

coordenadores:

Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho

Angela Limongi Alvarenga Alves

Fernando W. Bunemer Nahas

Maria Isabela Haro Meloncini

Temas atuais de Direito Público II

diálogos entre Brasil e França

autores:

Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho - Anelise Duarte - Angela Limongi Alvarenga Alves
- Anna Beatriz Savioli - Antonio Eduardo Reichmann Seixas - Bruno Lopes Megna - Carla Boin -
Carmen Silvia Lima de Arruda - Christiane Mina Falsarella - Fabio Gomes dos Santos - Fernanda
de Fátima Borges - Fernando W. Bunemer Nahas - Giovanna Montellato Storace Rota - Humberto
Bersani - Jean Nicolau - Jose Virgilio Lopes Enei - Juliana Bighetti Almeida - Leonardo Oliveira da
Silva - Luisa Maffei Costa - Maria Isabela Haro Meloncini - Meire Cristina de Souza - Paulo Cezar
Neves Junior - Rafael Rocha de Macedo - Solano de Camargo -
Vitor Monteiro - Yuri Jordy Nascimento Figueiredo

EDITORA LUMEN JURIS

RIO DE JANEIRO

2017

Copyright © 2017 by Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho,
Angela Limongi Alvarenga Alves, Fernando W. Bunemer Nahas e
Maria Isabela Haro Meloncini

Categoria: Direito Constitucional

PRODUÇÃO EDITORIAL
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Diagramação: Bianca Callado

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.
não se responsabiliza pelas opiniões
emitidas nesta obra por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer
meio ou processo, inclusive quanto às características
gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais
constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895,
de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e
indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

Temas atuais de Direito Público II : diálogos entre Brasil e França /
Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho ... [et al.] – Rio de Janeiro :
Lumen Juris, 2017.

532 p. ; 23 cm.

Inclui bibliografia.

ISBN 978-85-519-0431-2

1. Direito público. 2. Direito constitucional. 3. Direito comparado
– Brasil – França. I. Cunha Filho, Alexandre Jorge Carneiro da.
II. Alves, Angela Limongi Alvarenga. III. Nahas, Fernando W. Bunemer.
IV. Meloncini, Maria Isabela Haro. V. Título.

CDD 342

Ficha catalográfica elaborada por Ellen Tuzi CRB-7: 6927

Serviço público à brasileira: discussão sobre possível repercussão das mudanças experimentadas pelo serviço público Francês em nosso país

Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho¹

Resumo: O presente estudo trata da noção de serviço público no Brasil, destacando algumas das principais características do regime jurídico que normalmente lhe é atribuído. A respeito, problematizamos três aspectos do instituto que, a nosso ver, merecem uma releitura, para o que nos valem de lições acerca da experiência francesa no enfrentamento de desafio análogo.

Palavras-chave: serviço público; monopólio; gratuidade; qualidade da Democracia.

Résumé: Cette étude traite de la notion de service public au Brésil, en soulignant certaines des principales caractéristiques du régime juridique qui lui est habituellement attribué. À cet égard, nous abordons trois aspects de l'institut qui, à notre avis, méritent une ré-lecture. Dans ce but nous tirons des leçons de l'expérience française face à des défis similaires.

Mots-clés: service public; monopole; gratification; la qualité de la Démocratie.

Sumário: 1. Introdução; 2. Influência do Direito Público francês no regime do serviço público brasileiro; 3. Serviço Público à brasileira – noção; 3.1. exclusividade; 3.2. gratuidade; e 3.3. baixa qualidade; 4. Mudanças experimentadas pelo serviço público francês; 5. Alterações à vista em nosso país?; 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

¹ Doutor e Mestre em Direito do Estado pela USP. Professor da Escola Paulista da Magistratura. Pesquisador vinculado ao CEDAU. Juiz de Direito em São Paulo.

1. Introdução²

No presente ensaio vamos discutir alguns aspectos do que se convencionou chamar de *regime de serviço público* em nosso país, entendido este como uma série de regras e princípios supostamente constantes em todas as atividades estatais assim qualificadas nos termos do que prevê o art. 175 *caput* da Constituição da República.

Em especial trataremos da influência da concepção francesa do instituto do serviço público sobre as ideias veiculadas no Brasil sob a mesma rubrica, bem como questionaremos se as mudanças experimentadas pela França em tal âmbito, sobretudo em razão das obrigações que esta assumiu perante a União Europeia, devem de alguma forma ter reflexos em nosso sistema jurídico.

Quanto ao regime até então prevalecente para a atividade prestacional do Estado em nosso país, destacamos três aspectos que a nosso ver precisam ser revisitados: 1) a exclusividade do Estado no seu desempenho, em detrimento da garantia da livre iniciativa dos particulares na exploração de setores da economia para satisfação dos fins que lhes são próprios; 2) gratuidade de acesso como diretriz ainda preponderante em alguns serviços específicos e divisíveis, independentemente de considerações sobre a capacidade contributiva dos respectivos usuários; 3) baixa qualidade como característica renitente em vastos campos de atuação do Poder Público, sobretudo naqueles particularmente sensíveis para assegurar um mínimo de dignidade para a população, como saúde e educação.

Para nossa análise nos valeremos de revisão bibliográfica e de pesquisa jurisprudencial, sendo que textos selecionados de obras estrangeiras serão por nós traduzidos livremente.

2. Influência do direito público francês no regime do serviço público brasileiro

O desenvolvimento da ideia de serviço público tal como hoje ela existe em nosso país teve grande influência do pensamento francês, em especial no que se

² Agradeço a Rafael Macedo e a Abrahan Lincoln Dorea Silva pela leitura e comentários feitos a este ensaio, que em muito enriqueceram o seu resultado final.

refere às investigações do que se convencionou chamar de Escola de Bordeaux (final do século XIX e início do século XX)³.

Ainda que nosso sistema jurídico também tenha se inspirado em outras fontes para seus desenvolvimentos sobre o tema⁴, a prevalência entre nós de uma concepção de serviço público relacionada à existência de um regime jurídico próprio, derogatório das regras de direito comum, a reger tal atividade estatal, teve no influxo da doutrina e jurisprudência francesas seu principal impulso⁵.

Uma das características importadas do modelo francês para o nosso foi a titularidade dos serviços públicos por parte do Estado, o que implicaria a prerrogativa de este excluir do âmbito de atividades econômicas livremente desempenhadas pelos particulares algumas tarefas tidas como especialmente relevantes para o bem-estar coletivo.

Dada a essencialidade do fornecimento de certas prestações para a garantia de direitos fundamentais dos cidadãos, entendeu-se que estas deveriam ser subtraídas da lógica do lucro, inerente à sua oferta por agentes do mercado, passando a ser desempenhadas diretamente pela própria organização política, sem concorrência com atuações privadas na exploração das mesmas infraestruturas.

Apesar de desde os anos 30 do século XX essa formulação francesa enfrentar questionamentos, em especial com o movimento progressivo de delegação do exercício dos serviços públicos a entes privados⁶, o que acaba por implicar uma mescla entre instrumentos de "direito público" e de "direito privado" a reger

³ Sobre tal influência, ver, por exemplo, HORBACH, Carlos Bastide. Os princípios do serviço público na França e no Brasil ALMEIDA, Fernando D. M. de; MARQUES NETO, Floriano de A.; MIGUEL, Luiz Felipe H.; SCHIRATO, Vitor R. (coord.). *Direito público em evolução – estudos em homenagem à professora Odete Medauar*, p. 549/564, Belo Horizonte: Fórum, 2013; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Serviço público e suas diferentes acepções in DI PIETRO, Maria Sylvia Z. (coord.). *Tratado de direito administrativo*, v. 4 (Funções administrativas do Estado), p. 29/221, São Paulo: RT, 2014, p. 31 e ss.; 48 e ss.; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, 2. ed., Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2008-B, p. 76 e ss.

⁴ A respeito a doutrina identifica que autores nacionais que escreveram sobre serviço público no início do século XX foram mais influenciados por autores norte-americanos (ideia das *public utilities*) do que por franceses, o que teria sofrido sua reviravolta a partir dos anos 40, principalmente na sequência dos estudos realizados por Themístocles Brandão CAVALCANTI, nos quais a questão da exclusividade do Estado na prestação deste tipo de atividade passa a se colocar com veemência [MARQUES NETO, Serviço público(...), *ob. cit.*, p. 48/55].

⁵ MARQUES NETO, Serviço público(...), *ob. cit.*, p. 48 e ss.

⁶ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo em evolução*, 3. ed., Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 272/273.

a atuação dos delegatários da referida missão, o monopólio estatal continuou, pelo menos até o final do século XX, a ser considerado como efeito inexorável da qualificação de uma tarefa prestacional como serviço público.

3. Serviço público à brasileira - noção

Após um primeiro momento em que a influência de autores da Common Law foi observada como predominante nos ensaios dos administrativistas pátrios sobre a temática dos serviços públicos, sobretudo a partir dos estudos de Themístocles Brandão CAVALCANTE, marcadamente inspirados nas lições de Gaston JÈZE, passou a prevalecer na nossa doutrina noções que ainda hoje são recorrentes sobre o assunto.

O critério formal, definido pela opção política do Legislador, consolidou-se como o principal para se identificar o que é ou não um serviço público. Assim, o intérprete, para saber se está diante do instituto, deve antes de tudo recorrer ao quanto previsto no direito escrito (Constituição ou leis).

Os outros critérios tidos como importantes para caracterização do serviço público acabam ficando em segundo plano⁷.

O material, segundo o qual é a essencialidade de uma atividade para interdependência social o que implica atribuir-lhe o rótulo sob exame, é visto como independente do formal, podendo, portanto, o direito escrito conferir um regime jurídico de direito público a tarefas não essenciais ao coletivo ou

7 Sobre os critérios para a caracterização do serviço público, vale o registro de alguma variação terminológica encontrada na doutrina. Dentre os autores que fazem uso desse recurso para suas definições a respeito do tema, Celso Antônio Bandeira de MELLO fala em critério material e formal, sendo que este corresponderia ao regime jurídico específico para a realização de tal atividade (*Curso de Direito Administrativo*, 30. ed., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 690/692). Diogenes GASPARINI refere a "sentidos" orgânico, material e formal para o instituto, em que o primeiro aponta para os órgãos/agentes/recursos da Administração responsáveis pela tarefa, o segundo para a satisfação de necessidade de interesse geral e o terceiro para o regime jurídico de direito público (*Curso Administrativo*, 13. ed., São Paulo: Saraiva: 2008, p. 293). Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, em abordagem próxima à feita por GASPARINI, alude a "elementos" subjetivo, formal e material do serviço público (*Curso Administrativo*, 20. ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 90/91). No direito francês, Jaqueline Morrand-DEVILLER usa para sua conceituação de serviço público o critério finalista (interesse geral), o critério orgânico (pessoa pública ou privada) e o critério material (regime de direito público mais ou menos acentuado) (*Droit Administratif*, 12. ed., Paris: Montchrestien, 2011, p. 455). Visão crítica sobre a noção de serviço público na França, trabalhando sua contraposição com as ideias de mercado, de poder de polícia, de setor público e de serviço de interesse econômico geral, ver CAILLOSSE, Jacques. *La constitution imaginaire de l'administration*, Paris: PUF, 2008, p. 31 e ss.

então deixar de fazê-lo apesar da importância capital de uma missão para o bem-estar da comunidade.

Nada obstante a boa receptividade dessa ideia entre nossos juristas, não vemos como se dissociar o critério formal do material para o enquadramento de uma tarefa como serviço público, além do que concordamos com crítica feita por importante linha de pensamento quanto à perda de utilidade prática da clássica apartação entre serviço público e atividade econômica⁸, já que em ambos os casos o que se teria seriam atividades que podem ter um maior ou menor interesse geral, a recomendar a intervenção do Estado em diferentes níveis⁹.

No que se refere à exigência da *essencialidade* como característica necessária para que uma dada atividade possa ser eleita pelo legislador como serviço público, acreditamos que esse filtro é importante para que se evite o arbítrio no exercício do Poder Legislativo em tal seara.

Ao se enquadrar uma missão como serviço público, isso gera um dever para o Estado e, pelo menos até hoje, uma limitação à livre iniciativa do particular em certos domínios.

Logo, essa escolha pelo parlamentar deve se pautar por critérios racionais, que atendam aos ditames de proporcionalidade, o que significa só autorizar a assunção de uma atividade prestacional pelo Estado quando este seja capaz de justificar esse tipo de intervenção como condição para satisfação de pautas de interesse geral, só restringindo seu acesso à exploração privada na medida em que tanto se revele imprescindível com tal propósito.

Caso contrário, ao se admitir que o legislador escolha aleatoriamente qual tarefa será submetida ao regime do serviço público, pode-se não só criar privilégio estatal em favor da Administração ou de concessionários em circunstâncias que sejam deletérias ao seu bom desenvolvimento em prol da coletividade, como impor à organização política o direcionamento de recursos escassos para áreas não prioritárias, em detrimento da boa realização de seus próprios fins.

Feitas tais considerações, reconhecendo como *serviço público* uma atividade essencial para o bem-estar da comunidade que seja assim qualificada pela nossa

⁸ MARQUES NETO, Serviço público[...], *ob. cit.*, p. 95 e 98/99.

⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O serviço público e as suas crises in ARAGÃO, Alexandre S. De; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Curso Administrativo e seus novos paradigmas*, p. 421/440. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 434 e ss.

Constituição ou pelas nossas leis, passemos a analisar três características que são comumente conferidas ao respectivo regime jurídico.

3.1. Exclusividade

A concepção de monopólio estatal sobre a organização e realização de serviços públicos, que em alguma medida funcionou para a construção do Estado de bem-estar francês, notório pela qualidade elevada das utilidades põe à disposição dos seus destinatários, foi por nós reproduzida sem maiores reflexões sobre se tal desenho institucional para esse tipo de atividade contribuía ou não para a sua performance adequada em favor do indivíduo.

Por aqui, dizer que *incumbe ao Estado a prestação de serviços públicos* (art. 175 da CR) é interpretado como uma reserva de atividades em favor da organização política, a qual tem a prerrogativa de explorá-la diretamente ou contratando-a com privados que, dessa forma, só podem intervir em tal âmbito caso possuam um título habilitante conferido pelo seu titular¹⁰.

Esse efeito, chamado de *publicatio*¹¹, passou a ser tido como inerente à qualificação de uma tarefa como serviço público, e, embora possa cumprir papel importante no que se refere aos deveres de universalização e continuidade da oferta de utilidades essenciais aos indivíduos¹², é apontado por parte da doutrina como uma das causas do seu desempenho ineficiente em prol da população¹³.

10 SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*, Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 88/93; MARQUES NETO, Serviço público[...], *ob. cit.*, p. 100/101.

11 "Tradicionalmente, a noção de serviço público cumpriu o papel de fixar, a priori, reserva estatal sobre uma atividade considerada serviço público. A essencialidade traduzida na 'publicatio' importaria a reserva estatal da atividade elencada como serviço público" [MARQUES NETO, Serviço público[...], *ob. cit.*, p. 117].

12 A criação de um monopólio em favor do Estado para exploração de uma dada atividade pode ser uma das técnicas para viabilização de subsídios cruzados, ou seja, para que se extraia recursos de uma área em que a prestação de serviços é superavitária para outra em que esta é deficitária. No que se refere à política de subsídios, Floriano Azevedo MARQUES NETO, destaca que esta pode assumir três formas: entre serviços, entre usuários e externo (em que tarifa menor decorre de uma fonte de recursos alheia à prestação, como um fundo ou dotação orçamentária [Serviço público[...], *ob. cit.*, p. 121/122].

13 "Por fim, a concepção dos serviços públicos como atividades bloqueadoras da livre iniciativa – seja em decorrência do regime jurídico dos serviços públicos, seja da titularidade estatal da atividade, seja da existência de atividades econômicas em sentido estrito e em sentido amplo – cria em favor do Estado uma exclusividade, porque importa o exercício de uma atividade sem concorrentes. Tal cenário faz com que o Estado possa atuar de forma exclusiva em um mercado pleno de prerrogativas, o que, ao fim do dia, leva, de forma invariável, a

3.2. Gratuidade

Embora a gratuidade não se coloque como princípio dos serviços públicos prestados em nosso país¹⁴, não se observa a devida atenção seja em nível normativo, seja em nível de gestão, com o adequado custeio de tais atividades, o que invariavelmente acaba por redundar na assunção de obrigações pelo prestador incompatíveis com os meios postos à sua disposição para bem desempenhá-las.

O problema, no caso, se coloca em especial no que se refere aos serviços públicos específicos e divisíveis que, podendo ser apropriados de modo exclusivo por seus usuários, sem imediato benefício de terceiros, por uma política tarifária equivocada acabam por onerar toda a sociedade, independentemente da capacidade contributiva daqueles que fruem das respectivas utilidades¹⁵.

Tanto decorre de desenhos institucionais inadequados ou então da leitura hermética que se faz deles, sem a necessária atenção para com a finalidade que é a razão de ser do próprio modelo de Estado social, que é a de redistribuir recursos dos cidadãos mais abastados para os menos, garantindo as condições para que todos os membros de uma comunidade possam se desenvolver material e espiritualmente.

Como a referida função redistributiva se faz através de serviços públicos, o mínimo que seria de se esperar das autoridades responsáveis pela sua organização seria a preocupação para que estes não tenham por efeito a oneração individual do coletivo para proveito individual, ou seja, que redundem justamente em mais concentração de renda¹⁶.

ineficiências e desrespeitos aos direitos dos cidadãos" [SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa*[...], *ob. cit.*, p. 93]. Em sentido próximo, MARQUES NETO, Serviço público[...], *ob. cit.*, p. 132.

14 MARQUES NETO, Serviço público[...], *ob. cit.*, p. 122.

15 Quanto às vantagens do financiamento do serviço público por meio de tarifas cobradas de seus usuários quando comparado ao modelo custeado por impostos pagos por toda a coletividade, bem como sobre critérios para o cálculo do preço das prestações ofertadas aos cidadãos, ver LACHAUME, Jean-François; PAULIAT, Hélène; BOITEAU, Claudie; DEFFIGIER, CLOTILDE. *Droit de services publiques*, Paris: LexisNexis, 2012, p. 584 e ss.

16 "Por mais que o País tenha ampliado a cobertura e a abrangência dos serviços públicos no último quarto do século passado, a oferta de prestações – no mais das vezes financiadas e custeadas por subsídios ou contagens tarifárias – nunca se direcionou precipuamente para as parcelas mais desvalidas da população. Ousamos dizer que a oferta e a prestação de serviços públicos foram, historicamente, mesmo quando a carga direta do Estado, voltadas para as classes médias urbanas, constituindo-se mais num elemento de concentração de renda, do que vetor redistributivo" [MARQUES NETO, Serviço público[...], *ob. cit.*, p. 121].

Os direitos, é bom lembrar, têm custos.

Se benefícios gozados pessoalmente não são custeados por quem deles usufrui nem por fontes alternativas ao alcance do prestador, estes o são por todos os integrantes da sociedade, inclusive os mais pobres que, em razão do nosso sistema tributário regressivo, são os que proporcionalmente pagam mais impostos que incidem sobre o consumo de bens ofertados no mercado¹⁷.

3.3. Baixa qualidade

Uma terceira característica dos serviços públicos prestados ou garantidos pelo nosso Estado é uma atenção relativamente pequena que se dá a qualidade do produto final ofertado ao público.

Seja no que se refere às atividades realizadas diretamente pela Administração, seja nas contratadas para serem executadas por particulares, os predicados daquilo que é posto à disposição da população acabam tendo um papel secundário nas preocupações dos nossos gestores¹⁸.

Se os motivos para tanto provavelmente extrapolam razões jurídicas¹⁹, nos parece que ao Direito também pode ser creditada parcela do insucesso administrativo em tal seara.

Isso porque, como pontuado linhas acima, não só a concepção monopolística do serviço público tende a deixar os detentores do privilégio acomodados quanto ao dever de melhor desempenho de suas tarefas, como o mau desenho das respectivas fontes de custeio também impacta negativamente no seu adequado planejamento e execução em prol dos cidadãos²⁰.

17 Logo, qualquer política de subsídio a respeito deve ser clara e racional, evitando-se o agravamento de problemas que o instituto do serviço público nasceu vocacionado a remediar.

18 Sintomático a respeito é o debate que existe sobre se aplicável ou não o quanto previsto pelo Código de Defesa do Consumidor para a relação entre Estado e indivíduo na prestação de serviços públicos. Sobre a polêmica, ver MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A proteção dos usuários de serviços públicos – a perspectiva do direito do consumidor in SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*, p. 239/254, São Paulo: Malheiros, 2002.

19 A título de exemplo, imaginamos que o fato de a classe média, sempre quando pode, evitar a fruição de alguns serviços assumidos pela organização política, como transporte público, saúde e educação, é um dos fatores que reduz a pressão sobre o Estado para a melhoria de sua prestação em favor dos respectivos usuários.

20 Sobre a relação entre política tarifária racional e qualidade do serviço público, o que pressupõe caixa para financiamento de infraestruturas adequadas para sua prestação, ver SCHIRATO, Vítor Rhein.

4. Mudanças experimentadas pelo serviço público francês

Dentre as alterações experimentadas pelo serviço público francês nos últimos anos, provavelmente a maior delas advém da influência em tal sistema do modelo europeu de serviço de interesse econômico geral (SIEG), o qual impõe aos integrantes do bloco a adoção de uma disciplina que privilegie a livre iniciativa no exercício de atividades de relevante interesse coletivo, facultando-se a exclusividade de seu desempenho pelo Estado apenas em caráter excepcional²¹.

Logo, o postulado do monopólio por parte da Administração quanto à exploração dos serviços públicos como instrumento para a satisfação de pautas caras à comunidade é posto em xeque, só sendo possível quando inviável alcançar-se tal propósito por outros mecanismos que não impliquem restrição da concorrência nos mais diversos setores da vida econômica.

Além dessa mudança de paradigma, que faz balançar um dos pilares sobre os quais se edificou o serviço público como meio de promover os laços de interdependência social na França, também se observa na doutrina questionamentos quanto à forma mais adequada de se financiar tais atividades, sobretudo em um contexto de crise econômica que vem sendo uma questão constante na zona do euro.

Concessões de serviços públicos e investimentos em infraestrutura no Brasil: espetáculo ou realidade? in SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITS, Guilherme Jardim (orgs.). *Contratos públicos e direito administrativo*, p. 142/169, São Paulo: Malheiros, 2015, em especial p. 159 e ss.; e COUTINHO, Diego R. Saneamento básico: aumentos tarifários para investimentos na melhoria e expansão do serviço in *Revista de Direito Administrativo – RDA*, v. 264, p. 281/300, Rio de Janeiro: FGV, set./dez. 2013.

21 Entre nós visão sobre o ponto pode ser conferida em MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os serviços de interesse econômico geral [...] ob. cit.; MEDAUAR, Odete. *Serviços públicos e serviços de interesse econômico geral*, ob. cit.; SILVA, Almiro do Couto e. *Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público à brasileira?* in SILVA, Almiro do Couto e. *Conceitos fundamentais do direito no Estado constitucional*, p. 187/221, São Paulo: Malheiros, 2015 (artigo originalmente publicado em 2002), p. 191 e ss.; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, 2. ed., Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2008-B, p. 109 e ss.. Na doutrina francesa, em DEVILLER, Jacqueline Morand-. *Droit administratif*, ob. cit., p. 461/465; CHEVALLIER, Jacques. *Le service public*, 9. ed., Paris: PUF, 2012 (1 ed. de 1987), p. 73 e ss.; ESPLUGAS, Pierre. *Le service public*, 3. ed., Paris: Dalloz, 2012, p. 117 e ss.; AUBY, Jean-François; RAYMUNDE, Olivier. *Le service public*, Paris: Le Moniteur, 2003, p. 75 e ss.; LOMBARD, Martine. *L'impact du droit communautaire sur le service public* in AUBY, Jean-Bernard; ROCHERE, Jacqueline Duthel de la. *Droit administratif européen*, p. 969/982, Bruxelles: Bruylant, 2007; GUGLIELMI, Gilles J.; KOUBI, Geneviève; LONG, Martine. *Droit du service public*, 4. ed., Paris: LGDJ, 2016, p. 139 e ss.; PLESSIX, Benoît. *Droit administratif général*, Paris: LexisNexis, 2016, p. 576/579.

Sobre o referido aspecto, repensa-se, por exemplo, políticas tarifárias até então vigentes para alguns serviços²², como educação²³, em especial atentando-se para o efeito contra-redistributivo que certos desenhos institucionais conferem a dadas tarefas quando essas, apesar de serem custeadas por verbas orçamentárias, são fruídas de modo exclusivo por parcelas abastadas da população²⁴.

O imperativo da qualidade do serviço público igualmente representa um relevante papel na reflexão sobre os modos mais adequados para sua prestação²⁵, redundando na defesa de uma maior flexibilidade do respectivo regime jurídico²⁶, cuja exorbitância do direito comum passa a ser aceita apenas excepcionalmente, ou seja, na medida em que os privilégios conferidos ao Estado sejam indispensáveis para o seu ótimo desempenho em favor do bem-estar social²⁷.

5. Alterações à vista em nosso país?

Como se pode observar dos apontamentos feitos acima, as discussões hoje travadas no sistema jurídico francês sobre a ideia de serviço público refletem questionamentos que também são feitos no nosso na busca de uma maior qualidade do produto das atividades estatais realizadas em prol da população.

Embora seja natural que cada país siga seu caminho no esforço para superar dificuldades experimentadas em tal seara, não havendo qualquer garantia de que soluções defendidas na França para uma atuação administrativa

22 MESCHERIAKOFF, Alain-Serge. *Droit des services publics*, 2. ed., Paris: PUF, 1996, p. 209 e ss.

23 Sobre o ponto, ver, a título ilustrativo, LONG, Martine. Discrimination positive et accès à Sciences-Po Paris in *L'Actualité Juridique – Droit Administratif – AJDA*, n. 13, p. 688/694, Paris: Dalloz, avril de 2004.

24 CHEVALLIER, Jacques. *Le service public* [...], ob. cit., p. 44.

25 CHEVALLIER, Jacques. *Le service public* [...], ob. cit., p. 43 e ss.; BRACONNIER, Stéphane. *Droit des services publics*, 2. ed., Paris: PUF, 2007, p. 326 e ss.

26 Como a ideia de se estabelecer uma remuneração variável do delegatário de serviço público em função da qualidade das utilidades oferecidas à população, conforme indicadores de performance estabelecidos contratualmente para tanto, instrumento cuja conveniência e formatação no caso a caso dependerá da análise atenta das peculiaridades inerentes a cada tipo de atividade prestacional que deve ser garantida pelo Estado (BRACONNIER, Stéphane. *Droit des services publics*, ob. cit., p. 331/332).

27 PLESSIX, Benoît. *Droit administratif général*, ob. cit., p. 578/579; DEVILLER, Jacqueline Morand. *Droit administratif*, ob. cit., p. 454/455. Sob tal perspectiva também se apresenta a crítica do monopólio estatal na prestação de serviços públicos bem como do modo do seu financiamento, conforme pode ser visto em ESPUGLAS, Pierre. *Le service public* [ob. cit.], p. 61 e ss.

mais eficiente possam ser simplesmente transplantadas com êxito para nossa realidade, o conhecimento da trajetória que vem sendo percorrida pelos idealizadores da noção de serviço público como a conhecemos pode servir de inspiração para nossos próprios voos, de alerta para que evitemos passos em falso ou armadilhas.

Feitas tais considerações, imaginamos ser bastante plausível que enfim passe a ser pauta do Estado brasileiro a boa qualidade dos serviços públicos prestados à população²⁸, buscando-se uma reflexão sobre o instituto que privilegie o foco no cidadão, na ideia da Administração como espaço de realização de Justiça, rompendo-se com a nossa tradição de organização de poder de modo autocentrado, e indiferente com os resultados produzidos na realidade pelo exercício da função estatal.

Por outro lado, a questão do adequado financiamento das atividades realizadas em prol dos administrados, evitando-se seu efeito concentrador (em vez de distribuidor) de renda, também passa a frequentar timidamente as discussões sobre o aprimoramento da nossa burocracia, como revela o recente precedente da nossa Corte Constitucional que autoriza a cobrança de mensalidades pelo oferecimento de cursos de especialização em estabelecimentos oficiais (RE n. 597854/GO, julgado em 26/04/17²⁹).

Finalmente, o dogma da exclusividade como efeito inextrável da qualificação de uma tarefa como serviço público também passa a ser posto em dúvida

28 Observações pertinentes sobre a eficiência do gasto público podem ser encontradas em BLIACHERIENE, Ana Carla. *Controle da eficiência do gasto orçamentário*, Belo Horizonte: Fórum, 2016, em especial a p. 164 e ss. Ao comentar o que entende por efetividade da despesa pública, a autora apresenta um exemplo que imaginamos que deveria ser a preocupação primeira de qualquer gestor: "A efetividade pressupõe que o serviço público foi prestado. Mas o que fará a diferença é se, uma vez realizado, alcançou os resultados pretendidos. Por exemplo, a efetividade estaria em diminuir a mortalidade infantil neonatal, e não em construir mais maternidades" (BLIACHERIENE, 2016, p. 172).

29 "Decisão: Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, indeferiu pedido de sustentação oral do advogado do amicus curiae Associação Nacional dos Pós-Graduandos - ANPG. Em seguida, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 535 da repercussão geral, deu provimento ao recurso para denegar a segurança pleiteada, e fixou a seguinte tese: "A garantia constitucional da gratuidade de ensino não obsta a cobrança por universidades públicas de mensalidade em cursos de especialização", vencido o Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidiu o julgamento o Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 26.4.2017" [http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=597854&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipojulgamento=M, acesso em 13/06/17, às 23:00].

pela nossa doutrina³⁰, sobretudo quando tal regime representa uma restrição despropositada do princípio da livre iniciativa, sem qualquer justificativa da necessidade do privilégio estatal para garantia de pautas de interesse geral.

6. Conclusão

Acreditamos ser salutar que o serviço público, como tantas ideias mais ou menos tradicionais em nosso Direito Administrativo, seja um tema aberto a releituras, a tentativas de reformulação que busquem adequar sua configuração à realidade movediça que este está vocacionado a servir.

Pelo que podemos constatar na presente pesquisa, há elementos de contato importantes entre as metamorfoses experimentadas pelo serviço público francês e aquelas vivenciadas pelo instituto no Brasil.

Diffícil dizer em que medida nosso país continua influenciado quanto aos desenvolvimentos do Direito Público europeu (continental em geral e francês em particular) e, assim, qual o real impacto aqui do que vem sendo discutido pelos nossos amigos do outro lado do oceano.

De qualquer modo nos parece que há uma preocupação comum lá e cá que acaba servindo de fio condutor para todas as transformações referidas: a da qualidade da Democracia, a da necessidade de as organizações políticas se reinventarem de modo a oferecer utilidades melhores aos destinatários de suas tarefas.

Apesar de novos rótulos, os desafios talvez sejam os mesmos enfrentados pelas nações ocidentais que adotaram, no curso do Século XX, o modelo do Estado de Bem-Estar Social: combater a miséria, reduzir desigualdades, fortalecer a interdependência entre os cidadãos, evitando-se a ruptura da ordem estabelecida.

Para todos esses fins, o serviço público cumpriu e cumpre um papel relevante. Se continuará a cumprir, só sua capacidade de adaptação às premissas da realidade dirá.

³⁰ Crítica à visão de exclusividade estatal como atributo inerente à qualificação de uma atividade como serviço público passa (ainda que timidamente) a frequentar a nossa doutrina, como se pode ver nas reflexões de Floriano Azevedo MARQUES NETO (Serviço público e suas diferentes acepções, *ob. cit.*, p. 94 e ss.) e de Vitor Rhein SCHIRATO (*Livre iniciativa nos serviços públicos*, *ob. cit.*, p. 217 e ss.).

7. Referências bibliográficas

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. O serviço público e as suas crises in ARAGÃO, Alexandre S. De; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito administrativo e seus novos paradigmas*, p. 421/440, Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- _____. *Direito dos serviços públicos*, 2. ed.. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2008-B.
- AUBY, Jean-François; RAYMUNDIE, Olivier. *Le service public*, Paris: Le Moniteur, 2003.
- BLIACHERIENE, Ana Carla. *Controle da eficiência do gasto orçamentário*, Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- BRACONNIER, Stéphane. *Droit des services publics*, 2. ed., Paris: PUF, 2007.
- CAILLOSSE, Jacques. *La constitution imaginaire de l'administration*, Paris: PUF, 2008.
- CHEVALLIER, Jacques. *Le service public*, 9. ed., Paris: PUF, 2012 (1 ed. de 1987).
- COUTINHO, Diogo R. Saneamento básico: aumentos tarifários para investimentos na melhoria e expansão do serviço in *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v. 264, p. 281/300, Rio de Janeiro: FGV, set./dez. 2013.
- DEVILLER, Jacqueline Morand-. *Droit administratif*, 12. ed., Paris: Montchrestien, 2011.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 20. ed., São Paulo: Atlas, 2007.
- ESPLUGAS, Pierre. *Le service public*, 3. ed., Paris: Dalloz, 2012.
- GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*, 13. ed., São Paulo: Saraiva: 2008.
- GUGLIELMI, Gilles J.; KOUBI, Geneviève; LONG, Martine. *Droit du service public*, 4. ed., Paris : LGDJ, 2016.
- HORBACH, Carlos Bastide. Os princípios do serviço público na França e no Brasil ALMEIDA, Fernando D. M. de; MARQUES NETO, Floriano de A.; MIGUEL, Luiz Felipe H.; SCHIRATO, Vitor R. (coord.). *Direito público em*

evolução – estudos em homenagem à professora Odete Medauar, p. 549/564, Belo Horizonte: Fórum, 2013.

LACHAUME, Jean-François; PAULIAT, Hélène; BOITEAU, Claudie; DEFFLIGIER, CLOTILDE. *Droit de services publics*, Paris: LexisNexis, 2012.

LOMBARD, Martine. L'impact du droit communautaire sur le service public in AUBY, Jean-Bernard; ROCHERE, Jacqueline Dutheil de la. *Droit administratif européen*, p. 969/982, Bruxelles: Bruylant, 2007.

LONG, Martine. Discrimination positive et accès à Sciences-Po Paris in *L'Actualité Juridique – Droit Administratif – AJDA*, n. 13, p. 688/694, Paris: Dalloz, avril de 2004.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A proteção dos usuários de serviços públicos – a perspectiva do direito do consumidor in SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*, p. 239/254, São Paulo: Malheiros, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os serviços de interesse econômico geral e as recentes transformações dos serviços públicos in ALMEIDA, Fernando D. M. de; MARQUES NETO, Floriano de A.; MIGUEL, Luiz Felipe H.; SCHIRATO, Vitor R. (coord.). *Direito público em evolução – estudos em homenagem à professora Odete Medauar*, p. 531/547, Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. Serviço público e suas diferentes acepções in DI PIETRO, Maria Sylvia Z. (coord.). *Tratado de direito administrativo*, v. 4 (Funções administrativas do Estado), p. 29/221, São Paulo: RT, 2014.

MEDAUAR, Odete. Serviços públicos e serviços de interesse econômico geral in MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*, p. 115/126, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Direito administrativo em evolução*, 3. ed., Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 30. ed., São Paulo: Malheiros, 2012.

MESCHERIAKOFF, Alain-Serge. *Droit des services publics*, 2. ed., Paris: PUF, 1996.

PLESSIX, Benoît. *Droit administratif général*, Paris: LexisNexis, 2016.

SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*, Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. Concessões de serviços públicos e investimentos em infraestrutura no Brasil: espetáculo ou realidade? in SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITS, Guilherme Jardim (org.). *Contratos públicos e direito administrativo*, p. 142/169, São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público à brasileira? in SILVA, Almiro do Couto e. *Conceitos fundamentais do direito no Estado constitucional*, p. 187/221, São Paulo: Malheiros, 2015 (artigo originalmente publicado em 2002).