

As transformações da noção de serviço público na União Européia: o serviço de interesse geral do Tratado de Lisboa

Helga Maria Sabóia Bezerra*

1. Introdução

As liberalizações que os Estados europeus vêm levando a cabo desde os anos oitenta do século XX têm provocado a mudança dos limites sob os quais se compreendeu tradicionalmente o termo serviço público, de origem francesa – adotada pelos demais países da Europa continental – e que se estendeu pela América Latina.

Desde seu nascimento até sua atual delimitação no Direito comunitário, a noção de serviço público sofreu várias crises, tendo que se adaptar às transformações ocorridas em uma Europa que, devastada por duas guerras, decidiu buscar a integração econômica, política e social.

Este artigo analisa o passo histórico do serviço público ao serviço de interesse geral, reconhecido no novo Tratado de Lisboa – que introduziu modificações no Tratado da União Européia e no Tratado constitutivo da Comunidade Européia – e ao qual vêm adaptando-se os vinte e sete países membros.

2. Evolução histórica do conceito

Definir serviço público supõe uma grande dificuldade. Nisto estão de acordo a maior parte dos administrativistas, como Ariño Ortíz¹, Fernán-

* Doutoranda na Universidad de Oviedo, España. Especialista em *Derecho Español para Juristas Extranjeros*, Universidad de Alcalá de Henares – España. E-mail: helgamsb@hotmail.com.

¹ ARIÑO ORTÍZ, 1979, p. 544.

dez Rodríguez² e Sánchez Morón³ fazem notar: as normas jurídicas não esclarecem seu significado e as doutrinas estão repletas de intermináveis tentativas de definição, de modo que há algumas muito amplas e outras muito reduzidas, dependendo do autor que as tenha descrito, do tempo e da situação espacial a que se referem, isto é, em que ordenamento jurídico, de que determinado Estado.

É preciso que se chame a atenção para isto, para ter-se uma idéia da complexidade da matéria. O interessante no estudo dos serviços públicos reside em percorrer o caminho no qual se desenvolveu a noção e os limites em que se moveu o conceito, desde sua ampla e quase onipresente origem, em um Estado que se orientava pelo vetor da solidariedade social, até a redução que, como assinalam Cremades e Rodríguez-Arana⁴, vem sendo característica a partir da busca de um mercado único no âmbito da União Européia.

2.1. Do Antigo Regime intervencionista às nacionalizações, depois de um período liberal

Desde a Baixa Idade Média até o fim do século XVIII prevaleceu na Europa um conjunto de costumes e instituições políticas, sociais e econômicas, que os revolucionários franceses de 1789 denominaram *Ancien Régime*.

Aquele regime caracterizou-se por um sistema político de monarquias absolutas, com os poderes executivo e legislativo centralizados na figura do monarca e o principal bem econômico – a terra e sua produção –, monopolizado como mãos mortas a favor da nobreza e do clero, sem que se conhecesse a noção de livre mercado.

Aquela época foi marcada por um grande intervencionismo dos Estados e pela intensa regulamentação dos meios de produção, comercialização, venda e relações de importações-exportações com outras nações do mundo.

No Estado liberal, divulgado com primazia por Adam Smith quando na França fervia a crise do Antigo Regime, o rol de atividades que compreendiam os serviços públicos era restrito e estava dominado pela idéia do *laissez faire, laissez passer*.

² FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 1999, p. 58.

³ SÁNCHEZ MORÓN, 2005, p. 738.

⁴ CREMADES e RODRÍGUEZ-ARANA, 2006, p. 76.

Sobre o liberalismo meditou o filósofo e economista escocês em seu livro, publicado em 1776, *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations* (Uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações).

Segundo o catedrático de lógica e de filosofia moral da Universidade de Glasgow, o indivíduo busca seu benefício individual, seus próprios interesses antes de tudo e, ao buscá-los, promove, sem intenção, o interesse da sociedade. Uma “mão invisível” – a mão invisível do mercado – leva-o a realizar resultados socialmente desejáveis, que não estavam nos seus planos, e ainda mais eficazmente do que se tivesse tentado promovê-los.

A Revolução Industrial, iniciada na Inglaterra, possibilitou um incremento na capacidade de produção das áreas têxtil, mineira e metalúrgica. A invenção dos teares mecânicos e da máquina a vapor, na segunda metade do século XVIII, transformou a vida humana – com a substituição do trabalho manual pelo fabril – naqueles países onde esses inventos foram aplicados, durante os últimos anos do século XVIII e início do XIX.

A mudança se estendeu pelo mundo, que se fez menor, mais forte e mais rápido com os novos meios de transporte e comunicação. A força das máquinas, turbinas e motores elétricos substituíram o esforço físico humano e animal. A técnica possibilitou a transformação da produção e do consumo a um ritmo nunca visto antes. Nascia o capitalismo criador de riquezas.

Naquele contexto, a economia liberal competitiva criou raízes. Acreditava-se que o mercado tinha plenas condições de se auto-regular, de maneira que chegaria a uma situação ótima, equilibrada, plenamente eficiente, onde a produção e o consumo incidiriam, na justa medida, para proporcionar o bem-estar dos indivíduos. O Estado, assim, era praticamente ausente na prestação dos serviços e na produção de riquezas.

Entretanto, a idéia de que uma economia liberal seria capaz de atender, por si só, ao amplo leque de necessidades cidadãs, mostrar-se-ia falsa e pouco a pouco cederia lugar à intervenção do Estado na economia.

O surgimento de cada vez mais amplas reivindicações sociais que só o Estado era capaz de satisfazer, deu lugar a sua preponderância na prestação de serviços. A prática tornou evidente que o mercado não se auto-regulava perfeitamente, que o puro liberalismo não era capaz de ordenar a sociedade de maneira satisfatória, já que o mercado mostrou-se suscetível de falhas.

Reconheceu-se que havia casos nos quais a livre concorrência não garantia por si mesma a prestação de certos serviços públicos, básicos para a sociedade.

Atualmente estas falhas de mercado são bem conhecidas:

1. A concorrência não é perfeita – O mercado que, para ser eficiente, teria que ser intensamente competitivo, muito poucas vezes o é de fato. Em um mercado competitivo ideal é necessário que haja tantos produtores e tantos consumidores, que nenhum possa influenciar o preço de mercado. Entretanto, sabe-se que quase todos os mercados caracterizam-se por esta imperfeição, na qual pode estar presente o fantasma do abuso de posição dominante, com produtores com poder para influenciar a demanda com práticas de diferenciação de produtos, publicidade e marcas comerciais; ou restrições à entrada de novos competidores.

2. Impõe-se o monopólio algumas vezes – A existência de economias de escala (situações em que quanto maior a produção, menor é o custo unitário), não permitindo mais que um produtor no mercado, leva ao surgimento de monopólios. A solução consiste na provisão sem ânimo de lucro ou com perdas, o que somente o Estado está disposto a realizar, pois nenhum particular investiria em um negócio com alto risco de fracasso.

3. A informação não é simétrica – Em uma economia de mercado em situação ideal, sob condições de concorrência perfeita, um consumidor disporia de uma informação acerca dos bens e serviços, nem melhor nem pior que a de que disporia qualquer outro consumidor no mesmo mercado. As informações seriam simétricas: todos teriam acesso aos mesmos conhecimentos acerca de preços, qualidades, quantidades do produto que buscam para a satisfação de suas necessidades e, portanto, poderiam encontrar no mercado os melhores bens ou serviços, aos mais baixos custos. Desta forma o mercado se auto-regularia sem necessidade de que o Estado interviesse para prover umas condições mais justas e eficientes da distribuição de bens e serviços.

Entretanto, na realidade, isso não ocorre. A informação nem sempre é correta nem difundida igualmente entre os consumidores, de maneira que uns encontram-se em situação de assimetria de informação com relação a outros e com relação aos produtores e comerciantes.

4. Emulação – Ademais, entre as falhas de mercado, encontram-se os bens públicos, aqueles que todo o mundo pode consumir, que não excluem ninguém. Têm por características o fato de que são de natureza não-excludente (não se pode impedir que as pessoas que não pagam não utilizem o produto ou o serviço, e assim não se lhes pode excluir) e de consumo não-rival (o fato de que alguém o consuma não diminui a quantidade

de disponível para os demais). Não diminuem quando aumenta o número de seus consumidores. As pessoas podem consumi-los sem ter que pagar por eles e a tendência é que, em lugar de adquiri-los, esperem que sejam outros os que paguem os custos da produção, e assim o bem ou serviço não se produz ou produz-se em menor quantidade que no caso de que todos os consumidores pagassem. A falha consiste em que, ao final, o mercado ou não produz esse bem, ou não é capaz de produzi-lo na quantidade desejada pelos consumidores.

5. Externalidades negativas – A utilidade que cada consumidor obtém dos bens consumidos não é independente da utilidade dos bens consumidos por outros e tampouco o custo de produção de cada empresa é independente das decisões de produção de outras. As externalidades invalidam a teoria da mão invisível, uma vez que a ação do indivíduo, coexistindo com outros fatos, é incapaz de determinar um resultado ótimo (ótimo de Pareto). Como assinala Schotter⁵, o resultado pode ser inclusive péssimo.

Para que o Estado assumisse a titularidade de serviços que viriam a melhorar as condições de vida do cidadão, teve que se tornar intervencionista. Para isso, duas revoluções foram necessárias, num lapso temporal no qual surgiram, como valores sociais fundamentais, os lemas da solidariedade e da igualdade.

A Revolução Francesa já havia fundado as bases para a adoção, pelo Estado, de serviços – educação, saúde, beneficência, etc. – que até então eram proporcionados pela Igreja católica, por fundações, por grêmios e por outras representações da sociedade.

Em começos do século XIX, já no marco de um Estado liberal, e com a extinção das corporações de ofícios sob os influxos da idéia de igualdade, serviços de educação, saúde, assistência social e outros, passaram a ser adotados pelo Estado como de sua competência. Assim, nasceram os serviços sociais do Estado – o Estado moderno tendo-se convertido em Social (final do século XIX até a década de setenta), depois de haver sido, durante dois séculos, caracteristicamente Liberal.

Em virtude de que este tipo de atividade – social – não encontrava, na iniciativa privada, nenhum interesse nem a possibilidade de investimentos para prestá-los, foi o Estado quem teve que assumi-los.

⁵ SCHOTTER, 1987, p. 45.

Por ocasião da Revolução Industrial surgiram os serviços econômicos – comerciais e industriais –, que mais tarde seriam assumidos pelo Estado, como se verá. O progresso tecnológico que se seguiu à invenção da máquina a vapor em 1769, por James Watt, foi capaz de criar as ferrovias, o gás, a eletricidade, o telefone e outros serviços.

À medida que o Estado, ao final do século XIX e início do XX, distanciava-se dos princípios abstencionistas do liberalismo, começou a alargar o campo de atividades próprias definidas como serviços públicos, passando a considerar como tais não só os serviços sociais, como também as atividades comerciais e industriais que antes estavam destinadas à iniciativa privada. Necessidades de interesse geral como transporte público, iluminação, abastecimento de água, gás e eletricidade passaram a ser proporcionadas pelo Estado.

Com a expansão das idéias socialistas na primeira metade do século XX, ocorreram as nacionalizações de empresas, com um mercado intervencionismo estatal. Como demonstra Fernández-Carvajal⁶, o período que se seguiu à Segunda Guerra Mundial trouxe uma profunda transformação social, por causa da influência comunista russa em vários Estados do leste europeu, por detrás da cortina de ferro, quando a atividade pública não deixou qualquer espaço para a iniciativa privada.

Entretanto, é preciso ter em conta com Parada Vázquez⁷, que nos países anglo-saxões – de *common law* – as prestações de serviço público eram levadas a cabo pelas empresas privadas em um regime de livre concorrência, pois ali o capitalismo arraigou-se fortemente. Enquanto na Europa continental, o Estado se antecipou à demanda social na satisfação das necessidades coletivas através de organizações estatais burocráticas ou por concessões monopólicas ao setor privado, nos Estados Unidos a satisfação das necessidades de interesse geral ficou a cargo de empresas privadas às quais se impuseram por lei obrigações públicas (acesso ao serviço por todos os usuários e tarifas razoáveis) e um rigoroso regime de defesa da livre concorrência apoiado pela doutrina do *common calling* e depois do *common carrier*, que agora é englobada pelo termo *public utilities*.

Ademais de aprovar leis que impunham obrigações de interesse público às empresas privadas que prestavam serviços de interesse geral, aquele

⁶ FERNÁNDEZ-CARVAJAL, 1950.

⁷ PARADA VÁZQUEZ, 2003, p. 411.

país criou organizações públicas que garantiam sua aplicação: as comissões reguladoras de cada setor, agências independentes com poderes regulamentares, sancionadores e arbitrais que teriam, ainda segundo Parada Vázquez⁸, a partir dos dois últimos decênios do século XX, uma forte influência sobre os países de tradição jurídica romana (*civil law*), dentro e fora da União Européia.

2.2. A origem do conceito de serviço público: *le service public à la française*

O conceito de serviço público nasceu com as teorias do Estado de Direito e do Estado Providência, no início do século XX. Era uma época em que o Estado começava a ser considerado o promotor da benevolência, a ser visto como um Estado servidor, um de cujos pilares era o serviço público.

Tal idéia foi promovida com a contribuição da Escola Francesa de Serviço Público ou Escola de Bordeaux, que a partir de uma decisão do Tribunal de Conflitos francês desenvolveu um conceito de serviço público, fundando as bases do Direito administrativo e chegando a abarcar todo o âmbito do Direito público. Influenciou fortemente o pensamento jurídico, extrapolando o campo do Direito e ocupando a atenção de outras especialidades, como a Sociologia e a Ciência Política.

Foi através de duas célebres sentenças do Conselho de Estado francês (de 1873 e 1921) que os princípios do serviço público *à la française* (serviços de transporte, correios, energia, comunicações, serviços locais – água, saneamento, limpeza e transporte local – em rede) pouco a pouco se constituíram: princípio de igualdade de tratamento dos usuários; continuidade do serviço; mutabilidade ou adaptabilidade do serviço público. Princípios que, já adaptados à noção de serviços de interesse econômico geral, forjada pelas instituições da União Européia, serão vistos mais adiante.

Para Léon Duguit⁹, que conduziu a Escola de Serviço Público:

O Estado não é um poder que manda, uma soberania, é uma corporação de serviços públicos organizados e controlados pelos governantes e o serviço público, por sua vez, é toda atividade cuja realização deve ser regulada, assegurada ou controlada pelos governantes, porque é indispensável para a realização

⁸ *Idem*, p. 412.

⁹ *Apud* MUÑOZ MACHADO, 2004, p. 52.

ou o desenvolvimento da interdependência social e que é de tal natureza que não pode ser assegurada completamente senão mediante a intervenção da força governante¹⁰.

Desta maneira, e em conformidade com Garrido Falla¹¹, pela teoria do serviço público, este constituía, em essência, o próprio Estado. No início do século XX, em seu livro *Transformações do Direito Público*, Leon Duguit quis substituir as bases tradicionais do Direito público que girava em torno do conceito de soberania, para em seu lugar colocar o conceito de serviço público, com a consequência de que toda atuação administrativa passava a ser considerado serviço público.

A configuração do Estado francês, na época em que desenvolveu Duguit sua teoria, era dada pela Constituição da Terceira República, as *Lois Constitutionnelles* de 1875, e somente a partir dos anos quarenta do século XX a França conheceria uma nova ordem constitucional que poderia refletir a concepção duguitiana de Estado.

O artigo 9º do preâmbulo da Constituição francesa de 1946, assumindo aquela concepção, preparou o terreno para a concretização de um amplo setor público, proibindo, segundo a interpretação do Conselho Constitucional, que os monopólios nacionais fossem confiados às empresas privadas: “Todo bem e toda empresa cuja exploração possua ou adquira os caracteres de um serviço público nacional ou de um monopólio de fato deve passar a ser propriedade da coletividade”. A propriedade pública tornava-se, assim, a regra em matéria de prestação do serviço público.

Com efeito, a Constituição da Quarta República pôs a propriedade pública como necessária sempre que houvesse um monopólio. Os serviços públicos de rede (telecomunicações, eletricidade, gás, correios (...)) foram organizados de maneira que a maior parte das atividades estavam asseguradas por um monopólio público.

Assim, formaram-se grandes monopólios públicos nacionais: *Électricité de France* (EDF), *Gaz de France* (GDF), *Société Nationale des Chemins de Fer* (SNCF), *La Poste*, *France Telecom* e outros. Em consequência, setor público – conjunto de atividades realizadas sob controle total ou parcial do Estado,

¹⁰ Tradução da autora do artigo.

¹¹ GARRIDO FALLA, 1994, p. 9.

opondo-se a noção à de setor privado – e serviço público iam estar muito tempo emparelhados. O *service public à la française* propagaria uma idéia de contornos extensos e ilimitados.

Os países europeus com regimes administrativos de inspiração francesa receberam esta influência, mas delimitaram o significado de serviço público dentro de suas fronteiras, uma vez que o *service public à la française* era tão amplo, que abarcava todas as atividades do Estado. De modo que, segundo Moderne¹², a noção não foi recebida em outros países tal qual se manifestava na França, salvo na Espanha, que se caracterizou por uma grande receptividade ao modelo do país vizinho, havendo-o importado a sua doutrina, legislação e jurisprudência com bastante fidelidade.

O conceito de serviço público é, na França, um meio ao qual os poderes públicos recorrem para assegurar a satisfação de interesse geral. O direito positivo francês, de acordo com Bazex¹³, define diferentes meios que permitem obter a participação de atividades privadas na realização dos objetivos de interesse geral.

Não obstante, a definição do conceito foi sempre uma das questões mais difíceis e discutidas no Direito administrativo francês, sendo especialmente complicado distinguir os serviços públicos de outras atividades de interesse geral. Difícil, por exemplo, proceder à diferença entre um serviço público de gestão privada e uma empresa privada encarregada de uma missão de interesse geral.

Tal dificuldade deve-se, em parte, a que os franceses não dispõem de uma definição jurídica de interesse geral. As prestações econômicas e sociais suscetíveis de ser considerada como de interesse geral são de tal maneira abundantes e diversas no Direito francês, que as obras mais recentes de Direito público econômico francês nem sequer consideram nomear uma relação desses serviços, o último inventário completo havendo sido feito por André de Laubadère em seu *Traité de Droit Administratif*, na edição de 1977.

Entretanto, esta noção tão indefinida do serviço público francês não se constituiu em problema até os anos oitenta do século passado, sob os impulsos da evolução tecnológica e econômica, no marco da integração europeia.

¹² MODERNE, 2001, p. 24.

¹³ BAZEX, 1996.

Os franceses começaram a defender a inscrição de sua noção de serviço público na Constituição da União Européia, não sem encontrar-se com fortes oposições por parte dos demais países membros.

Começou-se a debater, na França, sobre os limites da noção de serviços públicos de interesse geral, até chegar a considerar uma posição de conciliação da concepção comunitária de serviço de interesse geral com a do *service public a la française*, forjando para esta umas fronteiras mais explícitas, restringindo seu campo de atividade e aceitando uma maior competitividade dos serviços públicos.

Assim, o *Rapport Denoix De Saint Marc*, documento encomendado em 1995 pelo então Primeiro Ministro francês Alain Jupé, ao vice-presidente do Conselho de Estado, Renaud Denoix de Saint Marc, sobre a situação e perspectivas da noção de *service public à la française*, descrevia as particularidades do modelo francês de serviço público, explicitando as diferenças entre o Direito francês e o Tratado de Roma¹⁴ nesta matéria.

Dizia que, enquanto aquele acomodava a liberdade de comércio e de indústria às exigências do serviço público, este partia da liberdade de circulação de pessoas, bens, capitais e serviços no mercado interior, considerando a concorrência como um meio para chegar ao objetivo de prosperidade que no Direito francês encontrava-se garantido pelo poder público.

Quanto aos serviços de rede, caracteristicamente industriais e comerciais, a referência mais direta que fez o informe foi a seguinte:

Entre os serviços públicos, aqueles que são de natureza industrial e comercial e que são organizados em rede – serviços nacionais ou locais de transporte, energia, comunicação, água ou saneamento – ocupam uma parte particular.

¹⁴ Os Tratados Do Processo De Integração Europeu: 1. Tratado constitutivo da Comunidade Européia do Carvão e do Aço – CECA (Paris, 1951); 2. Tratados de Roma: o constitutivo da Comunidade Econômica Européia – CEE e o constitutivo da Comunidade Européia da Energia Atômica – Euratom (1957); 3. Tratado de Fusão estabeleceu uma só Comissão e um só Conselho para as três Comunidades Européias então existentes (Bruxelas, 1965); 4. A Ata Única Européia, que introduziu adaptações necessárias para completar o mercado interior (Luxemburgo e Haia, 1986); 5. Tratado de Maastricht, da União Européia – TUE (1992); 6. O Tratado de Amsterdã, que modificou o texto e a numeração dos Tratados UE e CE, estabelecendo a versão consolidada de ambos. Os artigos do Tratado da União Européia passaram a designar-se mediante números em lugar de letras (A a S) (1997); 7. O Tratado de Nice (2001), reformou as instituições para que a União pudesse funcionar eficazmente depois de sua ampliação a 25 Estados membros em 2004 e a 27 Estados membros em 2007. O Tratado de Nice, o antigo Tratado da UE e o Tratado CE foram fundidos em uma versão consolidada; 8. O Tratado de Lisboa (2007, com entrada em vigor em 2009), pelo qual se modificam o Tratado da União Européia e o Tratado constitutivo da Comunidade Européia.

Exprime de maneira por assim dizer material valores essenciais, como a solidariedade entre as pessoas que eles unem: conectam seus usuários à vida social e econômica, enquanto que aqueles que não têm acesso a eles podem sentir-se excluídos. Ademais, ao mesmo tempo em que asseguram solidariedade, contribuem para a eficácia produtiva da economia¹⁵.

O documento, embora manifestasse não ser incompatível a noção francesa com a comunitária, chamava a atenção para a possibilidade de um conflito que as normativas comunitárias podiam ocasionar na organização do serviço público na França. Sobretudo nos serviços de rede, no caso de que as diretivas comunitárias¹⁶ restringissem o campo do monopólio, afetando o controle dos serviços públicos pelo Estado.

O citado informe, entretanto, considerava que sucessivos governos aprovaram os projetos comunitários de introdução da concorrência nos serviços públicos (liberalizando, p. e., o transporte aéreo e as telecomunicações) já que, em virtude das mudanças tecnológicas e econômicas, a França estaria exposta a importantes ajustes, mais cedo ou mais tarde.

Finalmente, propunha a reformulação da doutrina francesa em matéria de serviço público, definindo as noções propriamente francesas (e separando-as das de cunho anglo-saxão¹⁷) e articulando-as com as do Direito comunitário. Para isso, dizia, não era necessário nem mudar a Constituição, já que esta deixava uma margem muito grande em matéria de serviço público, nem tocar nos princípios fundamentais do Direito francês. Em termos gerais, concluía que o estado do Direito comunitário não prescrevia nada contraditório com os princípios do Direito francês.

A noção de *service public à la française* se flexibilizou consideravelmente nos últimos anos. Reconhecendo que o ambiente econômico e financeiro mundial vinha tornando-se mais competitivo, que seria vão, e até contrário aos interesses dos operadores franceses, manter-se numa postura protecio-

¹⁵ Tradução da autora deste artigo.

¹⁶ As diretivas são atos de caráter legislativo que vinculam os Estados Membros da União Européia destinatários em quanto ao resultado que se deve obter, deixando-lhes a eleição dos meios e da forma. Não sendo de aplicabilidade direta nos ordenamentos jurídicos dos Estados Membros, é preciso que o legislador nacional proceda a um ato de transposição, mediante o qual o Direito nacional se adapta aos objetivos estabelecidos na diretiva.

¹⁷ Segundo a qual, o serviço público se define antes de tudo em função das disfunções do mercado, com um modo de gestão que, em lugar de ser a delegação, envolve três atores: o Estado, o regulador e o operador, estando os usuários ligados à idéia de submissão (*accountability*) mais que à de participação.

nista num mercado cada vez mais competitivo e integrado, os franceses começaram a considerar a concorrência não mais como um perigo, senão como uma necessidade entre os operadores dos serviços.

Entenderam que para manter os valores aos quais estiveram tantas décadas vinculados, através dos serviços públicos, teriam que garantir que os operadores franceses destes serviços estivessem preparados para, com instrumentos iguais, defender suas oportunidades no mercado europeu e mundial liberalizado.

O Estado francês passou a implicar-se assim em um duplo desafio: submeter suas empresas públicas às regras da concorrência, acabando em certos casos com monopólios de que dispunha, e garantir o cumprimento das missões de serviço público.

2.3. Debilitamento e crise da noção de serviço público

Muito ambiciosa, a doutrina jurídica francesa, fundada pela Escola de Serviço Público, expandia-se incontrolavelmente com a finalidade de reestruturar todo o Direito público, tomando como eixo central a noção de serviço público, o que levou a seu próprio debilitamento em meio a críticas contra uma suposta obsolescência que impor-lhe-ia, mais recentemente, ceder ao novo liberalismo econômico, à desregulação, à liberalização e, às vezes, à privatização.

Foi o início da conhecida crise da noção de serviço público, agudizada pelo desenvolvimento do conceito de serviços públicos industriais e comerciais no período que sucedeu a Primeira Guerra Mundial, a partir da qual se difundiu uma noção de Estado ainda mais providente, que açambarcava tudo e impulsionava as nacionalizações, transferindo atividades econômicas do setor privado ao setor público.

As mudanças surgidas na noção culminaram em um período de rechaço de sua concepção, muito amplas, segundo Miguez Macho¹⁸.

Por causa das graves dificuldades teóricas que apresentava a integração na instituição servicial da atividade de empresa desenvolvida pela Administração pública nas mesmas condições que qualquer empresário privado, extraordinariamente incrementado pelas nacionalizações do pós-guerra [tradução da autora deste artigo].

¹⁸ MIGUEZ MACHO, 1999, p. 71.

O marco jurisprudencial – anterior ao já visto marco doutrinal da Escola de Bordeaux – para a compreensão do nascimento do Direito administrativo, com protagonismo dos serviços públicos, e logo da ampliação da noção destes serviços (serviços públicos industriais e comerciais), provocando sua crise, foram duas sentenças do Tribunal de Conflitos francês: o caso *Blanco* (1873) e o caso *Société Commerciale de l'Ouest Africain* (1921).

Pelo caso *Blanco*, de 1873, o Tribunal de Conflitos que tinha competência para resolver os conflitos de atribuição entre a jurisdição administrativa e a jurisdição judicial, determinou a competência da primeira para conhecer da questão, bem como a responsabilidade do Estado por danos causados pela prestação dos serviços públicos. Desta maneira a noção de poder público cedia lugar à de serviço público, fundando, assim, o Direito administrativo.

Tratava-se de uma menina que foi atropelada e ferida por um caminhão de uma fábrica de tabaco explorada pelo Estado. Seu pai foi aos tribunais judiciais demandando a responsabilidade civil do Estado. O Tribunal de Conflitos atribuiu a competência, para conhecer do litígio em questão, à jurisdição administrativa, sob um regime específico, considerando que a responsabilidade que incumbe ao Estado pela prestação de serviços públicos não pode ser regida pelos princípios estabelecidos no Código Civil, para relações entre particulares.

Afirmava a necessidade de aplicar um regime especial, justificado pelas necessidades do serviço público, cujo corolário se apoiava na competência da jurisdição administrativa para conhecer desta responsabilidade, em aplicação das *Lois des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire*, que proibiam os tribunais judiciais de dificultar, de qualquer maneira, as operações dos corpos administrativos, pois os juízes não poderiam julgar a Administração, já que, ao fazê-lo, estariam exercitando mais do que uma função própria do poder judicial, isto é, estariam administrando.

Proibiu-se às jurisdições judiciais exercer seu controle sobre as diferenças entre administrados e Administração. Assim, foram criadas duas ordens distintas: uma ordem administrativa, encarregada do contencioso administrativo, opondo os cidadãos à Administração, e uma ordem judicial, encarregada de regular os conflitos entre pessoas privadas e de sancionar as infrações à lei.

O caso *Blanco*, assim, reconhecia o serviço público como critério da competência da jurisdição administrativa, fundando o Direito administrativo.

A partir do caso *Société Commerciale de l'Ouest Africain*, de 1921, o serviço público, tal qual era conhecido juridicamente até então, passou a não ser mais um critério absoluto da competência do juiz administrativo.

A *Société Commerciale de l'Ouest Africain* era proprietária de um dos barcos que foram gravemente danificados no acidente sucedido na Balsa *Eloka*, serviço de conexão marítima situado na laguna do litoral da colônia de *Côte d'Ivoire* e explorado diretamente por esta. Com o fim de determinar o juiz competente para designar o perito para examinar o caso, o Tribunal de Conflitos foi levado a pronunciar-se sobre a questão de saber se serviços completos da Administração podiam ser vistos como funcionando nas mesmas condições que uma empresa privada, em cujo caso o juiz competente seria o juiz judicial.

Então já era admitido que, para certas operações isoladas, a Administração podia atuar como um simples particular sem valer-se das prerrogativas de poder público. Mas nunca o havia admitido para um serviço completo. O Tribunal de Conflitos reconheceu esta inovação e deu assim nascimento, ainda que o termo não fosse utilizado na sentença, à noção de serviço público industrial e comercial.

Assim foi reconhecido que órgãos essencialmente administrativos podiam explorar tais serviços e que, ao contrário, certos estabelecimentos, aos que a lei ou o decreto que lhes instituíram tinham atribuído um caráter industrial ou comercial, podiam exercer parcial ou totalmente funções administrativas.

Esta inovação do Tribunal de Conflitos francês, em 1921, incluindo entre os serviços públicos aqueles de natureza industrial e comercial, ocasionou a crise da noção de serviços públicos propugnada pela Escola de Bordeaux.

Se antes se entendia que o serviço público era aquele prestado pelo Estado com a finalidade de satisfazer necessidades coletivas sob regime jurídico de Direito público derogatório e exorbitante do Direito comum, estes critérios passaram a não coincidir nos diversos tipos de serviços públicos que surgiram: o desenvolvimento de serviços industriais e comerciais, direta ou indiretamente, pelo Estado, deixaria este tipo de atividade inexplicado por aquela teoria de serviços públicos.

Como comenta Muñoz Machado¹⁹:

¹⁹ MUÑOZ MACHADO, 2004, p. 53.

Observa-se, primeiro, a partir da doutrina, que o Conselho de Estado estabelece no *arrêt Bac d'Eloka* de 1921, que é possível a gestão privada, em regime de Direito privado, dos serviços públicos, e depois, à causa da onda de nacionalizações que seguem a primeira grande guerra europeia, que tanto a Administração podia acudir a meios de Direito privado para gestionar os serviços públicos, como era possível sua gestão por empresas privadas; também, que podia haver serviços gestionados por entidades públicas que não podiam considerar-se serviços públicos²⁰.

Entretanto, há que dizer que a noção de serviço público tem sido extraordinariamente resistente. No curso do último século conseguiu, apesar de todas as vicissitudes, fazer-se firme, mas flexível às mudanças resultantes da própria evolução que conheceu o mundo contemporâneo, adaptando-se ao neoliberalismo e à construção de um novo Direito europeu, como se verá.

3. A noção de serviço público na União Europeia

Embora em um primeiro momento as autoridades comunitárias tenham estado pouco interessadas no tema dos serviços públicos, faz já algum tempo que se atribui grande importância à relação entre serviços públicos e Direito comunitário, no que diz respeito à compatibilidade entre serviços públicos e o mercado interior criado com fundamento na livre concorrência.

A partir da segunda metade dos anos oitenta do século XX, vários setores que prestavam exclusiva ou essencialmente serviços de interesse econômico geral foram gradualmente abertos à concorrência (v.g. telecomunicações, serviços postais, transportes, energia, eletricidade e gás), tendo a União promovido, sempre, uma liberalização controlada, uma abertura progressiva do mercado, seguida de medidas de proteção do interesse geral, em particular, mediante o conceito de serviço universal, com o fim de garantir o acesso de todos, independentemente da situação econômica, social ou geográfica, a um serviço de qualidade comprovada e a um preço acessível, impedindo que grupos sociais ou regiões vulneráveis se vissem excluídos do acesso a serviços essenciais.

Na década de noventa do século passado, o Tribunal de Justiça da União Europeia – TJUE – começou a pôr de manifesto, em sua jurisprudência, que algumas formas de intervenção na vida econômica haviam de

²⁰ Tradução da autora deste artigo.

dar lugar às liberdades comunitárias. A economia de mercado tinha que prevalecer sobre as competências dos Estados para organizar sua intervenção na vida econômica, na forma que melhor garantisse o Estado de Bem-Estar Social²¹.

Como assinala Fernández Rodríguez²², a Ata Única Europeia (1986) foi o marco para a entrada no mercado interior de diversos setores até então explorados por monopólios públicos. Um grande número de estudos foi dedicado ao tema dos serviços públicos, principalmente na França, como já se viu, país que considerava como uma ofensiva da União Europeia a reforma e tendência a liberalizar os setores tradicionalmente submetidos ao controle do Estado.

Os serviços públicos nos Estados da União Europeia eram atribuídos a atividades e instituições muito diversas e a eles os Estados Membros referiam-se através de termos e definições distintas – divergências terminológicas e diferentes tradições históricas, econômicas, culturais e políticas.

Assim, não era fácil saber, com critério geral, em que ia consistir o serviço público da União Europeia, que abrigava países de tradições jurídicas não coincidentes (*civil law* e *common law*): uns que haviam solucionado as necessidades de serviços de sua coletividade, através da *publicatio* – declaração formal como serviço público de titularidade estatal e gestão direta ou indireta por concessionários –; e outros que se tinham decantado pela via da simples regulação de atividades desenvolvidas por particulares.

Desta maneira, segundo López Candela²³, foi preciso que as instituições comunitárias se dedicasse a um estudo para chegar a elaborar uma noção em cada um dos países membros e forjar um conceito que, em lugar de ser imposto pela União Europeia, fosse aceito por todos eles e que compreendesse as duas distintas tradições.

Assim, chegou-se às noções de serviço de interesse geral; serviço de interesse econômico geral; serviço universal; e serviço público, simplesmente. Noções que, se nem sempre estão determinadas explicitamente nos Tratados, fazem parte do dia-a-dia das atividades e das instituições da União Europeia.

²¹ Conforme se pode ver nas Sentenças do Tribunal de Justiça da União Europeia de 19 de março de 1991 (República Francesa contra Comissão no assunto 202/88), 25 de julho de 1991 (Gouda contra Commissariaat Voor de Media, assunto C-288/89) e 17 de novembro de 1992 (Reino de Espanha contra a Comissão, assuntos C-271/90, C-281/90 e C-289/90).

²² FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 1999, p. 59.

²³ LÓPEZ CANDELA, 2004, p. 34.

Vejam-se cada um destes conceitos:

1. Serviço público – O termo serviço público brilha por sua ausência nos Tratados da União Européia. O novo Tratado de Funcionamento da União Européia – TFUE²⁴, não define serviço público e, salvo uma única vez²⁵, a ele não se refere explicitamente.

Entretanto, no que diz respeito às instituições e às atividades da União, pode-se dizer que o termo vem sendo utilizado em um duplo sentido: umas vezes designando o organismo produtor do serviço e outras se referindo à missão de interesse geral que se confia ao organismo. Confunde-se com frequência, erroneamente, serviço público com setor público (incluída a função pública), isto é, missão e estatuto, destinatário e proprietário.

2. Serviço universal – Noção desenvolvida pelas instituições da União Européia no marco dos processos de liberalização, como complemento dos mesmos, para garantir o acesso de todos, em todas partes, a determinadas prestações essenciais. A Comissão Européia define-os como o conjunto mínimo de serviços de uma determinada qualidade aos quais têm acesso todos os usuários e consumidores, em função das condições nacionais específicas, a um preço acessível.

3. Serviços de interesse geral – Tampouco este termo figura nos Tratados, referindo-se o TFUE, isso sim, a serviços de interesse econômico geral, expressão da que derivam estes serviços de interesse geral.

Pode-se dizer que sob esta denominação é que se reconhecem hoje os serviços públicos de tradição continental européia.

São todas aquelas atividades de serviços prestadas aos administrados, diretamente, ou por delegação a terceiros, a que os poderes públicos impõem obrigações de serviço público, por entender que estão dotados de interesse geral, operem no mercado ou fora dele, isto é, sejam comerciais ou não.

Nesta categoria estão presentes as atividades de serviços não econômicos como a escola obrigatória e a proteção social; as funções soberanas e básicas do Estado como segurança e justiça; e os serviços de interesse econômico geral, como energia elétrica e telecomunicações.

²⁴ Pelo Tratado de Lisboa (2007, com entrada em vigor em 2009), modificam-se o Tratado da União Européia - TUE e o Tratado constitutivo da Comunidade Européia - TCE, ganhando, este último, a denominação de Tratado de Funcionamento da União Européia - TFUE.

²⁵ Quando no Artigo 93 (antigo art. 73 TCE) estabelece que serão compatíveis com os Tratados as ajudas que respondam às necessidades de coordenação dos transportes ou que correspondam ao reembolso de determinadas obrigações inerentes à noção de serviço público.

Não existe regulamentação dos serviços de interesse geral a nível europeu. Tais serviços são competência dos Estados Membros ou do nível local. São os Estados Membros que definem os serviços que hão de oferecer-se e a prestação dos mesmos.

4. Serviços de interesse econômico geral – É idéia especificamente comunitária que, embora não esteja definida nem nos Tratados nem no Direito derivado, aparece referida no TFUE nos artigos 14 (antigo art.16 TCE) e 106 (antigo art. 86 TCE).

Refere-se a atividades de serviço comercial que operam no mercado e às quais, por motivo de interesse geral, também são impostas, pelos Estados Membros, obrigações de serviço público (art. 14 e art. 106 TFUE). São os serviços prestados pelas grandes indústrias de rede como, por exemplo, os de energia elétrica e de comunicação, postais e de transportes. Estes serviços devem funcionar em conformidade com princípios e condições, econômicas e financeiras principalmente, que lhes possibilite cumprir suas finalidades (missão de interesse público).

São serviços que se produzem no âmbito do sistema econômico, não no sentido de que sejam ou não prestados com ânimo de lucro, senão no sentido de que o poder público tenha encomendado sua gestão, tornando obrigação legal sua prestação. O Direito comunitário não os define *a priori*, nem se posiciona quanto à forma de gestão dos mesmos. Deixa a cada Estado Membro que determinem quais vão ser considerados, em seu Direito interno, os serviços de interesse econômico geral.

O que, sim, estabelece o TFUE, é um marco normativo para estes serviços, de maneira que as empresas gestoras dos mesmos estarão submetidas às normas referentes à livre concorrência, com a única exceção do art. 106.2 (antigo art. 86.2 TCE), segundo o qual estarão isentas de observar aquelas normas quando sua aplicação impeça de fato ou de direito o cumprimento da missão específica a elas confiada, o que é o caso dos monopólios naturais que, por sua própria essência, têm que estar subtraídos da livre concorrência. A exceção se justifica, já que há necessidades de interesse coletivo cujas condições de satisfação podem ser impedidas de realizar-se pelo livre jogo do mercado.

É, talvez, a noção de mais transcendência no âmbito europeu, sendo citada também no artigo 36 da Carta de Direitos Fundamentais da União Européia, que dispõe que a União reconhece e respeita o acesso aos serviços de interesse econômico geral com o fim de promover a coesão social e territorial da União.

A importância deste conceito consiste em que os serviços econômicos de interesse geral representam o serviço público liberalizado, em sua nova formulação, depois da vitória da concorrência e da liberdade econômica, sendo considerado um pilar básico da cidadania europeia.

Deve-se fazer referência aqui, também, às já citadas obrigações de serviço público, que se constituem na contribuição dos países de tradição anglo-saxão para a formulação da nova noção europeia de serviço público.

A partir das liberalizações e da introdução da concorrência, serviços de natureza comercial que tradicionalmente foram tratados como públicos – declarados formalmente como serviços públicos e prestados diretamente pela Administração ou indiretamente por concessionários –, passaram a não revestir mais o caráter de serviço público tradicional. Sua prestação ficou submetida ao regime de livre concorrência.

Entretanto, sua característica de interesse público fez com que a União Europeia quisesse assegurar-se de que sua liberalização não impediria a plena satisfação do interesse geral, o que se leva a cabo através da imposição de obrigações de serviço público aos operadores, com o fim de garantir a todos os cidadãos um mínimo comum de serviços em condições de igualdade e a um preço acessível.

Com a finalidade de permitir o cumprimento da missão de interesse geral, os poderes públicos dos Estados Membros impõem obrigações de serviço público específicas ao organismo produtor ou prestador do serviço, garantindo a consecução de certos objetivos de interesse público, pois guiados só por seu interesse comercial os operadores provavelmente não os prestariam, ou ao menos não do modo exigido pela regulação. Tal é o caso, por exemplo, do transporte aéreo, ferroviário e por rodovias, ou do setor da energia. Estas obrigações podem aplicar-se à escala regional, nacional, ou comunitária.

Assim, por exemplo, no que concerne à eletricidade, a nível comunitário (legislação de caráter setorial) são obrigações de serviço público as de prestar o serviço com caráter universal, com continuidade, regularidade, qualidade, segurança, acessibilidade, proteção dos usuários e consumidores e permitindo a terceiros competidores o acesso às redes de interconexão.

4. O regime de propriedade das empresas de serviços públicos e as ajudas estatais na união européia

A União Européia, com a finalidade de promover a liberdade de circulação de pessoas, serviços, bens e capitais que possibilitassem a existência de um mercado econômico único, do qual hoje já participam vinte e sete países e quase 495 milhões de habitantes, suprimiu barreiras, mudando o perfil das empresas.

Dez, dos doze mais novos membros da União Européia (ampliações de 2004 e 2007), são países ex-comunistas que desde 1989 estão em um processo de transição a uma economia de livre mercado: Bulgária, Eslováquia, Eslovênia, Estônia, Hungria, Letônia, Lituânia, Polônia, República Checa e Romênia. Chipre e Malta completam o grupo dos doze.

Neste novo mercado, a liberalização não significa a proscrição de normas em função de uma liberdade ilimitada e sem qualquer tipo de intervenção estatal. Significa uma mescla de mercado e regulação, em conformidade com o novo estado de coisas, precedida de uma desregulação.

A regra é o mercado de livre concorrência à qual os prestadores de serviços públicos, salvo a exceção do art. 106 TFUE, têm que se ajustar.

O Direito comunitário submete a atividade pública de conteúdo econômico – como os serviços de rede de telecomunicação e energia – às regras do mercado, nas mesmas condições da empresa privada, quando não existam motivos que justifiquem um regime de monopólio. Quando exista o monopólio (público ou privado), sua existência tem que ter por finalidade garantir a missão de interesse geral.

A União Européia mantém uma postura neutra quanto ao regime de propriedade de empresas nos países membros. Assim, o TFUE, em seu art. 345 (antigo art. 295 TCE) *dispõe que* “os Tratados não prejudgam de modo algum o regime de propriedade nos Estados Membros”. Se a empresa passará ou não do setor público ao privado é uma decisão que os Tratados deixaram exclusivamente nas mãos dos Estados Membros, que definem suas políticas econômicas sem qualquer interferência da União.

Desta maneira, e como aponta Fernández Rodríguez²⁶, não há impedimento à existência de empresas públicas – isto é, empresas de propriedade

²⁶ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 1996, p. 44.

estatal ou de algum ente público –. Entretanto, terão que se sustentar no mercado por si mesmas (sem ajudas nem subvenções estatais) e em igualdade de condições com as demais empresas que nele operem, sejam estas públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras.

A empresa pública, na União Européia, não pode mais ser utilizada como instrumento de política econômica ou social, podendo, entretanto, servir de instrumento fiscal, geradora de rendas para o Estado.

Como o TFUE propugna a liberdade dos Estados para definir as missões de interesse geral, estes podem excluir determinadas atividades do âmbito da vida econômica, se isso é necessário para levar a efeito as necessidades coletivas desde o ponto de vista do interesse público interno.

O que, sim, lhes está proibido é ocasionar distorções no mercado livre através, por exemplo, de ajudas públicas que criem situações discriminatórias entre empresas que operam no mesmo mercado.

O art. 107 TFUE (antigo art. 87 TCE) pronuncia uma proibição geral de ajudas estatais, mas nos casos²⁷ em que sejam necessárias para o funcionamento do serviço de interesse geral, os Estados Membros podem conceder compensações, desde que não sejam excessivas a ponto de causar distorção na concorrência e no funcionamento do mercado interior.

Assim, e como assinalam Parejo Alfonso, Jiménez-Blanco e Ortega Álvarez (1998:499), tem que desaparecer toda e qualquer discriminação entre os nacionais dos Estados Membros a respeito das condições de atuação no mercado. Por isso, não são admitidos os monopólios nacionais de caráter comercial. E se sujeitos públicos continuam atuando no mercado, devem fazê-lo em plano de igualdade com todos os demais agentes econômicos. É o que se conclui do art. 106.1 TFUE, segundo o qual os Estados Mem-

²⁷ “Em alguns casos, a legislação setorial estabelece regras específicas para o financiamento dos custos adicionais que entram nas obrigações de serviço público. No setor das comunicações eletrônicas, a regulamentação setorial exige dos Estados Membros que retirem todos os direitos especiais ou exclusivos, mas prevê a possibilidade de criar um fundo para cobrir os custos adicionais que entram nas obrigações de serviço público, financiado mediante contribuições dos participantes no mercado. Pelo que se refere aos *serviços postais*, a Diretiva postal permite manter um monopólio postal definido e criar um fundo de serviço universal para financiar o serviço postal. No setor do *transporte aéreo*, os Estados Membros podem conceder, com caráter temporal e sobre a base de uma licitação pública, uma permissão exclusiva para assegurar um serviço regular em certas rotas para as quais o mercado não pode oferecer um serviço adequado. No setor dos *transportes públicos*, a Comunidade estabeleceu normas relativas ao cálculo da compensação”. Tradução da autora deste trabalho a partir do LIBRO verde sobre los servicios de interés general. Bruxelas: COM (2003) 270 final.

bros não adotarão nem manterão, a respeito das empresas públicas e aquelas empresas às que concedam direitos especiais ou exclusivos, nenhuma medida contrária às normas dos Tratados (especialmente as previstas nos artigos 18 e 101 a 109, ambos inclusive).

A única exceção se estabelece com respeito ao disposto no art. 106.2 TFUE (antigo art. 86.2 TCE):

As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse econômico geral ou que tenham o caráter de monopólio fiscal ficarão submetidas às normas dos Tratados, em especial às normas sobre concorrência, *na medida em que a aplicação de ditas normas não impeça, de fato ou de direito, o cumprimento da missão específica a elas confiada*. O desenvolvimento dos intercâmbios não deverá ficar afetado de forma tal que seja contrária ao interesse da União²⁸.

Assim, em alguns casos, os Estados Membros concedem direitos especiais ou exclusivos para assegurar a viabilidade financeira do provedor de um serviço de interesse geral, não sendo a concessão de tais direitos incompatível com os Tratados. O Tribunal de Justiça da União Européia decidiu²⁹ que o parágrafo 2 do artigo 86 TCE (atual parágrafo 2 do artigo 106 TFUE) permite que os Estados Membros confirmem a empresas, às que encomendam a gestão de serviços de interesse econômico geral, direitos exclusivos que podem obstaculizar a aplicação das normas dos Tratados sobre a concorrência, na medida em que, para garantir o cumprimento da missão específica confiada às empresas titulares dos direitos exclusivos, seja necessário estabelecer restrições à concorrência ou, inclusive, excluir toda concorrência com outros operadores econômicos.

Agora bem, repita-se, segundo a Comissão Européia (2003), os Estados Membros devem velar para que estes direitos sejam compatíveis com as normas sobre mercado interior e não provoquem explorações abusivas de uma posição dominante por parte do operador de que se trate, em conformidade com o art. 102 TFUE (antigo art. 82 TCE). Em termos gerais, os direitos exclusivos ou especiais só podem limitar a concorrência em certos mercados na medida em que sejam necessários para cumprir uma missão concreta de serviço público.

²⁸ Tradução e cursivas da autora.

²⁹ Sentença de 17 de maio de 1993 no assunto C-320/91, Corbeau, parágrafo 14, REc. 1993, p. I-2533.

5. Os princípios de serviço público europeu

Embora os serviços públicos sejam muito diversos, o fato de que estejam voltados a atender às necessidades dos cidadãos, ou bem pelo Estado ou bem por seus delegados, há uns aspectos de caráter genérico que devem estar presentes na prestação de todos eles. São os princípios reguladores da prestação de serviços ao público.

A idéia da proposição de uns princípios de serviço público é também de inspiração francesa. São as *lois du service public*, do professor Louis Rolland, um dos mais importantes representantes da Escola de Serviço Público.

1. Princípio de mutabilidade ou adaptabilidade – Permite que ocorram mudanças no regime de execução do serviço, que possibilite a adaptação deste ao interesse público, que é mutável com o passar do tempo. Enquanto se entenda como a busca permanente de uma melhor resposta às necessidades dos usuários, permite a alteração dos elementos do contrato em função do interesse público.

É preciso ter em conta que os serviços devem evoluir ao ritmo do progresso técnico. Esta característica evolutiva é fruto das inovações tecnológicas que faz com que pouco a pouco passem a constituir-se em prestações comuns o que inicialmente só estava ao alcance de uma minoria.

Também conhecido como princípio de adaptabilidade, significa que os serviços públicos devem adaptar-se à evolução das necessidades da coletividade e às exigências do interesse geral. Nenhum obstáculo jurídico pode opor-se às mudanças de seu regime. Desta maneira, os usuários, ainda que paguem pelo serviço, não têm direito adquirido que justifique sua oposição às modificações deste. O direito dos usuários às vantagens resultantes das disposições do serviço está subordinado a que estas disposições estejam em vigor.

A existência de um contrato não impede que a Administração Pública modifique unilateralmente a situação do usuário. Entretanto, em contrapartida, os usuários têm direito ao funcionamento normal do serviço, enquanto as normas que regem tal serviço não sejam modificadas. Claro está que o usuário pode acudir aos juízes e tribunais solicitando o exame da legalidade de tais modificações, já que o poder de modificação unilateral do serviço não é absoluto.

Tampouco as pessoas públicas ou privadas prestadoras de serviço público têm direitos adquiridos quanto à organização e ao funcionamento

destes serviços, ainda que estas tenham direito a uma compensação econômica em caso de que as mudanças das condições de prestação afetem o equilíbrio econômico-financeiro a que têm direito as empresas.

2. Princípio de continuidade – Não é simplesmente um princípio de permanência, de maneira que, como insiste Santamaría Pastor³⁰, não se deve interpretá-lo literalmente. Impõe um funcionamento regular dos serviços, de maneira que as únicas interrupções aceitas são as permitidas pelas normas vigentes e as situações ocasionadas por força maior ou ato da Administração que torne impossível dar continuidade à execução do serviço. A interrupção da prestação é uma das faltas mais graves que pode cometer o prestador do serviço público.

Este princípio impedia a existência de situações de greve nos serviços públicos, havendo sido consideradas por Duguit como crime as greves de agentes públicos, até que, em 1946, o Conselho Constitucional e o Conselho de Estado francês tentaram conciliá-lo com o direito de greve pela Constituição francesa em seu art. 7º, segundo o qual esse direito – o de greve – se exerce no marco das leis que o regulam. Fizeram-no estabelecendo que o exercício do direito de greve limitava-se pelas exigências do serviço público, justificando assim a supressão deste direito a algumas categorias de pessoas públicas.

Mais recentemente, diversos ordenamentos jurídicos vêm admitindo a greve de pessoal de serviços públicos, sempre que se garanta a manutenção de serviços mínimos.

O serviço público não pode cessar, pois sua paralisação poderia ocasionar danos às atividades dos cidadãos que deles dependem. Por isso a Administração pode exigir do prestador de serviços a não interrupção da execução do contrato em função do interesse público.

Em virtude desse princípio os contratos devem impor prazos rigorosos ao contratante; e prever a possibilidade da aplicação da teoria da imprevisão, de maneira que permita a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e daí a continuidade do serviço.

3. Princípio de Igualdade – Ademais de ser um princípio geral de Direito, é um princípio de serviço público. Este deve ser garantido em igualdade de condições, sem que seja permitida nenhuma discriminação tarifária

³⁰ SANTAMARÍA PASTOR, 2004, p. 34.

nem diferença de tratamento entre aqueles que se encontram em situações semelhantes, sem que seja desconsiderado o fato de que em situações diferentes, cabem tratamentos diferentes. Qualquer discriminação que haja, deve estar fundamentada em uma necessidade de interesse geral.

Estes, os mais importantes princípios de serviço público, propugnados pelo representante da Escola de Serviço Público.

Atualmente pode-se falar de muitos outros princípios, de alguma maneira derivados daqueles e que, juntamente com os três anteriores, constituem-se em reitores dos serviços de interesse econômico geral (ou também se pode dizer que se constituem em obrigações de serviço público), por sugestão do Parlamento Europeu durante os trabalhos preparatórios do Tratado de Amsterdã em 1997. São os seguintes:

4. Princípios de universalidade – São dois os aspectos aos que se refere este princípio. Por um lado, preocupa-se com os destinatários dos serviços e, por outro, com o alcance territorial que têm que ter. A liberalização não pode significar que as empresas gestoras dos serviços de caráter público decidam não prestá-los a certas pessoas ou em zonas territoriais em que não sejam rentáveis. Todos os cidadãos, até aqueles que vivem nas zonas menos povoadas e mais longínquas, onde mais custoso para a empresa é fazer chegar o serviço, têm direito de acesso a este.

Os serviços de interesse econômico geral devem ser prestados de maneira universal, beneficiando o maior número possível de pessoas, de maneira que ninguém que atenda às condições técnicas e jurídicas, fique impedido de usufruir dos mesmos.

Os usuários devem ser tratados com igualdade, sem que haja qualquer distinção de caráter pessoal. Se o serviço está disponível para alguns, terá que estar para todos. Os preços deverão ser aplicados a cada tipo de serviço de maneira uniforme em todas as partes do território nacional.

Deve-se ter em conta, de acordo com Muñoz Machado³¹, o caráter dinâmico e evolutivo do serviço universal, que deve evoluir ao ritmo do progresso técnico, basear-se em princípios comuns em todos os Estados da União e considerar especialmente as necessidades pessoais (deficientes e outros coletivos) ou territoriais (zonas com redes menos desenvolvidas) de determinados segmentos da população³².

³¹ MUÑOZ MACHADO, 2005, p. 2401.

³² Tradução da autora deste artigo.

5. Princípio de eficiência – O serviço deve ser prestado com a maior eficiência possível. Deve o prestador atualizar-se com os novos processos tecnológicos para que a execução do serviço seja a mais benéfica ao menor custo para o usuário. Por isto, a Administração deve estar constantemente avaliando os serviços prestados, adequando sua prestação às demandas sociais.

6. Princípio de transparência e participação – Garante que a Administração exerça suas responsabilidades respeitando decisões democráticas. Este princípio deve ser aplicável à definição das missões dos serviços de interesse econômico geral, à organização, a financiamento e à regulação dos serviços. Também ao tratamento das denúncias. Ademais, a fixação e publicação dos preços dos serviços regulados devem ser de fácil compreensão pelos usuários e apresentados ao público devidamente desagregado, por cada componente da prestação do serviço a que se refere.

7. Princípios de acessibilidade e qualidade – Segundo os quais o direito de acesso aos serviços de interesse econômico geral não se esgotaria na proibição de impedir injustificadamente ser beneficiário dos mesmos, senão também em usufruir deles em condições mínimas de qualidade.

Já é notável, na literatura jurídica latino-americana, herdeira da tradição jurídica européia continental, uma tendência à mesma adaptação de conceitos de serviço público (serviço de interesse geral; serviço de interesse econômico geral; serviço universal), e de seus princípios, na doutrina, legislação e jurisprudência.

Assim, por exemplo:

a) A utilização da expressão *servicio de interés general* em uma sentença de 2005 de um tribunal da Venezuela³³;

b) A existência, na Argentina, de um *Reglamento General del Servicio Universal (Decreto N° 764/2000 Anexo III)*, que regulamenta o direito de todos os habitantes da República Argentina, de aceder aos serviços de telecomunicações, “*especialmente aquéllos que viven en zonas de difícil acceso, o que tengan limitaciones físicas o necesidades sociales especiales*”;

c) A criação, no Chile, em 1994, do *Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones* através da Lei 19.302, com a finalidade de garantir o direito ao serviço universal em telecomunicações;

³³ Sentencia de 05 de mayo de 2005, bajo el N°. 727, expediente 05-0441 (Sala Constitucional) CVG Ferrominera Orinoco, C.A., Procuraduría General de la República, contra Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en amparo.

No ordenamento jurídico brasileiro relacionado com os serviços públicos, pode-se mencionar, por exemplo:

a) A referência do art. 37 da Constituição Federal ao princípio de eficiência que deverá ser obedecido pela Administração pública direta e indireta.

b) O art. 22 da Lei 8.078 de 1990, sobre proteção do consumidor, pelo que os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, estão obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

c) A universalização do serviço de telecomunicações prevista na Lei Geral de Telecomunicações, nº 9.472, de 16 de julho de 1997; a promoção da universalização do serviço de energia elétrica em todo o território nacional prevista no art. 13 da Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002 (alterada pela Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004).

d) A promoção da transparência para possibilitar a participação e o controle social através do Decreto nº 5.481, de 30 de junho de 2005, que dispõe sobre a divulgação de dados e informações pelos órgãos e entidades da administração pública federal por meio de Internet.

e) O princípio de proteção ao consumidor pela garantia de serviços de qualidade (art. 4º, II, d, da Lei 8.078 de 1990).

O princípio de igualdade encontra-se acolhido a nível constitucional (art. 5º CF). No que se refere a seu significado como princípio de serviços públicos brasileiros, subdivide-se em igualdade de acesso ao serviço para todos e igualdade de trato também para todos os cidadãos.

6. Conclusões

Ainda que muito se tenha falado da morte do serviço público nos últimos anos, os processos de liberalização levados a cabo no contexto da globalização e da integração dos países membros da União Europeia não significaram o enterro daquela concepção francesa.

O conceito sofreu uma redução para adaptar-se aos novos tempos de liberdade econômica e concorrência, sendo reconhecido nos *serviços de interesse geral* do ordenamento jurídico europeu, ao qual vêm ajustando-se os vinte e sete países, e que alberga as atividades de serviços não econômicos (como a escola obrigatória e a proteção social); as funções soberanas e básicas do Estado (como segurança e justiça); e os serviços de interesse econômico geral (como energia elétrica e telecomunicações).

Ainda que as primeiras empresas de prestação de serviços públicos – serviços econômicos e não econômicos, excluídos, naturalmente, os serviços soberanos do Estado – tenham surgido da mão dos empreendedores privados, posteriormente, a maioria dos Estados passou a nacionalizar e a impor-lhes o regime de propriedade estatal, exceção feita aos países de *common law*, que optaram pela regulação de atividades operadas por particulares.

O processo de liberalização levado a cabo pelos Membros da União Européia a partir de finais do século XX, não impôs o regime de propriedade privada – com a conseqüente necessidade de privatização de empresas estatais – das empresas prestadoras de serviços, limitando-se a exigir que, em caso de que continuem atuando sujeitos públicos no mercado, deverão fazê-lo em plano de igualdade com todos os demais agentes econômicos.

Para garantir que a liberalização não impediria a plena satisfação do interesse geral característico de certos serviços comerciais – os *serviços de interesse econômico geral*, como os de energia, telecomunicações ou transportes – reconheceu-se a possibilidade de imposição, aos operadores, de *obrigações de serviço público* com a finalidade de assegurar a todos os cidadãos um mínimo comum de serviços em condições de igualdade e a um preço acessível.

Assim, no que se refere aos direitos dos usuários dos serviços, observa-se que os europeus têm, em traços gerais, uns direitos e umas garantias muito semelhantes, plasmados no conceito de *serviço universal*.

Se algum dia foi necessário – e parece que há razões históricas que o justificam – que o Estado se ocupasse de todas as prestações de serviços de interesse coletivo, hoje não se duvida da possibilidade, e inclusive da necessidade, de que sejam os particulares quem levem a cabo as atividades econômicas de interesse geral nas quais já não se justifica um monopólio. Os tempos de intervenção do Estado na economia, cerceando a liberdade daqueles particulares, a quem durante tantos anos substituiu como operador dos serviços, parece haver chegado ao fim. Ao Estado está reservada, agora, uma intervenção de outro tipo, mais branda e benigna: a regulação dessas atividades.

Referências bibliográficas

- ARIÑO ORTÍZ, Gaspar. El servicio público como alternativa. *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid: n. 23, pp. 537-560, out./dez. 1979.
- BAZEX, Michel. Le concept de service public en droit national français. In: GRARD, Loïc; VANDAMME, Jacques; VAN DER MENSBRUGGHE, François (Eds.). *Vers un service public européen*. Paris: Aspe Europe Editions, 1996, pp. 117-132.
- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Libro verde sobre los servicios de interés general*. Bruxelas: COM (2003) 270 final.
- CREMADES, Javier; RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. Perspectivas del derecho de la energía en España y en la Unión Europea. In: SANTOS RECH, Miriam; CAMEO BEL, Fernando (Coord.). *Derecho de la energía*. Madrid: Editorial La Ley, 2006, pp. 53-76.
- DE SAINT-MARC, Renaud Denoix. *Le service publique: rapport au premier ministre*. Paris: La Documentation Française, 1996.
- FERNÁNDEZ-CARVAJAL, Rodrigo. Las empresas públicas en Rusia. *Revista de administración pública*, Madrid: n. 3, pp. 435-472, set./dez. 1950.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy. *Revista de administración pública*, Madrid: n. 150, pp. 57-74, set./dez. 1999.
- _____. Empresa pública y servicio público: el final de una época. *Revista española de Derecho Administrativo*, n. 89, pp. 37-48, jan./mar. 1996.
- GARRIDO FALLA, Fernando. El concepto de servicio público en derecho español. *Revista de administración pública*, Madrid: n.º 135, pp. 7-36, set./dez. 1994.
- LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL. *Décision n.º 86-217 DC du 18 septembre 1986: Loi relative à la liberté de communication*. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr>>. Acesso em: 28/04/2008.
- LE CONSEIL D'ÉTAT. *Analyse des grands arrêts du Conseil d'État et du Tribunal des conflits*. 2002. Disponível em: <<http://www.conseil-etat.fr/ce/home/index.shtml>>. Acesso em: 28/04/2008.
- LÓPEZ CANDELA, Javier Eugenio. *Sobre la necesidad de un concepto de servicio público*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004.
- MIGUEZ MACHO, Luis. *Los Servicios Públicos y el Régimen Jurídico de los Usuarios*. Barcelona: Cedecs Editorial, 1999.

- MODERNE, Franck. Les transcriptions doctrinales de l'idée de service public. In: MODERNE, Franck; MARCOU, Gérard (Eds.). *L'idée de service public dans le droit des états de l'Union Européenne*. Paris: LHarmattan, 2001, pp. 9-81.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Madrid: Civitas Ediciones, 2004.
- _____, Santiago (Dir.). *Diccionario de Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Iustel, 2005.
- PARADA VÁZQUEZ, José Ramón. Actividad de prestación o servicio público. In: PARADA VÁZQUEZ, José Ramón. *Derecho administrativo*. 14ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2003, pp. 405-439.
- PAREJO ALFONSO, Luciano; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio; ORTEGA ALVAREZ, Luis. *Manual de Derecho administrativo*. 5ª ed. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1998.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo Parte General*. Madrid: Editorial Tecnos, 2005.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General*. Madrid: Editorial Iustel, 2004.
- SCHOTTER, Andrew. *La economía de libre mercado: una valoración crítica*. Traducción Gonzalo Hernández Ortega. Barcelona: Editorial Ariel, 1987.
- SMITH, Adam. *Investigación de la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*. Traducción José Alonso Ortiz. Barcelona: Ediciones Orbis, 1983.
- TORRE DE SILVA, Victor. Sobre la independencia de las agencias federales en los Estados Unidos de América. *Revista de administración pública*, Madrid: n. 167, pp. 475-495, mai./ago. 2005.
- TRATADO DE LISBOA, por el que se modifican el tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (2007/C 306/01). Disponível em: <http://www.boe.es/datos/es/normativa/TL/Trat_lisboa.pdf>, Acesso em: 28/04/2008.

Recebido em maio/2008

Aprovado em junho/2008