

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

MARIA TEREZA FONSECA DIAS

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

ROBERTO CORREIA DA SILVA GOMES CALDAS

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito administrativo e gestão pública I [Recurso eletrônico on-line] organização

CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Maria Tereza Fonseca Dias, Lucas Gonçalves Da Silva, Roberto Correia da Silva Gomes Caldas – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-082-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Administração pública. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

Os trabalhos apresentados no grupo "DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I" foram organizados em cinco grupos de discussão, que abrangeram as seguintes temáticas: princípios e fundamentos teórico-jurídicos do direito administrativo; ato e processo administrativo; prestação de serviços públicos; improbidade administrativa e contratação pública. Além destes temas, seguiram-se discussões acerca da organização administrativa, da responsabilidade civil do Estado e da revisão do mérito do ato administrativo. Quanto às questões principiológicas e da fundamentação teórica concernentes ao GT, destacamos os assuntos que fizeram parte das discussões apresentadas, entre as quais, as que se relacionam com as recentes reformas administrativas e um suposto "neoliberalismo" na organização administrativa brasileira; afirma-se este suposto "neoliberalismo" tendo em vista a necessidade de se aprofundar as influências ideológicas e doutrinárias que fizeram (e ainda fazem parte) das transformações da gestão administrativa brasileira. Neste contexto, temas como os da governança pública e da necessidade de efetivação da participação popular e social na administração para a consolidação do processo democrático brasileiro foram aventadas como possíveis instrumentos de aprimoramento do setor público rumo aos anseios e valores do paradigma do Estado Democrático de Direito. Ainda na primeira temática, foram discutidos diversos trabalhos que buscaram a aplicação dos princípios da administração pública aos diversos setores da atuação estatal. As discussões mostraram que é necessário sair do campo meramente conceitual destes princípios, para buscar sua concretude na intersecção entre direito e gestão pública. Assim, foram tratados dos princípios da "boa administração" como direito fundamental material do cidadão, com o escopo de concretizar e operacionalizar direitos subjetivos referentes a prestações materiais e vinculantes da atuação estatal. O princípio da eficiência - em que pese ainda necessitar de densificação conceitual para operar raciocínios jurídicos necessários a compreensão do fenômeno jurídico-administrativo - foi utilizado como critério para refletir sobre os problemas da corrupção no Brasil e do processo licitatório, neste último caso para o alcance da noção da vantajosidade das contratações públicas. No âmbito da temática do ato e processo administrativo, questões clássicas desta área de estudos foram promovidas quanto ao controle de constitucionalidade no processo administrativo e de revisão do ato administrativo discricionário frente aos princípios constitucionais. Este último trabalho reforça a tese da ampliação do controle dos atos administrativos discricionários, adentrando, inclusive, no seu mérito. Quanto à temática da prestação de serviços públicos - que ocuparam grande parte das discussões do grupo de

trabalho - destacam-se as abordagens afetas às questões prestacionais envolvendo direitos dos cidadãos, tais como a promessa de prestação universalizada do serviço de saúde, promovida com intervenção do Poder Judiciário e o direito a educação face aos benefícios fiscais concedidos nos últimos anos. A própria noção de serviço público foi colocada em xeque, ao se discutir se estamos em período de crise do conceito ou evolução conceitual. Além disto, ainda quanto aos serviços públicos, foram discutidos os limites da função sancionatória das agências reguladoras de serviços públicos, no sentido de que, ao mesmo tempo que esta função deve ser exercida, não podem ser prejudicados os direitos fundamentais dos cidadãos às prestações materiais destes serviços e nem mesmo das concessionárias de serviços públicos. Quanto à gestão pública dos serviços foram apresentados os aspectos positivos e negativos da adequação do modelo inglês de gestão de medicamentos - denominado Nice - ao modelo brasileiro do Sistema Único de Saúde. O tema da improbidade administrativa foi o que tomou maior parte e tempo das discussões do GT. Além da análise histórica e crítica da implantação da LIA no ordenamento jurídico, foram analisadas as questões mais pontuais desta legislação no que concerne a relação da improbidade administrativa por violação ao princípio da juridicidade e o abuso de poder político eleitoral e seus reflexos na LIA. Ainda que não conectado diretamente a improbidade administrativa, o trabalho que analisou caso concreto de pregão presencial para aquisição de veículos luxuosos no Estado de São Paulo, concluiu que o mesmo é incompatível com a Constituição da República de 1988. A temática da contratação pública - tratada de maneira ampla - explorou a rica temática dos acordos de cooperação celebrados entre administração e entidades com fins lucrativos - concluindo-se pela sua legalidade e compatibilidade com o ordenamento jurídico - e o marco legal das OSCIPS nas legislações estadual e municipal de Pernambuco e Recife. Neste último caso, concluiu-se pela necessidade de avaliar a nova legislação que trata das parcerias da Administração Pública com as OSCs, para verificar sua compatibilidade com as legislações dos demais entes federativos. No tema da interferência do estado na propriedade privada, três trabalhos foram discutidos: o da justa indenização na desapropriação, para além do "valor de mercado" do bem expropriado; o problema da desapropriação de bens públicos no âmbito das competências federativas. Neste último caso, a teoria dos princípios foi utilizada para ressignificar o conteúdo do Decreto-Lei nº 3365/1941. Ainda nesta temática, os desafios contemporâneos da gestão do patrimônio cultural imaterial foram tratados a partir dos instrumentos do poder de polícia. Eles seriam suficientes e necessários para a salvaguarda desta espécie de patrimônio cultural? No âmbito da organização administrativa, o papel da CAPES, como "estranha autarquia" foi tratado no trabalho que mostra que diversas dos regulamentos que edita sobre a pós-graduação, repercutem e promovem a desagregação do regime jurídico constitucional universitário, sobretudo nas universidades federais brasileiras. Além disto, como nó górdico da questão discutida, levantou-se a questão de como uma autarquia pode determinar regras para outras autarquias federais de mesmo nível hierárquico.

O tema da responsabilidade civil do Estado foi rediscutido e ressemantizado a partir da noção de "dano injusto", como elemento capaz de explicar e fundamentar as hipóteses de responsabilidade civil do Estado por atos lícitos e no caso de responsabilidade por omissão - temas com enorme repercussão na jurisprudência e ainda pouca discussão teórica que consiga sanar as questões levantadas. Apresentados todos os trabalhos e feitas as considerações pelos participantes e pelos coordenadores do GT, concluiu-se, em linhas gerais, que os trabalhos deste GT deverão, no futuro, enfrentar melhor a eficácia e efetividade das normas de direito público, para não se tornarem questões meramente abstratas, sem espelhar a realidade vivenciada na administração pública brasileira.

AS TRANSFORMAÇÕES DOS SERVIÇOS PÚBLICOS: CRISE OU EVOLUÇÃO CONCEITUAL?

THE TRANSFORMATION OF PUBLIC SERVICES: CRISIS OR CONCEPTUAL EVOLUTION?

Andre Luiz De Souza

Resumo

O artigo analisa, inicialmente, o posicionamento de doutrinadores quanto ao conceito de serviço público, que se divide, basicamente, em amplo e restrito. Promove, em seguida, uma breve análise quanto à forma do legislador pátrio utilizar o termo no direito positivo, utilizando, como exemplo, o modelo constitucional. Aborda, então, as duas grandes crises da história do instituto com o intuito de, logo após, discorrer sobre o posicionamento de autores favoráveis a uma verdadeira crise (que sugere o fim do serviço público) e de outros que defendem uma necessária evolução conceitual, sem prejuízos à sua existência. Apresenta, por fim, conclusões que indicam os prováveis contornos da situação no presente e que levantam questionamentos sobre como a questão será abordada no futuro.

Palavras-chave: Serviços públicos, Transformações, Crises, Evolução conceitual

Abstract/Resumen/Résumé

This paper examines initially the positioning of authors about the concept of public service, which is divided basically in a broad and a narrow perspective. It promotes, then, a brief analysis on the form of the national legislator to use the term in the written law, using as an example the constitutional model. It approaches then the two great crises in the history of the institute in order to discuss the positioning of authors who believe in a real crisis (which suggests the end of the public service) and others who advocate a necessary conceptual evolution, without any harm to its existence. It brings, finally, conclusions that indicate the likely contours of the situation in the present days and raise questions about how the issue will be addressed in the future.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Public services, Transformations, Crises, Conceptual evolution

1 Introdução

Pode-se dizer que as primeiras noções jurídicas sobre serviço público ocorreram na França, no início do século XIX. O ordenamento jurídico brasileiro, assim como o de muitos outros países latinos e europeus, sofreu forte influência desse modelo francês pós-revolucionário, chamado pela doutrina de clássico (que concebia como serviço público todas as atividades desempenhadas pelo Estado).

Desde então, tal forma de se abordar o serviço público passou por diversas transformações decorrentes da necessidade de se manter o referido instituto conectado com a realidade fática, que ao longo dos dois últimos séculos passou por mudanças significativas. Tais transformações causaram impactos na forma do legislador pátrio abordar o assunto ao longo desse período. Os impactos sofridos pelo ordenamento jurídico brasileiro se acirraram nas últimas décadas, principalmente devido ao processo de globalização.

Uma das principais influências sofridas pelo direito pátrio advindas desse movimento globalizado (que tende a unificar interesses e legislações em prol do desenvolvimento econômico) foi o estímulo da participação do setor privado na realização de serviços públicos. A partir de meados da década de 90, houve uma crescente transferência de execução de serviços através de privatizações, permissões e concessões à iniciativa privada. Isso fez com que a noção de serviço público entrasse em crise para aqueles que tentam incluir no conceito tais mudanças de titularidade do exercício dessas atividades que antes eram executadas diretamente pelo Estado.

Entender, mesmo que brevemente, as diferentes formas dos doutrinadores se posicionarem sobre o problema faz-se necessário para se compreender se o que tem ocorrido no Brasil é uma verdadeira crise conceitual que indicaria o fim do instituto tal como o conhecemos ou se o que acontece, na realidade, são apenas as transformações necessárias para acompanhar a evolução política e social do mundo.

O artigo lança mão do uso da estratégia da pesquisa bibliográfica e do método de investigação teórica para analisar, inicialmente, o posicionamento de doutrinadores quanto ao conceito de serviço público (que se divide, basicamente, em amplo e restrito). Em seguida, é realizado um breve estudo quanto à forma do legislador pátrio utilizar o termo no direito positivo, utilizando, para ilustrar a questão, dispositivos da Constituição Federal. Na sequência, as duas grandes crises da história do instituto são abordadas, com o intuito de, com

as informações obtidas, discorrer sobre o posicionamento de autores favoráveis a uma verdadeira crise atual - que sugeriria o fim do serviço público - e de outros que defendem uma necessária evolução conceitual, sem prejuízos à sua existência. Conclusões que indicam os prováveis contornos da situação no presente e que levantam questionamentos sobre como a questão será abordada no futuro são, finalmente, apresentadas.

2 As diferentes formas de se conceituar serviço público

A tarefa de conceituar serviço público não é das mais fáceis, pois ao longo do tempo sua noção sofreu inúmeras transformações. Somam-se a essas transformações evolutivas diferenças de posicionamento doutrinário dos autores, que adotam, por vezes, uma forma mais ampla ou uma forma mais restrita ao tratar de sua noção. Não há um consenso na doutrina administrativista sobre o que seja serviço público. Seguindo a mesma linha problemática, o direito positivo brasileiro adota também conceitos variados, apresentando, algumas vezes, determinações mais abrangentes e, em outras, menos abrangentes quando se refere ao instituto em questão.

A França foi o berço das primeiras noções sobre serviço público e algumas delas eram tão amplas que abrangiam qualquer atividade realizada pelo Estado. Tais noções mais amplas, advindas, por exemplo, da Escola do Serviço Público, comandada Leon Duguit, influenciaram doutrinadores brasileiros, tais como Mário Masagão, José Cretella Júnior e Hely Lopes Meirelles, que passaram a adotar conceitos amplos sobre serviços públicos (DI PIETRO, 2013, p. 102-103).

Os adeptos de tal posicionamento conceitual costumam tratar como serviço público qualquer atividade desempenhada pelo Estado com o escopo de atender a interesses coletivos. Hely Lopes Meirelles, por exemplo, conceitua serviço público de forma ampla, caracterizando-o como “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado” (2008, p. 333).

Como bem observa Di Pietro, o conceito de Meirelles é um pouco mais restrito por fazer referência à Administração (e não ao Estado), excluindo, portanto, as atividades

legislativa e jurisdicional. Porém, tal conceito “ainda é amplo, porque não distingue o poder de polícia do serviço público. Vale dizer, abrange todas as atividades exercidas pela Administração Pública” (2013, p. 102).

Odete Medauar (2007, p. 313) também aborda a noção de serviço público sobre sua faceta mais ampla, abrangendo, inclusive, as atividades do Judiciário e Legislativo. Salienta, no entanto, que no que se refere ao direito administrativo, serviços públicos inserem-se no rol das atividades do Executivo, tratando-se de atividade prestacional “em que o poder público propicia algo necessário à vida coletiva, como, por exemplo, água, energia elétrica, transporte urbano”.

Di Pietro (2013, p. 106), antes de conceituar serviço público em sua obra sobre direito administrativo, ressalta a importância do entendimento de que a sua noção não se manteve estática no decurso do tempo, desde o seu surgimento na França. A professora chama a atenção ao fato de que a combinação dos elementos subjetivo, material e formal possuía verdadeira validade à época do surgimento do serviço público (serviço prestado pelo Estado, com o objetivo de satisfação de necessidades coletivas mediante regime de direito público diverso do privado). No entanto, com o passar dos anos, ocorreram dissociações, como, por exemplo, o afastamento do Estado dos princípios liberais, ampliando o ramo de suas atividades próprias (abrangendo atividades comerciais e industriais). Outra dissociação foi o fato do Estado perceber que, muitas vezes, não possuía organização suficiente para executar determinados serviços, passando a delega-los a particulares.

Dessa forma, ao trazer seu conceito, mesmo o fazendo de forma ampla, a professora leva em consideração essa evolução, afirmando que serviço público é atribuição da lei ao Estado de toda atividade material para que seja exercida “diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime total ou parcialmente público” (DI PIETRO, 2013, p. 106).

Percebe-se ter sido abrangido nesse conceito alterações evolutivas do instituto, principalmente no que se refere ao fato de ter sido salientado o fato do Estado poder desempenhar a atividade que se caracterizaria como serviço público de forma direta ou “por meio de seus delegados”, mediante um regime totalmente público ou híbrido (público e privado).

Em sentido restrito, serviço público insere-se dentro das atividades exercidas pela Administração Pública e distinta do poder de polícia do Estado. Ou seja, não se trata de

atividades desempenhadas dentro do âmbito das atribuições dos Poderes Legislativos e Judiciário. Não se trata também daquelas atividades exercidas pelo Estado para manter a ordem e proteger os direitos objetivos das pessoas (poder de polícia).

Celso Antonio Bandeira de Mello é um dos adeptos da acepção restrita sobre serviço público, e o conceitua da seguinte forma:

[...] toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público – portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo (MELLO, 2010, p. 679).

Segundo Marçal Justen Filho (2010, p. 692), serviço público é uma atividade administrativa que tem por finalidade satisfazer de forma concreta “necessidades individuais e transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante mecanismos da livre iniciativa privada”. Acrescenta ainda o doutrinador que, para configurar serviço público, tal atividade deve ser executada mediante o regime de direito público, ser qualificada em legislação e destinada a pessoas indeterminadas.

Em sua obra sobre serviços públicos, no capítulo que versa sobre as diversas formas de conceitua-lo, Alexandre Santos de Aragão (2008, p. 157a) destaca quatro acepções distintas: amplíssima, ampla, restrita e restritíssima. Segundo o autor, a acepção restrita sobre serviço público é a mais operacional, pois contempla atividades (serviços públicos econômicos e serviços públicos sociais) que possuem um mínimo satisfatório de pontos em comum (tais como o fato de serem sujeitos à legislação consumerista e gerarem direitos subjetivos individuais) capaz de justificar a sua inclusão no mesmo conceito.

Após tecer tais considerações, Aragão traz o seguinte conceito de serviço público:

[...] as atividades de prestação de utilidades 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 (ARAGÃO, 2008, p. 157a).

O termo “serviço público”, no ordenamento jurídico brasileiro, é empregado sob ambas as formas (algumas vezes em sentido amplo e em outras em sentido estrito). Para ilustrar aqui tal fato (por não ser o objetivo do artigo em se levantar todas as hipóteses da lei em que a confusão conceitual ocorre), analisa-se o tratamento constitucional que é dado à matéria. No artigo 37, § 6º da Constituição Federal de 1988, por exemplo, a expressão “serviço público” aparece em sentido amplo, abrangendo todas as atividades do Estado:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (BRASIL, 1988).

Como se vê, é ampla a forma de abordar serviço público nesse dispositivo pelo fato do *caput* do artigo 37 se referir ao qualquer dos Poderes, e não apenas ao Executivo.

Outro dispositivo da Constituição Federal que faz referência a serviço público, porém dessa vez sob a sua acepção restrita, é o artigo 175. Neste dispositivo encontra-se a previsão constitucional da incumbência ao Poder Público da prestação de serviços públicos, de forma direta ou mediante concessão e permissão, estabelecendo também a necessidade de prévia licitação. No entanto, tal dispositivo encontra-se dentro do título da Constituição que regula a ordem econômica e financeira, dando a ideia, portanto, de haver essa única espécie de serviço público.

Há quem sustente, no entanto, ter sido mais uma impropriedade do legislador constitucional tê-lo feito dessa forma do que propriamente ter tido o intuito de abordar serviço público em sua forma restrita de conceituação. Segundo Aragão (2008, p. 157a), o fato de artigo estar inserido na Ordem Econômica da Constituição Federal, indica que só diz respeito aos serviços públicos com natureza econômica, não devendo ser interpretado como se não existissem outras categorias, como os de natureza social.

3 Crise ou evolução conceitual dos serviços públicos?

Os serviços públicos, desde as suas origens até os dias atuais, passaram por constantes transformações, havendo autores tanto nacionais quanto estrangeiros que sustentam existir uma verdadeira crise atualmente, que sugeriria o seu fim como instituto jurídico. Se as constantes transformações sempre se fizeram marcantes desde o seu surgimento, por que então se fala em crise?

Um bom ponto de partida para entender melhor a questão é analisar o significado de crise com relação a um determinado instituto jurídico. Ao tecer considerações sobre isso, Aragão (2008, p. 239a), invocando lições de Jürgem Habermas, sugere que, diversamente dos sistemas biológicos (que têm seus limites bastante precisos), os sistemas sociais possuem limites complexos e variam seus elementos, para poder se auto-sustentar e assim continuar existindo. Essas alterações podem implicar em “aprendizagem e mudança” ou “dissolução e quebra”, e fica difícil, muitas vezes, saber se foi formado um novo sistema ou se o antigo apenas se reinventou com base em novos parâmetros¹.

Dessa forma, existe realmente uma crise envolvendo o serviço público que indicaria seu fim, por não atender mais aos propósitos da realidade fática? Ou o que está acontecendo na prática é apenas uma natural transformação do instituto, que, justamente para acompanhar e estar em consonância com o mundo dos fatos, altera-se e reinventa-se, sem formar um novo instituto com bases jurídicas totalmente diversas do anterior?

A doutrina clássica de direito administrativo aponta a existência de duas grandes crises envolvendo os serviços públicos. Segundo Aragão (2008, p. 427a), em que pese o instituto haver mudado muito e constantemente desde a Escola do Serviço Público, pode-se destacar duas grandes crises (não que o instituto não tenha vivido outras), tendo ocorrido a primeira em meados do século passado, quando houve um aumento da intervenção do Estado na economia.

¹ Ao abordar o conceito de crise na medicina e na dramaturgia, Habermas trata também da noção de crise nas ciências sociais: “Os organismos biológicos têm limites espaciais e temporais bem precisos; seu patrimônio se define por valores de normalidade que oscilam apenas dentro de margens de tolerância determináveis empiricamente. Diversamente, os sistemas sociais podem se afirmar em um ambiente de extrema complexidade variando os seus elementos sistêmicos, seus padrões de normalidade, ou ambos ao mesmo tempo, a fim de alcançar um novo nível de auto-sustentação. Porém, quando um sistema se conserva variando tanto os seus limites, seu patrimônio, a sua identidade acaba se tornando imprecisa. Uma tal alteração do sistema pode ser concebida como aprendizagem e mudança, ou como processo de dissolução e quebra: não pode ser determinado com certeza se foi formado um novo sistema ou se apenas houve a regeneração do antigo (HABERMAS *apud* ARAGÃO, 2008, p. 239a).

Essa intervenção se deu, segundo o autor, de duas formas: (i) houve o aumento da intensidade de intervenção regulatória sobre as atividades econômicas privadas, caracterizando-as como também de interesse público e (ii) passou a ocorrer o exercício direto pelo Estado de várias atividades econômicas, comerciais e industriais, utilizando de instrumentos de direito privado, como as sociedades de economia mista e empresas públicas.

A segunda crise apontada por Aragão (e que, segundo ele, teve início na década de 80) ocorreu em decorrência da primeira, quando o Estado passou a exercer atividades econômicas desvinculadas do interesse público. Essa crise foi motivada pelo aumento da iniciativa privada na economia “com a devolução ao mercado de uma série de atividades que dele foram retiradas ao longo do século passado”. Porém, como bem observa o administrativista, essa devolução ao mercado privado não se dá de qualquer forma, sob a qualificação como uma atividade privada qualquer, pois os vínculos com os interesses públicos continuam a existir. O que aconteceu, na realidade, foi que o Estado percebeu que determinadas atividades seriam melhor desempenhadas pela iniciativa privada (com a lógica do mercado e da concorrência), preservando-se uma forte regulação (ARAGÃO, 2008, p. 244a).

Esse aumento de concessões à iniciativa privada fez com que a noção de serviço público entrasse em crise para aqueles que tentam incluir no conceito tais mudanças de titularidade do exercício dessas atividades que antes eram executadas diretamente pelo Estado.

Os que seguem essa linha de raciocínio veem que tal instituto não é mais compatível com o direito administrativo contemporâneo. Para eles, tal ideia advém do fato de que os países latinos e europeus passaram a adotar o modelo anglo-americano, onde o Estado não é titular de várias atividades. Porém, tais atividades continuam com forte regulação pelo próprio Estado (ARAGÃO, 2008, p. 430b).

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2000, p. 143-144) afirma, tomando como exemplo para essa posição, após sustentar que a figura do serviço público é “mítica”, que existe um quarto critério referente aos princípios que os norteia (além dos tradicionais critérios subjetivo, material e formal). Esse critério extra seria o teleológico e estaria ligado à segurança jurídica que o Estado deve garantir durante sua prestação através da generalidade, continuidade e modicidade. De acordo com esse critério, os serviços públicos possíveis no Direito Administrativo pertencem a diferentes categorias. A primeira delas diz respeito àqueles “que apresentam superiores exigências de segurança, e deverão ser, por isso,

integralmente planejados, executados e controlados pelo Poder Público”. No segundo tipo possível de categoria que toma como base a segurança jurídica estariam “os que apenas exigem acompanhamento, para detectar a eventual irregularidade, que poderão ser planejados e executados pelo setor privado e apenas regulados pelo Estado”².

O autor sugere, portanto, haver realmente uma crise da noção de serviço público, considerando desnecessária sua existência como figura própria, uma vez que os serviços prestados pelo Estado que o caracterizaria poderiam ser prestados mediante a garantia da presença da segurança jurídica nas relações jurídicas, quer sejam estas privadas ou públicas.

Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2015, p. 217), ao comentar sobre o assunto, vislumbra uma tendência de aproximação da noção francesa de serviço público e as *public utilities* norte-americanas, “notadamente pela aproximação dos sistemas jurídicos da *common law* e do romano-germânico, naquilo que pode ser denominado de ‘globalização jurídica’”.

Destaca ainda o autor que “a doutrina tem destacado a nova noção de serviço público, adotada no âmbito da União Europeia, que representaria, em última análise, a aproximação entre o serviço público francês e as *public utilities* norte-americanas”. Ao fazer referência a “serviços universais” ou “serviços de interesse econômico geral”, o direito comunitário europeu estaria consagrando o “princípio da concorrência na prestação de serviços públicos o princípio da concorrência na prestação de atividades econômicas de interesse geral, retirando a exclusividade do Estado” (REZENDE OLIVEIRA, 2015, p. 217-218).

Em que pese haver esse movimento doutrinário que sugere o fim do instituto pelos motivos acima expostos, temos aqueles que acreditam que, o que acontece, na realidade, são apenas transformações que não deixam de dar substrato de existência para a manutenção dos serviços públicos no meio jurídico.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 143-144) acredita que, pela influência do direito comunitário europeu, que sofreu influências do *common law*, fala-se hoje em crise no conceito de serviço público. A noção de serviço público como sendo algo exclusivo do Estado, na União Europeia, teria se tornado incompatível com os princípios gerais da ordem econômica, quais sejam, o da liberdade de iniciativa e o da livre concorrência. A autora alerta

² Moreira Neto (2000, p. 143-144) afirma ainda que em cada uma dessas categorias “estará caracterizado um serviço público no sentido proposto, que é o da atividade de algum modo assegurada pelo Estado, não importando em que etapa possa ou deva intervir com emprego da coerção, o modo com que o fará e com que intensidade, o que assimilaria em uma mesma categoria os serviços públicos tradicionais e os serviços de interesse geral, de recente conceito”.

ainda para o fato de que o Tratado de Roma de 1957 fala em serviços de interesse econômico geral, não mencionando serviço público, e que houve alterações até mesmo no próprio direito francês, onde a expressão serviço público foi substituída por serviço de interesse econômico geral - para as atividades de natureza econômica, conservando-se o termo antigo para os serviços de natureza social.

A mencionada alteração no termo, trazida pelo Tratado de Roma, incentivou uma série de privatizações e liberalizações de serviços públicos, diminuindo a prestação direta por parte do Estado em inúmeros países europeus. Di Pietro (2013, p. 111), recorrendo às lições de Vital Moreira, aponta como consequências de tal mudança de postura do direito comunitário europeu o fato de ter passado a existir uma “mercadorização” dos serviços públicos, com a transformação dos usuários em verdadeiros consumidores e clientes, onde o serviço público passou a ser uma figura de mercado, onde existe a possibilidade, inclusive, de escolha do prestador (concorrência). A professora alerta ainda para o fato de que o Tratado de Amsterdã de 1997 abrandou um pouco a situação, prevendo as figuras das obrigações de serviço universal e obrigações de serviço público, quando assim fossem necessárias para atenderem as necessidades coletivas.

O Brasil sofreu, assim como muitos outros países, essas influências e o serviço público no ordenamento jurídico pátrio foi objeto de alterações em decorrência do movimento de globalização que se acentuou a partir do final do século passado. Mas seriam essas alterações suficientes para configurar uma verdadeira ruptura conceitual e capazes de trazerem novas bases jurídicas que justificariam o fim da figura do serviço público tal como o conhecemos?

Di Pietro (2013, p. 110-111) acredita que não. De acordo com a professora, não existe no Brasil “a mesma justificativa para adotar-se a conclusão de que o conceito de serviço público entrou em crise, tendendo a desaparecer, já que o país não está vinculado a qualquer tratado que estipule medidas semelhantes às impostas à União Europeia”.

A administrativista continua sua explicação dizendo que a Constituição Federal de 1988 “continua a atribuir atividades ao poder público, com caráter de exclusividade, como ocorre, por exemplo, com o artigo 21; e continua a prever, como encargo do Estado, a prestação de serviço público, nos termos do artigo 175”. Por fim, a autora esclarece que seria muito difícil o Brasil seguir as orientações do Tratado de Roma sem a alteração da Constituição “tal como interpretado pela Comissão Europeia e pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias”. (DI PIETRO, 2013, p. 110-111)

Para Floriano de Azevedo Marques Neto (MARQUES NETO, 2005, *online*), o tema da crise e transformação da noção de serviço público insere-se no contexto da própria mudança que tem ocorrido nas últimas décadas na relação entre Estado e Sociedade, no que se refere à “ampliação dos campos de atuação regulatória estatal e mesmo pela introdução de fortes instrumentos de atuação estatal sobre as regulações econômicas (afirmação do direito do consumidor e fortalecimento do direito da concorrência)”. Paralela a essa mudança na relação entre o Poder Público e o setor privado, a própria noção de serviço público sofre transformações em decorrência da privatização de empresas e ativos estatais e da quebra do monopólio da exploração dessas atividades.

Marques Neto acredita ainda que tem havido uma diminuição da intervenção estatal no domínio econômico, porém com aumento de regulação, pelo próprio Estado, nos campos em que se retira da exploração direta dessas atividades econômicas. Trocando em miúdos, o Estado deixa de prestar diretamente a atividade que antes prestava. No entanto, para compensar essa transferência ao setor privado, aumenta-se a regulação de tais serviços. O fato de o Estado ter deixado de executar efetivamente certas atividades, repassando-a ao setor privado “antes de implicar uma retirada da esfera pública desta área de atividade, importa na necessidade de fortalecimento da atuação pública” (2005, *online*).

Já com relação à transformação na noção de serviço público, Marques Neto (2005, *online*) chama a atenção para o fato de que com o aumento da transferência da execução de serviços públicos para a iniciativa privada, houve a necessidade do aumento da regulação dessa atividade de realização de tais serviços, que não deixaram de seguir o regime público. Justificando, portanto, essa forte regulação, estariam os princípios básicos do regime público, que garantem a universalidade de tais serviços, por exemplo, pois o fato de ter ocorrido a transferência ao setor privado não fez com que perdessem sua forte relevância social.

Em suma, o que estaria em crise, portanto, seria uma concepção tradicional de serviço público, que o entende apenas como uma parcela da atividade estatal que não possui características econômicas e que se confunde, no final das contas, com a própria função estatal³. Essa “desestatização”, segundo Marques Neto, traz problematizações e novos desafios para a esfera jurídica, principalmente com relação a esse incremento de regulação por

³ Essa visão essencialista e absoluta, segundo o autor (MARQUES NETO, 2005, *online*) “perde espaço para uma noção lastreada na ideia de que, malgrado tratar-se de uma atividade econômica (passível de exploração econômica, inclusive com vistas ao lucro), por força de sua relevância social, seja reservada à titularidade do poder público com vistas a i) restringir o acesso à sua exploração àqueles que dele recebam uma outorga ou licença específica e ii) exigir que a sua exploração esteja subordinada a um regime sujeito a maior incidência regulatória (mormente submetida ao regime de direito público)”.

parte do Estado, desses serviços passados à iniciativa privada. A competição, bem como a divisão de competências federativas, são outros dois pontos de destaque que o autor aborda ao tratar da questão das transformações sofridas pelos serviços públicos.

Nesse sentido também se posiciona Irene Patrícia Nohara. De acordo com a autora, “é inadequada para o nosso sistema a pretensão de caracterizar a competência de jurisdição pela noção de serviço público”. A crise envolvendo a noção de serviço público viu-se acirrada quando ocorreu a percepção de que o conceito tradicional do instituto era inadequado para explicar “o rol de todas as atividades estatais” ou então o “regime jurídico de prestação, que, no caso de atividades de caráter comercial e industrial, passou a ser privado”. Era inadequado também para dar embasamento legal ao fato do sujeito prestador de forma direta não ser mais o Estado, que “passou a delegar a particulares a execução de serviços públicos”. (NOHARA, 2011, p. 442).

No entanto, segundo Nohara (2011, p. 442), a crise “não significou a quebra ou a falência do conceito, mas apenas a necessidade de evolução, para que o seu sentido e alcance fossem compatíveis com as modificações processadas nas atribuições do Estado”. A autora ainda alerta para o fato de que, no Brasil, o conceito de serviço público “nunca foi relevante para a configuração da jurisdição aplicada, porquanto desde 1891 há um sistema de jurisdição uma, onde o juiz tanto aplica direito privado com direito público”.

Diante da breve síntese feita nos parágrafos anteriores acerca das transformações sofridas e das opiniões de autores que se debruçaram sobre o estudo das mesmas, parece acertada as conclusões no sentido de que as atuais crises envolvendo a noção de serviço público não indicam o fim do mesmo em nosso ordenamento jurídico.

Ao que tudo indica, pelo menos atualmente, o que ocorre é um aumento do número de atividades delegadas a executores privados que, em nome do Poder Público, as prestam mediante um regime jurídico rígido, ao qual foram incorporadas diversas normas de caráter privado, como as referentes à concorrência. No entanto, tais serviços se apresentam extremamente regulados por parte do Estado.

Essa grande preocupação com a regulação da atividade desempenhada pela iniciativa privada na consecução de serviços que antes eram prestados pelo Estado mostra que, no fundo, o que está em jogo é a defesa de interesses coletivos que são considerados essenciais, e que, por conta disso, não podem ser livremente entregues ao mercado e à sua lógica inerente de concorrência e lucro. Só aí poderíamos falar em fim do serviço público.

Tal como se apresenta, o que existe são transformações necessárias, que acompanham a evolução da sociedade, e que mostram, algumas vezes não tão claramente, que a preocupação continua sendo o bom atendimento das necessidades coletivas e que estas possuem ou não características econômicas.

Segundo Aragão (2008, p. 264a), “Nunca é demais lembrar que o serviço público já teve a sua ‘sentença de morte’ anunciada várias vezes, tendo chegado aos nossos dias mudado, mas ainda bem presente”.

4 Conclusão

Apesar de não ser algo inédito e de uma determinada forma já ter sido amplamente debatido no meio jurídico, o tema da crise da noção do serviço público não deixa de ser importante. Isso porque, cada vez mais, se mostra pertinente entender os efeitos que a globalização desencadeia sobre os mais variados institutos jurídicos nacionais.

É fácil perceber um processo de maior atuação do mercado privado na consecução de serviços públicos no Brasil. O aumento significativo no número de concessões (através inclusive de novos modelos jurídicos como o recente instituto da parceria público-privada) aponta no sentido de que a política brasileira acredita que a iniciativa privada pode suprir, em muitos casos, o papel do Estado no atendimento dos interesses públicos.

O problema aqui desenvolvido apresenta-se, no final das contas, como uma questão de saber o que realmente é considerado crise em um fenômeno ou instituto jurídico. Para aqueles que incluem dentro da definição de crise as transformações naturais que um instituto sofre ao longo dos anos, não há que se falar em fim da noção de serviço público. As transformações acontecem desde os primórdios de seu surgimento, mesmo que, por conta da evolução exponencial do volume de informações das últimas décadas, tenhamos a impressão de que tais mudanças se acentuaram de forma a propiciar uma verdadeira ruptura conceitual.

Portanto, não é difícil concluir que os serviços públicos estão apenas se transformando, incorporando novas situações anteriormente não previstas, não havendo nenhum indício concreto de que o instituto deixará de existir para ceder seu lugar a serviços de natureza puramente econômica prestados pelo mercado privado, sem qualquer preocupação regulatória por parte do Estado (seguindo a lógica da concorrência e do lucro) e submetendo-

se exclusivamente ao regime jurídico próprio das relações entre particulares. Sem mudar a Constituição Federal, como foi explicado, não há motivos para se falar em fim de serviço público no Brasil.

No entanto, como a questão será abordada nos anos vindouros? Apenas o distanciamento histórico permitirá que os efeitos das recentes transformações sejam vislumbrados de forma mais clara. Isso, por sua vez, auxiliará na compreensão de quais serão os desafios que os serviços públicos enfrentarão nas décadas futuras, para se manterem vivos como institutos jurídicos independentes e devidamente atrelados ao escopo do Estado de promover a concretização de direitos fundamentais e de fortalecer as bases da democracia e do Estado de Direito.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008a.

_____. **O serviço público e suas crises**. In: Direito administrativo e seus novos paradigmas. ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (orgs.). Belo Horizonte: Fórum, 2008b.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 jul. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7 ed. rev. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MEDAUER, Odete. **Direito administrativo moderno**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo Marques. A nova regulamentação dos Serviços Públicos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fevereiro de 2005. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 jul. 2015

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 15. ed., ref. atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mito e realidade do serviço público**. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro – RDPGE, v. 53, p. 143-144, 2000.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. esq. compl. atual. São Paulo: Atlas, 2011.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 3 ed. rev. atual. Ampl. São Paulo: Método, 2015.