definição do serviço público, DUGUIT afirma que:

“(.) é toda atividade cujo cumprimento deve ser assegurado pelos governantes, por ser indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social, e de natureza que só possa ser assegurado plenamente pela intervenção da força governante(...) Dizer que um serviço é serviço público quer dizer que esse serviço é organizado pelos governantes, funcionando sob a sua intervenção e devendo ter por eles assegurado o seu funcionamento sem interrupção”.⁸

Todavia, segundo Monica JUSTEN, *“apesar de bastante persuasiva, a teoria sobre o serviço público do mestre de Boudeaux não escapa de algumas importantes críticas”*.⁹

Nesse passo, encontra-se, com primazia, os célebres ensinamentos de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, no qual acredita que a noção concebida pelo mestre francês serve apenas para indicar ao legislador aquilo que este deve retirar da realidade concreta de serviço público¹⁰, pois DUGUIT não fornece nenhum elemento que possa caracterizar o instituto perante o direito, construindo, de certa forma, uma teoria mais sociológica do que propriamente jurídica.

Mister salientar, no entanto, que se dá - como já mencionado - como o primeiro indício da noção ora estudada, um famoso caso que ocorreu na França, e que em 1873 deu origem a um dos julgados mais famosos da jurisprudência francesa, trata-se do já mencionado Acórdão Blanco.

⁶ José Cretella Junior. Tratado de direito administrativo, 1967, p. 22

⁷ Alexandre Santos de Aragão. Direito dos serviços públicos, 2008, p.78

⁸ Léon Duguit. Las transformaciones generales del derecho (trad. Adolfo G. Posada e Ramón Jaén), 2001. p. 39-40 em apud a Alexandre Santos de Aragão. Direito dos serviços públicos, 2008, p.83

⁹ Monica Spezia Justen. A noção do serviço público no direito europeu, 2003, p. 35

¹⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de direito Administrativo, 2001, p. 654

2.2 A ótica de Gaston JÈZE

Gaston Jèze é, do mesmo modo, outro nome de extrema importância no direito administrativo. Deveras conhecido e considerado por muitos de muita importância para a Escola do Serviço Público, é mais conhecido como o sucessor de DUGUIT dentro da Escola.

Para o jurista, a concepção dada por DUGUIT era vaga, vazia demais, abstrata de forma, sem qualquer conteúdo jurídico inserida em sua natureza, contrapondo-se à noção sociológica de serviço público traçada pelo fundador da Escola por ele também integrada.

Desta forma, o publicista propôs que o tema fosse abordado sob uma concepção subjetiva, onde preponderava a vontade do legislador ou do governante em eleger um determinado interesse público à categoria de serviço público.

Nas palavras do autor,

“Fala-se única e exclusivamente de serviços públicos quando as autoridades de um país, em determinada época, decidem satisfazer as necessidades de interesse geral mediante o procedimento de serviço público”.¹¹

Destaca-se, ademais, que em JÈZE a denominação “serviço público” implicava um regime jurídico derogatório de direito privado. O autor exemplifica seu pensamento com a seguinte passagem:

“Nessa hipótese há serviço público, ou seja, para satisfazer regular e continuamente determinada categoria de necessidades de interesse público, há um regime jurídico especial, que sempre pode ser modificado pelas leis e pelos regulamentos. Todas as vezes que se está diante de um serviço público propriamente dito, se constata a existência de regras jurídicas especiais, que têm por objetivo facilitar o funcionamento regular e contínuo do serviço público, de dar a mais rápida e completa possível satisfação às

¹¹ Gaston Jèze. Les principes généraux du droit administratif, 1930, p. 175

necessidades de interesse público; e essas regras, justamente por essas razões, são modificáveis a qualquer instante”.¹²

JÈZE defendia uma noção mais jurídica do que sociológica de serviço público, não importando para o Professor, todavia, o regime jurídico no qual a atividade fosse prestada, devendo ser observado, somente, a regularidade do serviço e sua eficiência, atendendo, assim, as necessidades e aos anseios do interesse geral da coletividade.

Alexandre de ARAGÃO, por sua vez, tem uma posição diferenciada com relação ao regime especial de que trata JÈZE, segundo o autor,

“se há atividades estatais que sempre foram consideradas como serviços públicos, por deverem ter essencialmente esse regime exorbitante ao Direito Privado (defesa externa, diplomacia etc), há outras que, como os correios, a telefonia e o transporte ferroviário, são serviços públicos, apesar de em certas épocas não terem sido assim consideradas.”¹³

Desta feita, não restam dúvidas quanto à finalidade da posição dada pelo jurista JÈZE se não de facilitar o reconhecimento do serviço público pelos aplicadores do direito, pois pretendeu subtrair da concepção de DUGUIT o seu fundamento filosófico, deixando apenas a parte técnica-jurídica.

Portanto, é de considerar que a teoria adotada por JÈZE é muito polêmica, sendo objeto de muitas críticas por não extirpar o subjetivismo de DUGUIT de sua definição, mais também por calçar a definição de serviço público no critério do regime jurídico de Direito Público, o que é constantemente debatido e contestado.

¹² Gaston Jèze. Les principes généraux du droit administratif, 1930, p. 242

¹³ Alexandre de Aragão. Direito dos serviços públicos, 2ª ed. 2008, p. 89

2.3 A ótica de Maurice HAURIOU

Em todos os grandes ensaios que abordam o tema ora estudado, é difícil não encontrar o nome de HAURIOU em algum momento da leitura. A contribuição do publicista para o desenvolvimento do instituto se deu de forma curiosa.

Sobre o pensamento de HAURIOU, Mônica JUSTEN, afirma que *“Duguit e Hauriou levaram a doutrina francesa, durante algum tempo, a dividir-se no que diz respeito à paternidade dessa noção”*.¹⁴

Ao contrário dos dois autores anteriormente analisados, Maurice HAURIOU, acreditava que o Direito Administrativo se concentrava no *jus imperii*, ou seja, sobre o poder de império que o Estado exerce sobre seus particulares.

Alexandre de ARAGÃO, em sua obra, apresenta a ideia de que *“na verdade a divergência entre HAURIOU e a Escola do Serviço Público representa os debates jurídicos, políticos e ideológicos que até hoje se travam acerca das fundações que o Estado deve ou não exercer.”*¹⁵

Para HAURIOU o serviço público, basicamente, se define como um *“serviço técnico prestado ao público, de um modo regular e contínuo, para a satisfação da ordem pública e por uma organização pública”*.¹⁶

Assim, acreditava o autor que:

“o poder de império deve ser mantido na posição primordial do Direito Administrativo, mas deve ser reconhecer que o serviço público, apesar de estar em segundo plano, também tem um importante papel, que é a ideia de que ele acarreta uma autolimitação objetiva do poder de império”.¹⁷

¹⁴ Monica Spezia Justen. A noção de serviço público no direito europeu, 2003, p. 40

¹⁵ Alexandre de Aragão. Direito dos serviços públicos, 2ª ed. 2008, p. 90

¹⁶ Apud a Ruy Cirne de Lima, Princípios gerais do direito administrativo, 2007, p.205

¹⁷ Maurice Hauriou, Précis de Droit Administratif et de Droit Public, Paris, 1933, p. XIV em apud a Alexandre de Aragão. Direito dos serviços públicos, 2ª ed. 2008, p. 92

Possui, portanto, uma visão peculiar sobre o fundamento principal do Direito Administrativo. Acredita que o poder de império é a pedra angular do Direito Público. Todavia, o renomado autor dá, igualmente, uma importante concepção ao serviço público. Define serviço público como:

“um organização pública de poderes, de competências e de costumes com a função de prestar ao público, de maneira regular e continua, um serviço determinado sob a perspectiva de polícia, no sentido elevado do termo.”¹⁸

De fato, o que se percebe na visão de HAURIUO é a tentativa de separar a esfera pública da esfera privada, que nada mais é do que a exploração de atividades econômicas.

Ademais, a Escola de Boudeaux fez sua crítica ao pensamento de HAURIUO, pois o jurista se caracterizou por uma tendência à variações, ora defendendo a noção de serviço público, ora preferindo deixa - lá de lado, seguindo o contexto social e as oscilações de suas próprias idéias.

2.4 Considerações finais

Não há de se negar que até mesmo entre os fundadores da Escola do serviço público, o conceito fundado em torno da expressão do instituto não se deu de forma unívoca.

Corroborando com a ideia proposta pelo jurista brasileiro Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO, o sentido proposto pela Escola implica em englobar no conceito de serviço público matérias e atividades das mais diversas. Possuindo em seu corpo até mesmo as funções principais do Estado, quais sejam, o desempenho de atividades públicas, com a prestação oferecida, os serviços públicos.

¹⁸ Maurice Hauriou, Précis de Droit Administratif et de Droit Public, Paris, 1933, p. XIV em apud a Alexandre de Aragão. Direito dos serviços públicos, 2ª ed. 2008, p. 93

Com as palavras do próprio autor:

“O conceito de serviço público entre eles não se apresentou de forma uniforme. Talvez a expressão ser suscetível de emprego como organização e como atividade, e, ainda, neste último significado, poder ser utilizada de modo amplo, como correspondendo a qualquer atividade do Estado, ou, simplesmente, a sua atividade material de prestação de comodidade e de execução material do direito”.¹⁹

Deste modo, os mestres de Boudeaux, quando tratam de explicar o cerne do direito público, do então direito administrativo, seguem a linha de que o serviço público está no centro da esfera do Estado. Todavia, esqueceram e não se ativeram que quando há uma regra, existe uma exceção, qual seja, a gestão privada ou o regime jurídico privado dos serviços públicos.

Assim, não resta dúvida que existe uma profunda diferença de enfoque entre a Escola do Serviço Público e os que, a exemplo de HAURIUO, seguiram por outra linha.

A Escola do Serviço Público buscou sustentar que o centro do Direito Administrativo é o serviço público. DUGUIT afirmava que assim se daria para satisfazer as necessidades coletivas através da intervenção da força governante. Em sua visão, o sentido de serviço público se revelava tanto pelo sentido de instituições como pelo sentido das atividades materiais.

Já a concepção de JÈZE se preocupava em dizer que uma atividade poderia ter aparência de serviço público, porém ser ter sido assumida pelo Estado legalmente.

Em contrapartida a essa visão, HAURIUO buscou conciliar a nova realidade que surgia do Estado Social com os dogmas do Estado. Afirma assim, que o Estado não prestava os serviços públicos para prover as necessidades públicas, mais sim, para satisfazer a população, garantindo de fato, a paz social.

¹⁹ Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. Princípios gerais do direito administrativo, 1969, p.05

Destarte, a alusão data pelos franceses ao serviço público foi de fundamental importância para o desenvolvimento da matéria. Em nenhum outro país o serviço público alcançou o relevo doutrinário que possui na França, erguido, miticamente, em dado essencial da própria ideia republicana de igualdade e de liberdade, se transformando, até nos tempos modernos, em uma verdadeira ideologia.

A história, entretanto, mudou. Com o advento da União Europeia e sua proposta modernista de tratar o serviço público, não como um serviço específico do Estado, prestado ao público, nasceu também o sentido de atender a realidade em que se vive o interesse geral da coletividade, abrindo à particulares a oportunidade de realizar o serviço considerado como público.

3. NOÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

3.1 Termos integrantes da expressão

Antes de entrar propriamente nas diversas conceituações do serviço público, far-se-á necessário a separação e a explicação das palavras, que juntas, formam à expressão de grande debate político, e principalmente jurídico, ao longo de tantos anos.

Primeiramente, analisaremos o porquê do título “Noção” e não “Conceito.” Diante de tal análise, o Professor ALEXANDRE DE ARAGÃO expõe que:

“A nomenclatura adotada decorre da dificuldade, pelo menos neste momento expositivo ainda propedêutico, de um fenômeno tão multifacetado e dinâmico como os serviços públicos ser apreendido em um conceito, o que pressupõe uma delimitação factual em princípio atemporal e permanente. Já que a “Noção” evolui de acordo com as contradições a ela inerentes.”²⁰

Portanto, no que concerne a nomenclatura mais adequada para tratar o instituto, ora em crise, é noção e não conceito, tendo em vista tratar-se de um instituto em constante mutação.

Já a palavra “*serviço*”, traz uma ideia de ação, ou seja, serviço nada mais é do que ação de servir, servir é executar algo, exercer uma função, cumprir um fim, satisfazer uma necessidade, não sendo a palavra “serviço”, suscetível de erro quanto sua colocação.

Nestas condições, José Cretella Junior, acreditava que *“dos dois elementos da locução “serviço público”, o de natureza substantiva – serviço – tem uma acepção determinada, possuindo significado unívoco, não dando margem a controvérsias.”*²¹

²⁰ Alexandre de Aragão, Direito dos serviços públicos, 2008, p. 75

²¹ José Cretella Junior. Tratado de direito administrativo, 1967, p. 50

Por último, quando é utilizada a palavra “*público*”, abrem-se duas diferentes interpretações. A primeira é que o serviço deve ser prestado por um agente público, ou seja, que deve ser executado pelo próprio Estado ou por seu delegado, por meio de concessões e permissões. De outra sorte, traz também uma interpretação na qual se refere aos que usufruem o serviço, ou seja, o público, a coletividade, os usuários do serviço.

Vale ressaltar, entretanto, que, nos dias atuais, nem todos os serviços públicos são prestados pelo Estado ou por seus delegatários, como também, nem todos os serviços públicos são usufruídos, são usados, são disponíveis para a coletividade.

No mesmo sentido da dupla interpretação da palavra “público” dentro expressão ora estudada, Cirne LIMA defende que quando usado o termo, está esse sendo dirigido aos usuários que recebem o serviço. Esse pensamento pode ser sintetizado pelas próprias palavras do autor:

“É bem verdade que, quando se usa a qualificação de público, na expressão serviço público, tem-se em vista não o ente que presta o serviço, que é o seu sujeito, mas os destinatários, aos quais se dirige.”²²

Do mesmo modo, Diógenes GASPARINI afirma que, equivocadamente, a palavra “público” pode significar a realização de um serviço público como atividade do Estado, ou ainda, se dirigir ao seu beneficiário, administrado; seu público.²³

²² Ruy Cirne de Lima. Princípios gerais do direito administrativo, 2007, p.206

²³ Diógenes Gasparini. Direito administrativo, 2006, p. 289

3.2 Variações conceituais

É inegável a dificuldade dos doutrinadores para alcançar um conceito jurídico que seja aceito de forma uníssona quando se trata da noção do serviço público. Talvez, isso se dê, inicialmente, por esta ser uma expressão inicialmente adotada por economistas.

Não obstante ser uma terminologia usada habitualmente por juristas, a expressão se tornou comum, englobando um conceito genérico de algo que é freqüentemente utilizado.

Deste modo, expõe o Professor CIRNE LIMA:

“Serviço público é uma expressão que, embora presente na palavra de todos, foi durante muitos anos empregada raramente pelo direito positivo. Foi ela adotada inicialmente pelos economistas, com significado que não coincide com aquele em que comumente é utilizada. Era natural, por isso, que até juristas de renome negassem à expressão “serviço público” o significado de uma noção jurídica”.²⁴

Depois de tardar a se manifestar, a expressão ganhou inúmeros conceitos, alguns sociológicos, outros jurídicos que, embora partissem de uma mesma premissa, ou seja, de uma mesmo ideal, eram consubstancialmente distintos.

Deste modo, uma das torturas do Direito Administrativo é definir, com exatidão, o que é serviço público. Essa busca avassaladora em determinar um conceito jurídico próprio para o instituto se tornou, durante muitos anos, o grande debate dentro do Direito Administrativo, não se chegando, todavia, a nenhum consenso até os dias atuais.

²⁴ Ruy Cirne de Lima. Princípios gerais do direito administrativo, 2007, p.204

Expõe Diógenes GASPARINI, que “*tal verificação levou WALINE a dizer, sobre a busca desse desejado conceito, tratar-se de um “diálogo de surdos”, e a preconizar-se, na França, a crise na noção de serviço público*”.²⁵

Ressalta-se que, na prática, e, principalmente, do ponto de vista teórico, nenhum outro lugar do mundo abordou o serviço público com tamanha grandeza como na França.

Na França - como vimos – autores de renome como DUGUIT, JÈZE, e HAURIOU colocaram o serviço público como um dos pontos centrais do direito administrativo. Com efeito, o pai da Escola do serviço público, Léon DUGUIT chegou a propor a substituição da noção de soberania pela de serviço público. Define Léon DUGUIT, serviço público, como:

“Toda atividade cuja realização é assegurada, regulada e controlada pelos governantes, porque tal atividade é indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social e é de natureza tal que não pode ser levada a termo a não ser pela intervenção de força governante.”²⁶

Adotando o serviço público como ideia central do direito administrativo, o também integrante da Escola do Serviço Público, Gaston JÈZE, procurou atribuir um conceito não sociológico, como fez DUGUIT, mas sim buscou atribuir ao conceito de serviço público contornos jurídicos mais determinados, contribuindo, de certa forma, para uma construção mais específica do que, naquela época, se considerava serviço público. Em determinada período criticou até mesmo seu antecessor por ter sido indiferente ao regime jurídico da noção ora estudada.

Nesse sentido, conceitua JÈZE serviço público como:

“Um mecanismo – e não apenas o único mecanismo – para satisfação de necessidades de interesse público, o que significa que teorias e regras especiais são aplicáveis, que há um regime jurídico especial, regime jurídico esse que é legal e regulamentar.”²⁷

²⁵ Diógenes Gasparini. Direito Administrativo, 2006, p. 288

²⁶ Léon Duguit – *Traité de Droit Constitutionnel*, segundo tomo, p. 93

²⁷ Gaston Jèze, *Lês Príncipe Généreaux Du Droit Administratif*, Paris, 1930, p. 77

De outro modo, Maurice HAURIOU define o serviço público como “um serviço técnico prestado ao público, de um modo regular e contínuo, para a satisfação da ordem pública e por uma organização pública.”²⁸

Em uma obra de indispensável leitura, Rafael BIELSA, no ano de 1964, surge de forma revolucionária com uma nova teoria sobre o instituto. Com um conceito lato sensu de serviço público, que chega a abranger todas as atividades públicas ou privadas, reguladas por lei, com a finalidade de satisfazer as necessidades coletivas.

Contudo, acreditava o autor, que tal noção é insuficiente ou precoce, pois engloba serviços de interesse público e não precisamente serviços públicos.²⁹

BIILSA separa os serviços públicos entre próprios e impróprios.³⁰ Considera como serviços públicos próprios, basicamente, aquelas atividades que o Estado presta, direta ou indiretamente, por meio de seus concessionários.

Do outro lado, avalia como serviços públicos impróprios aqueles que buscam, do mesmo modo, a satisfação do interesse público e que possuem como característica principal a necessidade pública, porém, não é, de forma alguma, o Estado que os presta, apenas os regulamenta. Leciona, ainda, que dentro dos serviços públicos impróprios se comportam intrinsecamente os chamados serviços de utilidade pública e os serviços de interesse público.³¹

Por fim, depois de tecer consideráveis ponderações, define os serviços públicos somente como aquelas atividades que considera como serviços próprios. Nas palavras do autor,

“O conceito de serviço público praticamente se concentra ao de serviço próprio. É conceito nosso de serviço público próprio, toda ação ou prestação realizada pela Administração pública ativa, direta

²⁸ Précis de Droit Administratif et de Droit Oublic, 10^a ed. 1923, p.25 em apud a Ruy Cirne de Lima, Princípios gerais do direito admnistrativo, 2007, p.205

²⁹ Rafael Bielsa, Derecho Administrativo, Tomo I, 1964, p. 458

³⁰ Rafael Bielsa, Derecho Administrativo, Tomo I, 1964, p. 459

³¹ Rafael Bielsa, Derecho Administrativo, Tomo I, 1964, p. 459

ou indiretamente, para a satisfação concreta das necessidades coletivas, e garante essa ação ou prestação pelo poder de polícia”.³²

De outro modo, Ruy CIRNE DE LIMA começa sua obra indagando a dificuldade da conceituação do que é ou não um serviço público. Afirma que

“A par das pessoas e dos bens, conhece o Direito Administrativo mais uma categoria jurídica, indecisa em seus caracteres – sorte de limbo que se acumulam as pré-formas e as formas não diferenciadas”.³³

Diferente de BIELSA, o autor usa outra nomenclatura, porém, ao mesmo tempo em que às usa, corrobora com a ideia do publicista Argentino. Entende assim, que serviço público compreende todo serviço necessário a uma coletividade, em um determinado lapso temporal e por fim o define como:

“(…) todo serviço existencial, relativamente à sociedade ou, pelo menos, assim havido num momento dado, que, por isso mesmo, tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa”.³⁴

Ora, ao determinar que todo serviço público é um serviço existencial, o autor corrobora com a ideia de que o serviço público está ligado diretamente na noção de utilidade pública e possui como pilar principal o princípio da supremacia do interesse público, que visa assegurar o interesse comum, colocando-o acima do interesse particular.

Afirma o autor que,

“A condição de existencial, relativamente à sociedade, pela qual o serviço público se caracteriza, filia-lhe a noção ao conceito de utilidade pública, no qual se subsume tudo quanto se haja por essencial ao bem do individuo, ao bem da coletividade, e à própria sociedade, como bem em si mesma”.³⁵

³² Rafael Bielsa, Derecho Administrativo, Tomo I, 1964, p. 463 “*El concepto de servicio público prácticamente se ciñe al de servicio propio, En concepto nuestro es servicio público propio, toda acción o prestación realizada por la Administración pública activa, directa o indirectamente, para la satisfacción concreta de necesidades colectivas, y asegurada esa acción o prestación por el poder de policía*”.

³³ Ruy Cirne de Lima, Princípios gerais do direito administrativo, 7ª ed. 2007, p.204

³⁴ Ruy Cirne de Lima, Princípios gerais do direito administrativo, 7ª ed. 2007, p.204

³⁵ Ruy Cirne de Lima. Princípios gerais do direito administrativo, 7ª ed. 2007, p.215

CRETELLA JUNIOR, no ano de 1967, descreveu a extraordinária dificuldade na fixação da expressão aqui analisada. Possui esse entendimento por considerar ser uma noção puramente teórica, em desacordo com a realidade da época, constituindo, ao longo de todos os anos uma constante batalha para delinear um conceito certo, um conceito fixo.

Afirma que “a expressão serviço público, entretanto, bem como as que com ela se relacionam, oferece extraordinária dificuldade em ser fixada”.³⁶

Continua ainda:

“Denominada por alguns de incerta, indecisa, flutuante, considerada por outros como não correspondendo, dentro da doutrina universal e particular, a um conceito bem estruturado, por ser noção puramente teórica, em desacordo com a realidade, vem constituindo permanente óbice com que lutam quase todos os especialistas da matéria que se esforçam, há muito, para conseguir noção clara e sintética do que se deve entender por serviço público”.³⁷

Quanto ao aspecto abstrato da conceituação do tema em análise, Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO, faz sua crítica, também se referindo à expressão ser muito ampla e, de certa forma, enquadrar em si serviços que não se reconhecem como atividade que possuem utilidade pública ou interesse social.

Assim expõe o autor:

“A expressão é excessivamente ampla e enfaixa serviços que, em absoluto, não se enquadram no Direito Administrativo. Invoca-se o exemplo da organização judiciária e da prestação de serviços de justiça e das atividades comerciais e industriais do Estado”.³⁸

Portanto, o autor, claramente faz uma justa diferenciação entre serviço público e função pública, não sendo de forma alguma as duas expressões suscetíveis a confusão. Serviço público, em sua visão, compreende a prestação material de coisa e comodidade por parte do Estado para com seus usuários. Já função pública, nada mais é do que a atividade jurídica do Estado.

³⁶ José Cretella Junior, Tratado de direito administrativo, 1ª ed. 1967, p. 14

³⁷ José Cretella Junior, Tratado de direito administrativo, 1ª ed. 1967, p. 16

³⁸ Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Princípios gerais do direito administrativo, 1ª ed. 1969, p.12

Caminhando na mesma linha de pensamento Marçal JUSTEN FILHO, expõe que “O serviço público é uma atividade administrativa, o que exclui as atividades legislativas e jurisdicionais”.³⁹

Odete MEDAUAR, jurista brasileira, professora titular de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que também é professora visitante na Universidade de Paris I, em janeiro de 2000 tratou da definição do serviço público da seguinte forma:

“A expressão serviço público às vezes empregada em sentido muito amplo, para abranger toda e qualquer atividade realizada pela Administração pública, desde uma carimbada num requerimento até o transporte coletivo. Quando se fala ingresso no serviço público, é atribuído sentido amplo ao termo. Se esta fosse a acepção adequada, todo o direito administrativo conteria um único capítulo, denominado ‘serviço público’, pois todas as atividades da Administração aí incluiriam. No sentido amplo da expressão ‘serviço público’ são englobadas também as atividades do Poder Judiciário e do Poder Legislativo, quando se menciona o seguinte: o Judiciário presta serviço público relevante; o legislativo realiza o serviço público. Evidente que aí a expressão não se reveste de sentido técnico, nem tais atividades sujeitam-se aos preceitos norteadores da atividade tecnicamente caracteriza como serviço público”.⁴⁰

Não obstante a esse pensamento, a Professora continua seu raciocínio com os seguintes dizeres:

“em essência significa prestações; são atividades que propiciam diretamente benefícios e bens, aos administrados, não se incluindo aí as de preparação de infra-estrutura(...). Abrange prestações específicas para determinados indivíduos, água, telefone, e prestações genéricas, iluminação pública, limpeza de ruas”.⁴¹

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, Professora titular de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, também traz a dificuldade na definição no serviço público. Afirma a autora que:

³⁹ Marçal Justen Filho, Curso de direito administrativo, 2ª ed. 2006, p. 492

⁴⁰ Odete Medauar, Direito administrativo moderno, 6ª ed. 2002, p. 381

⁴¹ Odete Medauar, Direito administrativo moderno, 6ª ed. 2002. p. 383

“Não é tarefa fácil definir o serviço público, pois sua noção sofreu consideráveis transformações no decurso do tempo, quer no que diz respeito aos seus elementos constitutivos, quer no que concerne à sua abrangência”.⁴²

Ademais, a autora diferencia o serviço público propriamente dito das outras atividades relativas à administração como o poder de polícia, a intervenção e o serviço de alimentação, que são atividades administrativas de natureza pública. Traz, entretanto, como novidade um regime jurídico diferenciado, podendo esse ser público ou misto, porém nunca privado de total forma.

Assim, define a autora serviço público como

“(...) toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”.⁴³

Entendimento contrário ao da autora quanto ao regime jurídico, dar-se-á pelo mestre brasileiro, referência em direito administrativo Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO. O autor não acredita que exista um regime jurídico misto quando se trata de serviço público. Acredita que a noção de serviço público está calcada em uma série de elementos constitutivos que, segundo o autor, caracterizam tal serviço.

Conceitua essa espécie de atividade como:

“(...) toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mais fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de Direito Público”⁴⁴

Entendimento esse, corroborando pelos ensinamentos do Professor Marçal JUSTEN FILHO quando define serviço público como:

⁴² Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, 21ª ed. 2008, p. 90

⁴³ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, 21ª ed. 2008, p. 94

⁴⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*. 22ª ed. 2006, p. 650

“Serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, destinada a pessoas indeterminadas e executada sob regime de direito público”.⁴⁵

Ainda, não obstante a dificuldade de conceituar serviço público, Alexandre de ARAGÃO leciona que:

“Os serviços públicos constituem conceito que historicamente tende a uma amplitude bastante dilargada, oriunda a sua matriz francesa, que, via de regra, equiparava os serviços públicos a toda atividade estatal. (...) Com base nisso, grande parte dos conceitos existentes na doutrina dos serviços, abrange, com maior ou menor amplitude, atividades estatais que, se possuem a mesma base axiológica ou teleológica – o bem estar da coletividade -, têm regimes jurídicos um pouco ou nada em comum.”⁴⁶

Por fim, depois de ir e vir, ARAGÃO propõe um conceito com base na Constituição Federal de 1988.

Define, portanto:

“Serviços públicos são as atividades de prestação de utilidades econômicas de prestação de utilidades públicas econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade”.⁴⁷

Veja-se, pois, que a celeuma em volta da conceituação do que é Serviço Público se arrasta no tempo, muito em razão da evolução do próprio conceito que, salientamos desde já, é um tema do qual não há consenso.

⁴⁵ Marçal Justen Filho, Curso de direito administrativo, 2ª ed. 2006, p. 487

⁴⁶ Alexandre dos Santos Aragão, Direito dos serviços públicos, 2ª ed. 2008, p. 129

⁴⁷ Alexandre dos Santos Aragão, Direito dos serviços públicos, 2ª ed. 2008, p. 157

3.3 Considerações finais

Ora, o fato de tal noção ser suscetível à várias concepções, umas mais amplas, outras mais restritas, nunca chegando, todavia, a um ponto fixo de conceituação chega a ser dramático.

Que noção é essa que é de extrema dificuldade de conceituação jurídica e não possui uma forma linear de pensamento? No Brasil, nem o Supremo Tribunal Federal possui uma sistematização elucidada do conceito de serviço público, sendo a matéria bastante controversa passando constantemente a ser o centro de debate entre os ministros da colenda corte.

No Recurso Extraordinário nº 220.906-9-DF houve um interessante debate travado entre Ministros do egrégio Tribunal possuindo como centro do litígio um serviço público de competência da União, e discutia-se assim, se tal atividade representava ou não o monopólio estatal, in casu, os serviços dos correios.

Em outro julgado, mais precisamente no Recurso Extraordinário nº 172.816, o Supremo Tribunal Federal, decidiu pela inaplicabilidade do artigo 173, § 1º, da CF, que versa sobre a exploração direta da atividade econômica, que será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.

Pelo exposto, a dificuldade em se achar uma conceituação que atenda a todos os elementos do serviço público é, de certa forma, impossível. Por vezes, desde sua criação, a tentativa em delimitar um determinado conceito levou a categoria, por vezes considerada em sentido amplo, outras vezes em sentido mais restrito, a um empobrecimento no seu conteúdo jurídico.

4. CRISE NA NOÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

Na verdade, como veremos, a conceituação de serviços públicos envolve considerações de ordem política e jurídica, tendo em vista que os mesmos existem como instrumentos necessários ao atingimento de objetivos pré-definidos pelo Estado.

Tais objetivos, chamados muitas vezes de objetivos nacionais, resultam de decisões do poder político que, obviamente, levarão em conta ideias políticas, morais e filosóficas de determinada época, bem como a realidade conjuntural da nação. Desse ponto de vista, nasce a imagem de que as necessidades coletivas ora são consideradas necessidades públicas, ora não.

Por ser o serviço público um instituto mutável em decorrência do tempo e variável quando se trata de espaço, observamos a grande multiplicidade de serviços em que o Estado, como ente soberano, torna essencial e público o serviço, moldando, sem nenhuma dúvida, nas ideias político-culturais de cada lugar. Veja, v.g, o caso de Mônaco. O Principado de Mônaco tem como base de sua economia um serviço público, considerado de natureza amoral no Brasil, que são os grandes cassinos da região, sendo o mais famoso, o Cassino de Monte Carlo. O serviço público referido possui natureza ilícita no Brasil, porém, em Mônaco, se faz necessário por atrair todo ano milhões de turistas que alavancam a economia local.

Nesse ínterim, de diferenciar serviço público em decorrência do tempo e do lugar em que se encontra, defende CIRNE DE LIMA que:

“o conceito de fim público, de interesse público, é, por isso, variável no quantum, pois, como estamos expondo, a esfera de atribuições do Estado é mutável nos diversos momentos históricos”.⁴⁸

⁴⁸ Ruy Cirne de Lima. Princípios gerais do direito administrativo, 7ª ed. 2007, p.209

Não obstante, alguns objetivos nacionais, por representarem interesses e aspirações do povo, subsistem ao longo dos tempos e por isso mesmo são denominados objetivos nacionais permanentes, que são levados em conta na formulação da Política Nacional, que independe de situações conjurais.

Embora não elencados na Carta Política, os objetivos nacionais permanentes podem ser detectados pela análise da evolução do processo histórico-cultural da nação. São eles, no caso do Brasil, como Federação, com base no artigo 4º da CF, a Democracia, a Soberania, a Paz Social, o Progresso, a Integração Nacional e a Integridade Territorial.

Assim, corrobora CRETELLA JÚNIOR, com o seguinte entendimento:

“(...) a justiça, a função legislativa, a função executiva, naquilo que elas têm em peculiar e discricionário, as forças armadas, enfim, tudo quanto é essencial ao Estado, é indeclinável e indelegável. Compreende-se tudo isso em uma categoria especial”.⁴⁹

Ademais, outros objetivos nacionais existentes são aqueles denominados de contingentes. São considerados desse modo, pois são condicionados pela realidade conjuntural. São os objetivos nacionais imediatos ou atuais que direcionam a política governamental, representando etapas para o atingimento e manutenção dos objetivos nacionais permanentes. Esses objetivos imediatos ou atuais constituem, exatamente, a tarefa dos serviços públicos.

Como já foi dito, serviço público pode se confundir com o serviço ao público. Entretanto, do ponto de vista jurídico, nem tudo que o Estado faz ou deva fazer configura serviço público, mas só aquele prestado sob o regime de direito público, sob o regime administrativo, e sob os princípios que regem o serviço público, quais sejam, o da eficiência, continuidade, a igualdade, mutabilidade; classicamente chamados de “Leis de Rolland”.⁵⁰

⁴⁹ José Cretella Junior, Tratado de direito administrativo, 1967, p. 38

⁵⁰ Alexandre dos Santos Aragão, Direito dos serviços públicos, 2ª ed. 2008, p. 90

Outrossim, BIELSA delimita as características essenciais para a caracterização de um serviço público prestado aos seus usuários. Preleciona o autor que:

“São características do serviço público, em conformidade com seus atributos objetivos essenciais: a generalidade, a uniformidade, a continuidade e a regularidade. Sem esses elementos, não se satisfaz o interesse público”.⁵¹

Sobre os princípios que compõem o serviço público, DI PIETRO, faz uma ressalva importante quando indaga sobre o princípio da mutabilidade do instituto quanto sua noção. Dispõe a professora que:

“a noção de serviço público não permaneceu estática no tempo; houve uma ampliação na sua abrangência, para incluir atividades de natureza comercial, industrial e social”.⁵²

Entretanto, no contexto histórico, os serviços públicos eram prestados, exclusivamente, pelo Estado. Nesse sentido, ensina CRETELLA JÚNIOR que:

“no direito administrativo clássico, o serviço público fornecia uma noção de base relativamente simples, porque a definição material e a definição formal, no estado da sociedade, naquele momento coincidiam de certo modo. Podia-se tomar a palavra serviço público num ou noutro sentido. Um serviço público era sempre atividade de interesse geral gerido pela administração. Surgiram, entretanto, as dificuldades a partir do momento em que estas duas noções se dissociaram e quando se viram pessoas administrativas exercer atividades que não correspondiam estritamente a um interesse geral, (...) de outro lado, se admitiu que organismos privados pudessem gerir serviços públicos”.⁵³

⁵¹ ⁵¹ Rafael Bielsa, Derecho Administrativo, Tomo I, 1964, p. 467 – ““Son caracteres del servicio público, derivados de sus atributos objetivos esenciales: la generalidad, la uniformidad, la continuidad y la regularidad. Sin estos elementos no satisface el interes público”.

⁵² Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Direito administrativo, 21ª ed. 2008, p. 93

⁵³ José Cretella Junior, Tratado de direito administrativo, 1967, p. 32

Isto posto, é evidente que quando o Estado perdeu o liame dos elementos materiais e formais que compunham a noção jurídica do instituto, tal noção perdeu força por não oferecer um sentido preciso, ao passo de JEAN RIVERO afirmar que a noção do serviço público ser esfumou.⁵⁴

ROBINSON denuncia que:

“as cansativas pesquisas dos juristas pra ‘descobrir’ a natureza jurídica de determinada instituição ou relação estão de antemão irremediavelmente fadadas ao fracasso. A explicação para que, apesar de tudo isto, continuar-se tentado elaborar conceitos, classificações e naturezas jurídicas, é, entre outras, o desejo de achar um ponto de partida fixo e seguro para posterior tarefa de classificação. Além disso, já o desejo de equiparar as instituições de surgimento recente às outras linhagens mais ilustres, atenuando dessa maneira o choque da novidade mediante sua absorção por um mundo familiar de idéias já elaboradas.”⁵⁵

Daí a ideia da crise da noção do serviço público. No que concerne basicamente, aos elementos que compõem o instituto, quais sejam, subjetivo, material e formal.

O elemento material, o único que parece ser uníssono entre todos os doutrinadores, seja quando falam em serviço público em uma conotação mais ampla e, até mesmo, entre aqueles que preferem um conceito mais restrito. Assim, consideram que todos os serviços públicos correspondem a uma atividade que está intimamente ligada com a vontade da população, com o interesse público geral, com vistas a atender as necessidades públicas.

Daí a correta afirmação feita por DI PIETRO quando indaga que “serviço público visa atender a necessidades públicas, mais nem toda atividade de interesse público e serviço público.”⁵⁶

⁵⁴ Jean Rivero, Droit administratif, 3ª Ed., 1965, p. 380 em apud a José Cretella Júnior, Tratado de Direito Administrativo. 1967, p. 31

⁵⁵ Carrió, Genaro R. Notas sobre Derecho y Lenguaje, 4ª ed. 1990, pp.101-102 em apud Alexandre Santos de Aragão, Direito dos serviços públicos, 2ª ed. 2008, p. 121

⁵⁶ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Direito administrativo, 21ª ed. 2008, p. 96

Agora de forma não mais uníssona, dois elementos que compõem a definição de serviço público estão, se não desaparecidos, prestes a desaparecer.

O elemento subjetivo do serviço público, de forma não universal como o elemento material, está no dever do Estado de criar e gerir aquelas atividades que são consideradas por ele como serviço público.

Nesse sentido, preleciona DI PIETRO:

“o serviço público é sempre incumbência do Estado, conforme o que está expresso, alias, no artigo 175 da Constituição Federal, e sempre depende do Poder Público.”⁵⁷

Todavia, ALEXANDRE DE ARAGÃO faz uma dura crítica aos elementos que compõem a noção jurídica do instituto ora analisado, dessa forma, acredita que:

“(...) os elementos subjetivos (titularidade estatal) e formais (regime jurídico de Direito Privado) do conceito de serviço público estão bastante relativizados, tendo sobrado incólume apenas o elemento material (atendimento ao interesse público)”.⁵⁸

O elemento formal, por sua vez, no qual versa sobre o regime jurídico de serviço público caracteriza-se pela forma que as atividades que envolvem serviços públicos devem ser gerenciadas, ou seja, de forma diferenciada.

Os servidores que compõem o quadro de funcionários devem, primeiramente, ser considerados como agentes sobre a forma estatutária. As decisões que acompanham o serviço pelo processo de caminhada para atingir o devido fim, devem, acima de tudo, apresentar todos os atributos do ato administrativo. Os contratos firmados por essas prestadoras estatais de serviço público devem ser regidos pelo direito administrativo. Por fim, a responsabilidade, como muito se discutiu desde o principio, tal como no caso do Acórdão Blanco, deve apresentar caráter objetivo.

⁵⁷ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Direito administrativo, 21ª ed. 2008, p. 94

⁵⁸ Alexandre de Aragão, Direito dos serviços públicos, 2ª ed. 2008, p. 183

CRETELLA JUNIOR, corroborando a ideia de que nem todo o serviço público atende a um interesse social faz alusão aos elementos constitutivos da noção de serviço público e expõe que,

“no direito administrativo clássico, o serviço público fornecia de base relativamente simples, porque a definição material e a definição formal, no estado da sociedade, naquele momento coincidiam de certo modo. Podia-se tomar a palavra serviço público num ou noutro sentido. Um serviço público era sempre atividade de interesse geral gerido pela administração. Surgiram, entretanto, as dificuldades a partir do momento em que estas duas noções se dissociaram e quando se viram pessoas administrativas exercer atividades que não correspondiam estritamente a um interesse geral, [...], e de outro lado, assim que se admitiu que organismos privados poderiam gerir serviços públicos.”⁵⁹

Assim, o que falar de serviço público prestado sob o regime de direito privado? Não estaria violando um elemento que constitui sua definição? É certo que a definição de serviço público nunca padeceu de uma definição exata, talvez, e, por esse motivo, se tornou o instituto de maior complexidade se tratando de definição jurídica dentro do direito administrativo, não só nos dias atuais – como já observado – mais desde sua origem..

Como dito, na concepção histórica, os serviços públicos eram basicamente prestados pelo Estado. Ressalta-se, entretanto, que o serviço público sempre esteve em crise, desde o momento em que surgiu, com as idéias de DUGUIT, até nos dias atuais; uma noção jurídica que permaneceu enfrentando várias dificuldades.

Ensina ALEXANDRE DE ARAGÃO, sobre a crise conceitual da qual passa o instituto, que essas podem ter várias conotações. Ora surgem com a intenção de incorporar a dúvida sobre a própria continuidade da existência do instituto, ora aparece no sentido de que o instituto continue existindo, porém transformados.⁶⁰

⁵⁹ José Cretella Junior, Tratado de direito administrativo, 1967, p. 32

⁶⁰ Alexandre de Aragão, Direito dos serviços públicos, 2ª ed. 2008, p. 240

Segundo o autor, a primeira crise do serviço público aconteceu no meio do século passado, não por esta noção estar perdendo o foco de sua utilidade original, mas esteve em crise por um motivo diverso da que vivenciamos hoje, na época, o serviço público estava em grande e constante expansão.

Na primeira crise, a expansão da intervenção estatal de forma regulatória sobre as atividades econômicas consideradas como privadas, transformando-as em interesse público geral, e pelo fato do Estado estar prestando atividades econômicas comerciais sem, contudo, possuir qualquer tipo de fato constitutivo ou um nexo causal que ligaria tal atividade a uma atividade de interesse público ou a uma atividade de utilidade pública, levou as ideias principais sobre serviço público a serem ameaçadas.

Nas palavras do autor,

“a primeira crise, os paradigmas teóricos dos serviços públicos se viram ameaçados pelo aumento da intervenção estatal na economia, tanto pelo aumento da intensidade da intervenção exógena regulatória sobre atividades econômicas privadas, funcionalizando-as ao interesse público; como pelo exercício direto pelo Estado de uma série de atividades econômicas, comerciais e industriais, sem correlação direta com o atendimento de necessidades coletivas, para o que lançou mão inclusive de instrumentos de Direito Privados, como empresas públicas e sociedades de economia mista.”⁶¹

A primeira crise se deu, portanto, pelo fato do Estado explorar atividades stricto sensu que não necessariamente se enquadrariam ao que se considera como serviço público. Afirma o autor, que para o Estado explorar tais atividades como também serviços públicos,

“passou a necessitar de uma estrutura industrial complexa e em rede (telecomunicações, energia, gás carbônico etc. – serviços públicos industriais ou comerciais), passou a adotar mecanismos de Direito Privado (sociedade de economia mista e empresas públicas), excluindo as referidas atividades o máximo possível do regime de Direito Público, quebrando, definitivamente, o critério

⁶¹ Alexandre de Aragão, Direito dos serviços públicos, 2ª ed. 2008, p

formal pelo qual serviço público seria apenas a atividade regida pelo Direito Público”.⁶²

Não obstante a essa primeira crise, considera-se que o serviço público agora vive outra. No atual momento histórico, fronteiras entre o público e o privado ficaram ainda mais tênues com o desenvolvimento de serviços privados de influência sobre todos os membros da coletividade, ou seja, de poderes privados de consequências públicas, e com a incapacidade financeira do Estado continuar a exercer tais serviços, pelo menos diretamente.

Para ÁUREA ROLDÁN MARTÍN,

“a segunda crise do serviço público é aparentemente mais grave do que a primeira, já que, à diferença das controvérsias envolvidas nesta (centradas doutrinariamente sobre a ‘noção’ ou categoria dogmática do serviço público), agora o debate também se instala na própria razão de ser da ‘instituição’ do serviço público, como justificadora e informadora da atividade pública. Não apenas se está diante de uma fuga da Administração para fora do Direito Público, como diante de um autêntico recuo da sua atividade prestacional”.⁶³

GASPAR ARIÑO ORTIZ, vai além e defende a “morte do serviço público” é, adverte:

“inútil ficar tentando embalsamar a noção de serviço público, como tentam os franceses, como se dessa maneira pudéssemos mantê-lo vivo. A situação hoje é outra, quase inversa. São fatos que mandam, mais que a ideologia e a política, e os pressupostos econômicos, sociais, políticos e culturais sobre os quais a instituição do serviço público nasceu e se desenvolveu se modificaram radicalmente”.⁶⁴

⁶² Alexandre de Aragão, Direito dos serviços públicos, 2ª ed. 2008, p. 243

⁶³ MARTÍN, Áurea Roldán. “Los Nuevos Contornos Del Servicio Público”, in Cuadernos de Derecho Judicial, vol. XII – Derecho Administrativo Económico, 2000, p. 24 em apud Alexandre Santos de Aragão. Direito dos serviços públicos, 2008, p.245

⁶⁴ ORTIZ, Gaspar Ariño. “Significado Actual de la Noción del Servicio Público”, in El Nuevo Servicio Público, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, p.23 em apud Alexandre Santos de Aragão. Direito dos serviços públicos, 2008, p.248

A discussão, na verdade, se assemelha na falta de competência do Estado em prestar de forma contínua e eficiente os serviços de interesse geral da qual a população conclama.

Corroborando com esse entendimento a Professora DI PIETRO e, segundo a autora:

“o Estado percebeu que não dispunha de organização adequada à realização desse tipo de atividade; em consequência, passou a delegar a sua execução a particulares, por meio dos contratos de concessão de serviço público e, posteriormente, por meio de pessoas jurídicas de direito privado criadas para esse fim”.⁶⁵

Com efeito, tal discussão ganhou mais enfoque com o aparecimento na União Europeia e da expressão “**atividades de interesse geral**”. Conseqüentemente, a construção tradicional da doutrina europeia sobre os serviços públicos e as mudanças jurídicas pelas quais estes vêm passando em razão da instituição da União Europeia são essenciais para o trato da matéria.

Assim, quando o Estado liberal em sua forma, porém utilizando seu poder de polícia, abre serviços públicos para virarem uma atividade regida pelo princípio da livre iniciativa, porém os regulamentando, está de tal forma ferindo um elemento constitutivo que serve para caracterizar o serviço público.

Sobre tal assunto, preconiza o Professor ARAGÃO que:

“Uma primeira abordagem de que o instituto dos serviços públicos não é mais compatível com o Direito Administrativo contemporâneo decorre da idéia de que os países latino americanos e europeus continentais teriam passado a adotar, integral ou parcialmente, o modelo das public utilities norte americanas, pelo qual o Estado não seria mais o titular de uma série de atividades, recentemente liberalizadas, que ficaram, contudo, sujeitas a uma forte, constante e dinâmica regulação”.⁶⁶

De toda sorte, apesar de inúmeros autores resistirem e dividirem a crise do serviço público em duas, não nos resta crer que a expressão serviço público está em crise desde o seu surgimento.

⁶⁵ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, 21ª ed. 2008, p. 93

⁶⁶ Alexandre de Aragão, *Direito dos serviços públicos*, 2ª ed. 2008, p. 246

ARAGÃO defende que a discussão se assemelha:

“inclusão ou não das chamadas atividades privadas regulamentadas (serviços públicos funcionais, objetivos, virtuais ou impróprios) no conceito de serviço público, já que essas atividades econômicas liberalizadas podem ser perfeitamente enquadradas em tal conceito, eis que, na maioria das vezes, se submetem a prévias autorizações operativas e se sujeitam a um constante acompanhamento e regulação.”⁶⁷

O jurista, porém, apesar das críticas feitas à noção, acredita que a noção de serviço público deve ser reduzida, cada vez menos, para aquelas atividades que possuem como característica a titularidade estatal, e como expõe “atribuir a *algunha public utilities* às atividades que passaram à iniciativa privada”.⁶⁸

Já o ilustre Professor Marçal JUSTEN FILHO sustenta que:

“a submissão do dito serviço público ao regime de Direito Privado conduz ao surgimento de outras figuras. Deixa de existir serviço público – asserção que não importa imputação de invalidade inevitável da figura resultante. Por outro lado, as considerações acima não excluem a possibilidade de aplicação ao serviço público de alguns princípios característicos das atividades privadas, tal como a prestação sob regime de competição econômica”.⁶⁹

No Brasil, a esfera privada ganha força a cada dia, prevalecendo até, em alguns casos, sobre o regime jurídico de Direito Público. Desta forma, na realização das necessidades humanas, acredita-se que os mecanismos privados possam ser tão ou mais eficazes que os sócio-estatais.

A noção perdeu em seu substrato alguns de seus elementos fundamentais, quais sejam; os seus elementos subjetivos, que dá a titularidade do serviço para o Estado; e o elemento formal que versa sobre o regime jurídico essencialmente de Direito Público.

Assim, como expõe CRETELLA JUNIOR,

⁶⁷ Alexandre de Aragão, *Direito dos serviços públicos*, 2ª ed. 2008, p. 245

⁶⁸ Alexandre de Aragão, *Direito dos serviços públicos*, 2ª ed. 2008, p. 247

⁶⁹ Marçal Justen Filho. *Teoria Geral das concessões de serviço público*, Ed. Dialética, São Paulo, 2003, p.20

“Os fatores postos em relevo pelos doutrinadores ao conceituarem o serviço público não são essenciais, visto que, ora um, ora outro, e, em alguns casos, até mesmo os dois desses elementos, sofreram abalos em diferentes circunstâncias da vida administrativa. Nessas condições, o caráter móvel, flutuante, instável dum conceito que não resistiria, mercê dos elementos que o integram, à menor análise, impõe ao cientista um só caminho: o abandono de noção por demais frágil, vazia mesma de conteúdo”.⁷⁰

A Constituição Federal refere-se a serviços públicos em vários de seus dispositivos, ora para expressar o sentido de organização de recursos materiais e pessoais necessários à atuação estatal, ora para significar unidades de obtenção de meios financeiros e técnicos para o desempenho das atribuições do poder público.

A exemplo desses dispositivos dispõe a Constituição Federal, *ipsis literis*, em seu artigo 21, inciso X, XI, XII e demais:

“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 e demais serviços de telecomunicações;~~

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95:)

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

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

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

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

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

XIII - organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios”.⁷¹

⁷⁰ José Cretella Junior, Tratado de direito administrativo, 1967, p. 18

⁷¹ CONSTITUIÇÃO

FEDERAL: Disponível

em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm .

Nesse ínterim, a Carta Magna prescreve, ainda, em seu artigo 175, que cabe ao poder público à prestação de serviços públicos, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão.⁷² Senão veja-se:

“Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado”.⁷³

Destaca-se, e.g, o caso das telecomunicações. Em sua história, o serviço de telefonia era prestado diretamente pelo Poder Público. Observe que, no ano de 1965, foi criada a Embratel. Em 1972, foi criada a TELEBRAS, empresa que iniciou o processo de consolidação das empresas de telefonia existentes do Brasil, transformando ainda, a Embratel em sociedade de economia mista controlada pela TELEBRAS.

Contudo, o principal marco dessa modificação do público para o privado, ocorreu com a redação conferida pela Emenda Constitucional nº 8/95, que permitiu a exploração dos serviços de telecomunicação por particulares.

Isto posto, é importante ressaltar, que o início da privatização ocorreu com o advento da Lei nº 9.472, conhecida por todos como Lei Geral de Telecomunicações, ou simplesmente, LGT, promulgada em 1997.

Essa lei traz um serviço público, que deveria ser prestado pelo Estado, sendo fundamentado sob a prestação da atividade pela iniciativa privada e livre concorrência, permanecendo com o Estado as funções, apenas, de agente normativo e regulador por meio da ANATEL. Senão veja:

⁷²CONSTITUIÇÃO FEDERAL:Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm .

⁷³ CONSTITUIÇÃO FEDERAL:Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm

“Art. 131. A exploração de serviço no regime privado dependerá de prévia autorização da Agência, que acarretará direito de uso das radiofrequências necessárias.

§ 1º Autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias.”⁷⁴

Assim sendo, o substrato formal que englobava o conceito jurídico de serviço público se perdeu. A atividade prestada por um ente estatal não é mais significativamente de que essa atividade é, de fato, um serviço público.

Nos dias atuais, o serviço de telecomunicação é um serviço de interesse geral da coletividade regido por princípios de regime jurídico basicamente privado. Faz parte desse regime, v.g, o princípio da livre iniciativa.

Assim e de igual forma, o advento do Estado Neoliberal o Estado e a iniciativa privada se confundiram, tendo em vista a presença mais significativa do Setor Privado nos Serviços Públicos, como bem salientado por Fernando Fréos:

“uma nova filosofia se instaurou no centro econômico; os governos passaram a fundamentar suas ações na premissa de que o Estado deveria deixar de ser o produtor de bens e serviços (executor) e se tornar apenas regulador das atividades econômicas levadas a cabo por empresas predominantemente do Setor Privado.”⁷⁵

Não obstante ao pensamento de que o instituto está prestes a ter somente valor nominal, alguns autores têm se posicionado diferente e defendem o instituto. Desta forma, defende o Professor CRETELLA JUNIOR que:

“Nada mais inexato. Se o serviço público não é todo o direito administrativo, pelo menos é sua maior parte e a expressão que procura traduzir a realidade dos fatos merece, antes, ampla investigação e, jamais, abandono doutrinário, por motivos de dificuldades conceituais.”⁷⁶

⁷⁴ Lei Geral de Telecomunicações - LGT: Disponível

em:<<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9472.htm>>. Acesso em: 02 nov. 2009.

⁷⁵ Fernando Froes. Infra-estrutura e Serviços Públicos: Princípios da Regulação Geral Econômica., in José Eduardo Martins Cardozo. Curso de Direito Administrativo Econômico. 2006

⁷⁶ José Cretella Junior, Tratado de direito administrativo, 1967, p. 31

Observa-se ainda, nessa mesma linha de pensamento, que o Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes, corrobora no que tange a continuidade do instituto, leciona Gilmar Ferreira MENDES que:

“o que deve ficar claro é que tanto empresas públicas quanto a sociedades de economia mista, apesar de sua natureza jurídica privada, em virtude da exploração de atividade econômica com intuito de lucro, são coadjuvantes do Estado na busca pela realização do interesse público”.⁷⁷

Não obstante a esses pensamentos minoritários, os serviços públicos encontram-se a cada dia invadindo a esfera privada. Assim, não resta concluir que a noção jurídica de serviço público se empobreceu ao extremo que a expressão passou a ter um valor apenas nominal.

⁷⁷ Gilmar Ferreira Mendes, Curso de direito constitucional, 2008, p.827

5. CONCLUSÃO

O presente ensaio expôs, essencialmente, a busca pelo incansável conceito de serviço público, desde sua origem, com o chamado acórdão blanco. Trouxe, ademais, a dificuldade em delimitar uma única conceituação ao instituto defendido por alguns e abominado por outros doutrinadores.

De outra sorte, restou demonstrada a celeuma que afronta os publicitas para oferecer ao instituto serviço público um caráter jurídico próprio que possa satisfazer os interesses dos juristas.

Assim, as definições de serviço público esposadas em todo o trabalho não podem ser levadas em consideração, visto estarem sujeitas a conceitos, segundo autores, de ordem político-jurídica ou político-econômica, o que produz, infalivelmente, a maior disparidade de critérios.

Absorver a ideia de serviço público exclusivo do Estado é o mesmo que rejeitar os princípios regidos e aduzidos na Constituição Federal, fundamentais a ordem econômica, quais sejam, o da livre iniciativa e o da livre concorrência, fundados no artigo 170 da Carta Magna, que assim preconiza:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

(..)”⁷⁸

78

CONSTITUIÇÃO

FEDERAL:Disponível

em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm . Acesso em:

02 nov. 2009.

Dessa forma, quando o Estado visualiza e aceita que não pode prestar os serviços de interesse geral de forma eficiente, continua, buscando acima de tudo o interesse da população, se baseia nos princípios basilares da ordem econômica para, de tal modo, realizar a descrentalização da prestação estatal. Assim ocorreu com o serviço de telecomunicações, passando-o de um serviço público, prestado essencialmente sob o regime jurídico de direito público, para ser prestado sob o regime jurídico de direito privado.

Ficou, destarte, caracterizado que o serviço público esteve e está em crise desde que foi originado. Um instituto que perde os elementos que o caracterizam, passando, contudo, a possuir caráter apenas sociológico e não mais jurídico não merece permanecer como um instituto jurídico. Assim reconheceu a União Européia quando o substituiu por serviços de interesse geral. Desta forma, entende também o direito americano que prefere incorporar em seu ordenamento as public utility.

Conclui-se, por fim, diante de todos os fatos analisados e esposados,em todo o presente ensaio, que a expressão “serviço público” se empobreceu ao extremo que a **passou a ter valor apenas nominal.**

FONTES E REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos

Direito dos serviços públicos / Alexandre Santos de Aragão. – 2.^a ed. Rio de Janeiro. : Forense, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio

Direito Administrativo/ Celso Antônio Bandeira de Mello. – 14.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio

Direito Administrativo/ Celso Antônio Bandeira de Mello. – 22.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha

Princípios gerais do direito administrativo / Oswaldo Aranha Bandeira de Mello – 1.^a ed. – Rio de Janeiro. : Forense, 1969.

BIELSA, Rafael

Derecho Administrativo. Tomo I / Rafael Bielsa – 6.^a ed. – Buenos Aires: La Ley, 1964.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Disponível

em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm . Acesso em: 17 out. 2009.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Disponível

em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm . Acesso em: 02 nov. 2009.

CRETELLA JÚNIOR, José

Tratado de Direito Administrativo. Volume IV/ José Cretella Junior – 1.^a ed. – Rio de Janeiro. : Forense, 1967.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella
Direito Administrativo/ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 21.^a ed. – 2.^a reimpressão. – São Paulo. : Atlas, 2008.

DUGUIT, Léon
Traité de Droit Constitutionnel, Tome II – Léon Duguit. – Ancienne Libraire Fontemoing & Cie. Editeurs, Paris, 1923.

GASPARINI, Diógenes
Direito Administrativo / Diógenes Gasparini. – 11.^a ed. rev. e Atual. – São Paulo. : Saraiva, 2006.

JÈZE, Gaston
Les Principes Généraux Du Droit Administratif / Gaston Jèze. – Paris: M. Giard & E. Brière Libraires-Éditeurs, 1930.

JUSTEN, Filho, Marçal
Curso de direito administrativo / Marçal Justen Filho. – 2 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006.

JUSTEN, Monica Spezia
A noção do serviço público no direito europeu / Monica Spezia Justen. – São Paulo. : Dialética, 2003.

LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES – LGT
Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9472.htm> - Acessado em: 02 nov. 2009

LIMA, Ruy Cine
Princípios Gerais do direito administrativo / Ruy Cirne de Lima. – 7^a ed. – Revisada e reelaborada por Paulo Alberto Pasquali – São Paulo. : Malheiros, 2007.

MEDAUAR, Odete
Direito administrativo moderno / Odete Medauer – 6.^a ed. ver. e atual. – São Paulo. : Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira
Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 2.^a ed. ver. e atual. – São Paulo. : Saraiva, 2008.