
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional	Belo Horizonte	ano 8	n. 33	p. 1-248	jul./set. 2008
--	----------------	-------	-------	----------	----------------

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

**Instituto Paranaense
de Direito Administrativo**

Direção Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Direção Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Direção Executiva

Emerson Gabardo

Conselho de Redação

Edgar Chiuratto Guimarães

Adriana da Costa Ricardo Schier

Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (Brasil)
Alice Gonzales Borges (Brasil)
Antonello Tarzia (Itália)
Carlos Ari Sundfeld (Brasil)
Carlos Ayres Britto (Brasil)
Carlos Delpiazzi (Uruguai)
Cármen Lúcia Antunes Rocha (Brasil)
Celso Antônio Bandeira de Mello (Brasil)
Clêmeron Merlin Clève (Brasil)
Clovis Beznos (Brasil)
Enrique Silva Cimma (Chile)
Eros Roberto Grau (Brasil)
Fabrício Motta (Brasil)
Guilherme Andrés Muñoz - in memoriam (Argentina)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Espanha)

Jorge Luís Salomoni - in memoriam (Argentina)
José Carlos Abraão (Brasil)
José Eduardo Martins Cardoso (Brasil)
José Luís Said (Argentina)
José Mario Serrate Paz (Uruguai)
Juan Pablo Cajarville Peruffo (Uruguai)
Juarez Freitas (Brasil)
Julio Rodolfo Comadira - in memoriam (Argentina)
Luís Enrique Chase Plate (Paraguai)
Lúcia Valle Figueiredo (Brasil)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho - in memoriam (Brasil)
Marçal Justen Filho (Brasil)
Marcelo Figueiredo (Brasil)
Márcio Cammarosano (Brasil)

Maria Cristina Cesar de Oliveira (Brasil)
Nelson Figueiredo (Brasil)
Odilon Borges Junior (Brasil)
Pascual Caiella (Argentina)
Paulo Eduardo Garrido Modesto (Brasil)
Paulo Henrique Blasi (Brasil)
Paulo Neves de Carvalho - in memoriam (Brasil)
Paulo Ricardo Schier (Brasil)
Pedro Paulo de Almeida Dutra (Brasil)
Regina Maria Macedo Nery Ferrari (Brasil)
Rogério Gesta Leal (Brasil)
Rolando Pantoja Bauzá (Chile)
Sérgio Ferraz (Brasil)
Valmir Pontes Filho (Brasil)
Weida Zancaner (Brasil)
Yara Stropa (Brasil)

A246 A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional.
ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum,
2003.

Trimestral

ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada
pela Editora Juruá em Curitiba

ISSN 1516-3210

1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342

CDU: 33.342

© 2008 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Editora Fórum Ltda.

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar - Funcionários

CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil

Tel.: 0800 704 3737

Internet: www.editoraforum.com.br

e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Editor responsável: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa

Pesquisa jurídica: Fátima Ribeiro - OAB/MG 74868

Revisora: Lourdes Nascimento

Projeto gráfico e diagramação: Luis Alberto Pimenta

Bibliotecária: Fernanda de Paula Moreira - CRB 2900 - 6ª região

Esta publicação está indexada no Ulrich's Periodicals Directory

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil

Distribuída em todo o Território Nacional

Serviço público e direitos fundamentais

José Carlos Cal Garcia Filho

Mestre em Direito Constitucional pela UFPR. Advogado em Curitiba.

Resumo: Neste artigo é tratada a relação entre serviço público e direitos fundamentais. Primeiramente analisam-se os princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito. Aborda-se a participação popular na Administração Pública. Apresentam-se características do Estado Regulador, ou modelo regulatório de Estado de bem-estar. Demonstram-se alguns conceitos do Direito administrativo relacionados aos direitos fundamentais. Sobre os aspectos materiais do serviço público, demonstra-se no que consiste a sua prestação relacionada com o princípio da dignidade da pessoa humana. No que tange ao aspecto formal do serviço público, aborda-se sobre o regime jurídico aplicável. Por fim, afirma-se que a idéia de serviço público deve ser compreendida sob a perspectiva dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Serviço público. Direitos fundamentais. Estado Democrático de Direito. Administração Pública. Princípio da dignidade da pessoa humana.

Sumário: Introdução - **1** Estado Democrático de Direito e Estado Regulador
1.1 Princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito - **1.1.1** O princípio da dignidade da pessoa humana - **1.1.2** O princípio democrático e a participação popular na Administração Pública - **1.2** Características do Estado Regulador - **2** O serviço público e a promoção de direitos fundamentais - **2.1** Direito Administrativo e direitos fundamentais - **2.2** Serviços públicos e direitos fundamentais - **2.2.1** Aspecto material do serviço público - **2.2.2** Aspecto formal do serviço público - Conclusão - Referências

Introdução

O presente trabalho pretende demonstrar a relação incindível existente entre direitos fundamentais e serviços públicos. O trabalho está dividido em duas partes. A primeira parte cuida da análise dos princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito e das características do modelo regulatório de Estado, buscando estabelecer a necessária conciliação entre esses conceitos. A segunda parte trata do serviço público, seu elemento material (e finalístico), assim como trata do seu regime jurídico, com ênfase nos direitos fundamentais.

De plano, é mister salientar que adotaremos o método de interpretação *hermenêutico-concretizador*, proposto por Konrad Hesse.¹ Com efeito, concretizar significa *atribuir densidade normativa* a uma norma jurídica. *In casu*, a Constituição Federal. Trata-se de método que estabelece uma relação

¹ HESSE. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 53 et seq.

tridimensional entre o intérprete, a norma e o caso concreto: para os fins do presente esforço, *o serviço público como instrumento de promoção de valores fundamentais*.

Pede-se vênia para trazer os ensinamentos de Canotilho, que sintetizam, magnificamente, a proposta de Hesse.

O método hermenêutico-concretizador arranca da idéia de que a leitura de um texto normativo se inicia pela *pré-compreensão* do seu sentido através do intérprete. A interpretação da constituição também não foge a este processo: é uma *compreensão de sentido*, um preenchimento de sentido juridicamente criador, em que o intérprete efectua uma actividade práctico-normativa, *concretizando* para e a partir de uma situação histórica concreta. No fundo, este método vem realçar e iluminar vários pressupostos da tarefa interpretativa: (1) os pressupostos subjectivos, dado que o intérprete desempenha um papel criador (*pré-compreensão*) na tarefa de obtenção do sentido do texto constitucional: (2) os pressupostos objetivos, isto é, o *contexto*, actuando o intérprete como operador de mediações entre o texto e a situação em que se aplica: (3) relação entre o *texto* e o *contexto* com a mediação criadora do intérprete, transformando a interpretação em “movimento de ir e vir” (círculo hermenêutico).

O método hermenêutico é uma via hermenêutico-concretizante, que se orienta não para um pensamento axiomático mas para um pensamento problematicamente orientado. Todavia, este método concretizador afasta-se do método tópico-problemático, porque enquanto o último pressupõe ou admite o primado do problema perante a norma, o primeiro assenta no pressuposto do *primado do texto constitucional* em face do problema.² (*sic*)

A norma jurídica, portanto, não coincide com o texto legislativo. Ela é o resultado do processo de concretização. É norma de decisão, aplicada e referida ao caso concreto.

O método concretizante lança mão de princípios que otimizam a actividade de interpretação. A saber:

- a) *princípio da unidade da Constituição*: que, em face da conexão e da interdependência dos elementos individuais da Constituição, determina a necessidade de nunca se visualizar somente a norma individual; “todas as normas constitucionais devem ser interpretadas de tal modo que contradições com outras normas constitucionais sejam evitadas”;³
- b) *princípio da concordância prática*: onde os bens jurídicos protegidos constitucionalmente devem ser coordenados uns com os outros,

² CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1198.

³ HESSE. *Op. cit.*, p. 65.

de tal modo que, em caso de eventual colisão, não haja o sacrifício de um deles em virtude de “ponderação”; assume especial relevo, nesse particular, o princípio da proporcionalidade;⁴

- c) *princípio da exatidão funcional*: donde se extrai que os intérpretes situados no exercício de funções estatais devem observar os limites e a finalidade estabelecidos no texto constitucional das funções a eles atribuídas;⁵
- d) *princípio do efeito integrador*: “Se para a Constituição é importante a produção e conservação de unidade política, então isso significa a necessidade de, na resolução de problemas jurídico-constitucionais, dar a preferência àqueles pontos de vista que produzem efeito criador e conservador da unidade”.⁶
- e) *princípio da força normativa da Constituição*: “Como a Constituição quer ser atualizada, mas as possibilidades e condições históricas dessa atualização se transformam deve, na resolução de problemas jurídico-constitucionais, ser dada a preferência àqueles pontos de vista que, sob os respectivos pressupostos, proporcionem às normas da Constituição força de efeito ótima”.⁷

1 Estado Democrático de Direito e Estado Regulador

Parece-nos impossível, ao tratar do Estado, deixar de referi-lo a um determinado adjetivo, a uma certa qualidade. Seja para situar o discurso num contexto histórico, ressaltando as características ideológicas, políticas, jurídicas e econômicas de um modelo de Estado, seja para falarmos sobre a particular forma de organização política de uma sociedade.

Sobre o tema, são mais do que esclarecedoras as lições de Canotilho:

Basta um breve relance de olhos pela vasta literatura jurídica, política e econômica, relacionada com o Estado para verificarmos esta intriga: o Estado não está só. Tem sempre o acompanhamento de adjetivos.

(...)

Quando vemos o Estado cercado de adjetivos, talvez se possa dizer o que CARL SCHIMITT afirmou acerca da Constituição. Mais ou menos isto: um Estado carecedor de adjetivos indicia um claro mal-estar do próprio Estado. Parece não ter substância. Apela a algumas qualidades. É tudo ou nada. É uma

⁴ HESSE. Op. cit., p. 66.

⁵ Ibidem, p. 67.

⁶ Ibidem, p. 68.

⁷ Idem.

fórmula *passapartout*. Não tem ADN. Precisa de impressões. Já não é grito de batalha. É um argumento. De categoria política passa a *topos* argumentativo.

(...)

Prima facie, também a Constituição anda à procura de qualidades. No começo não está o verbo, mas sim o adjetivo. A Constituição em si não diz nada. Precisa de um arrimo qualificativo. Tal como o Estado. Ousaremos fazer uma sugestão retórica: juntemos constituição e estado para ver se amparam um ao outro. Talvez os adjetivos do Estado façam luz sobre as qualidades da Constituição, talvez os qualificativos de constituição adiantem alguma coisa sobre os atributos do Estado.⁸

É corrente falar-se nos dias de hoje na existência de um *Estado Regulador*, cujo surgimento dar-se-ia em oposição ao Estado de Bem-Estar Social. A expressão *Estado Regulador*, no entanto, deve ser entendida com os devidos temperamentos. Ela não está referida a um especial modo de organização política do Estado. Com efeito, a noção de Estado Regulador não diz respeito a *opções políticas fundamentais* de uma sociedade, senão a *opções político-econômicas*; opções realizadas num âmbito mais restrito do que o da definição dos marcos fundantes de um Estado, portanto, e que nem sempre se encontram marcadas de modo explícito nos textos constitucionais.

O mesmo não se passa, porém, com a expressão *Estado Democrático de Direito*. De fato, a noção de Estado Democrático de Direito está referida às *opções políticas fundamentais*. Isto é, trata-se de um modelo de organização sociopolítica, que surge a partir da segunda metade do século XX, sendo comum encontrar-se nos textos constitucionais contemporâneos menção expressa à adoção desse modelo de organização.

De todo modo, trata-se de conceitos perfeitamente conciliáveis entre si. E, no que diz respeito ao Estado brasileiro, esta conciliação deve ser buscada através da interpretação dos dispositivos constitucionais que, explícita ou implicitamente, revelam tanto as opções políticas fundamentais como as opções político-econômicas.

1.1 Princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito⁹

A Constituição Federal de 1988, logo no seu artigo 1º, proclama que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de

⁸ CANOTILHO. Estado adjectivado e teoria da Constituição. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, p. 456-457.

⁹ Os princípios estruturantes, segundo Canotilho: "São, por assim dizer, as traves mestras jurídico constitucionais do estatuto jurídico do político." CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da Constituição*.

Direito, e tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Já em seu artigo 3º, o Texto Fundamental manifesta que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; bem como promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação.

Os dispositivos acima referidos traduzem verdadeiros princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito vigente no Brasil. Está fora de discussão, atualmente, a força normativa dos princípios constitucionais. É dizer, os princípios são normas jurídicas que vinculam os intérpretes formais e informais da Constituição, exigindo destes não apenas o respeito, mas, sobretudo, a sua concretização.¹⁰

Os princípios insculpidos nos artigos 1º e 3º da Constituição de 1988 decorrem, antes de mais nada, da leitura da realidade brasileira, realizada pelo legislador constituinte. A partir desse diagnóstico, pretendeu-se inserir a Constituição nessa realidade, buscando alterá-la.

Com efeito, ao invés de uma sociedade submetida a toda sorte de limitações, iníqua e egoísta, pretende-se construir uma sociedade livre, justa e solidária, com a redução das escandalosas desigualdades sociais e regionais vigentes.¹¹

Toda a ação estatal deve estar voltada, em última análise, à realização desses princípios, sob pena de subversão da ordem constitucional. É dizer, todas as normas jurídicas de natureza infraconstitucional, assim como as ações materiais desenvolvidas pelo Estado devem, na medida das suas possibilidades, voltar-se à realização dos princípios estruturantes da República Federativa do Brasil.

1.1.1 O princípio da dignidade da pessoa humana

Dentre os princípios acima enumerados, merece especial destaque o *princípio da dignidade da pessoa humana*. Na voz autorizada de Paulo

¹⁰ Sobre o tema, veja-se o pensamento de Romeu Bacellar Filho, in, A segurança jurídica e as alterações no regime jurídico do servidor público. In: ROCHA (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda*, p. 198.

¹¹ Adotamos, neste ponto, as idéias de Konrad Hesse em torno da *Força Normativa da Constituição*. (HESSE. *A força normativa da Constituição*).

Bonavides, trata-se do “ponto de chegada na trajetória concretizante do mais alto valor jurídico que uma ordem constitucional abriga (...) Demais disso, nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana”.¹²

Em outra passagem, de fundamental interesse para nosso esforço, Bonavides considera o princípio da dignidade da pessoa humana como a *síntese dos valores fundamentais vigentes em nosso ordenamento jurídico*, notadamente aqueles compreendidos no rol dos *direitos fundamentais*. Desde os de primeira geração até os de quarta geração. Em arremate a essas idéias, assinala que: “Essa dignidade consubstancia, por inteiro, a ordem axiológica do regime e das instituições; é o supremo valor onde jaz o espírito da Constituição”.¹³

Nesta altura da exposição, uma observação é fundamental. Entendemos a preocupação de juristas da maior autoridade em torno da vulgarização ou da banalização do princípio da dignidade da pessoa humana. Alguns chegam a propor que a melhor forma de prestar-lhe homenagem é deixar de referi-lo a todo instante. Não nos parece, com o devido respeito, ser esta a melhor opção. Seria o mesmo que, a título de prestar homenagens ao princípio republicano ou ao princípio da legalidade, deixássemos de investigar o seu conteúdo jurídico e a sua função no ordenamento jurídico brasileiro.

Certo é que a mera referência ao princípio da dignidade da pessoa humana, sem precisar-lhe, minimamente, o conteúdo, equivale a fazer dele tábula rasa. Um mero argumento retórico à falta de outro mais consistente. Assim, a melhor forma de outorgar efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana é desenvolver esforços no sentido de atribuir-lhe densidade normativa, através da identificação dos valores albergados no seu núcleo jurídico, a exemplo dos trabalhos desenvolvidos no sentido de identificar o conteúdo jurídico de outros tantos princípios fundamentais: república, igualdade, democracia.

Nessa linha de argumentação e respeitando a proposta inicial do presente trabalho, retomamos a exposição, a partir dos ensinamentos de Paulo Bonavides acima referidos.

O princípio da dignidade da pessoa humana representa a síntese dos valores fundamentais vigentes em nosso ordenamento jurídico,

¹² *Teoria constitucional da democracia participativa*: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade, p. 232-233.

¹³ *Idem*, p. 28.

notadamente, os direitos e garantias fundamentais. Os direitos fundamentais, compreendidos em suas várias gerações, ou dimensões, integram o conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana, atribuindo-lhe, portanto, maior densidade normativa.

Isso significa dizer que a promoção de direitos fundamentais está diretamente ligada à realização do princípio da dignidade da pessoa humana. Desse modo, *quando o Estado desencadeia esforços voltados à satisfação de necessidades básicas, que possam ser conduzidas a direitos fundamentais, está, em última análise, dando concretização ao princípio da dignidade da pessoa humana.*

1.1.2 O princípio democrático e a participação popular na Administração Pública

Também merece destaque, para os fins aqui propostos, o princípio democrático, que se encontra enunciado, como visto, tanto no Preâmbulo como no *caput* do artigo 1º da Constituição Federal. Seus desdobramentos, no entanto, são encontrados ao longo de todo o texto constitucional, a partir da proclamação de vários princípios decorrentes, ou subprincípios, desse princípio maior.

O intérprete da Constituição irá verificar que já nos incisos II e V do art. 1º encontra-se a afirmação de que a cidadania e o pluralismo político constituem fundamentos do Estado Democrático de Direito. Sendo que o parágrafo único do mesmo art. 1º enuncia que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou *diretamente*, nos termos estabelecidos na Constituição.

Interessa-nos, neste momento, voltar os olhos para o exercício direto do poder pelos cidadãos, pois, a partir da interpretação desses dispositivos, é possível depreender que o constituinte de 1988 quis edificar entre nós uma democracia participativa.

Entendemos, com Clèmerson Merlin Clève, não ser possível resumir o conceito de cidadania, atualmente, tão-só ao direito de se manifestar, periodicamente, nos processos eleitorais para o Legislativo e para o Executivo. Nas palavras do autor:

A cidadania vem exigindo a reformulação do conceito de democracia, radicalizando, até, uma tendência que vem de longa data. Tendência endereçada à adoção de técnicas de participação democrática. Vivemos, hoje, um momento em que se procura somar a técnica necessária da democracia representativa

com as vantagens oferecidas pela democracia direta. Abre-se espaço, então, para o cidadão atuar, direta e indiretamente, no território estatal.^{14 15}

Com a Constituição de 1988, abriu-se um leque bastante largo de possibilidades de participação do cidadão na gestão da coisa pública, o que não passou despercebido a Dinorá Grotti. “O princípio da participação popular na gestão e no controle da Administração Pública é inerente à idéia de Estado Democrático de Direito, adotado já no Preâmbulo da Lei Maior, e reafirmado no art. 1º, além de ter sido reiteradamente expresso em vários setores da Administração Pública, notadamente na parte referente à ordem social”.¹⁶

Com efeito, apenas a título de exemplo, poderíamos citar, com o aval da autora, o art. 5º, incisos XIV, XXXIII e XXXIV, que garantem o direito à informação, à petição e à obtenção de certidões. O art. 37, *caput*, que manifesta o princípio da publicidade, assim como o §3º, do mesmo art. 37, que remete à lei a disciplina da *forma de participação do usuário na Administração pública direta e indireta*. E, por fim, os incisos I e II, do parágrafo único, do art. 175, bem como o art. 27 da Emenda nº 19/98, que tratam da disciplina legal da *fiscalização das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos e os direitos dos usuários*.

A participação popular, antes de ser “apenas” um direito fundamental, é instância de legitimação da atuação da Administração Pública no Estado brasileiro. Notadamente, num cenário de mudanças, onde se identifica a alteração do modo de atuação da Administração Pública, que deixa de agir valendo-se tão-só da sua posição de supremacia para atuar em consenso com a Sociedade. É dizer, com os cidadãos.

1.2 Características do Estado Regulador

Como dissemos anteriormente, ao falarmos da existência de um “Estado Regulador” não poderemos nos referir a *opções políticas fundamentais*, senão a *opções de natureza político-econômica*. Mais precisamente, dos instrumentos de que se utiliza o Estado para desenvolver a sua política econômica.¹⁷

¹⁴ *Temas de direito constitucional (e de teoria do direito)*, p. 16-17.

¹⁵ Sobre o tema, confira-se, também: BONAVIDES. Ob. cit., p. 27; e, SCHIER. *A participação popular na Administração Pública: o direito de reclamar*.

¹⁶ A participação popular e a consensualidade na Administração Pública. *Revista Trimestral de Direito Público*, p. 20.

¹⁷ Neste sentido, Carlos Ari Sundfeld: “A regulação é – isso sim – característica de um certo modelo econômico, aquele em que o Estado não assume diretamente o exercício de atividade empresarial, mas intervém

Não nos é possível, portanto, elencar um rol de princípios estruturantes, a exemplo do que fizemos no tópico anterior. Mas, certamente, é possível verificar de que forma manifestam-se as características desse novo perfil econômico do Estado.

Luis Roberto Barroso, com apoio em Norbert Reich, identifica três fases distintas na evolução do Estado, ao longo do século XX.¹⁸

A primeira delas diz respeito à *pré-modernidade*, e está referida ao Estado Liberal, da virada do século XIX para o século XX, caracterizado pela proteção dos direitos dos indivíduos em face do Poder Público. “Estes direitos, em sua expressão econômica mais nítida, traduziam-se na liberdade de contrato, na propriedade privada e na livre iniciativa”.¹⁹

A segunda fase diz respeito à *modernidade*, identificada com o Estado de Bem-Estar Social. “O Estado assume diretamente alguns papéis econômicos, tanto como condutor do desenvolvimento como outros de cunho distributivista, destinados a atenuar certas distorções do mercado e a amparar os contingentes que ficavam a margem do processo econômico”.²⁰

A terceira fase está referida à *pós-modernidade*, onde o Estado encontra-se sob forte crítica. Sua imagem está relacionada com a idéia de ineficiência, desperdício de recursos, morosidade, burocracia e corrupção. No que diz respeito ao cenário econômico, Barroso assinala que, “o Estado perdeu o charme redentor, passando-se a encarar com ceticismo o seu potencial como instrumento do progresso e da transformação. O discurso deste novo tempo é o da desregulamentação, da privatização e das organizações não-governamentais”.²¹

Luis Roberto Barroso observa ainda que: “Não se deve encobrir, artificialmente, a circunstância de que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser nem liberal nem moderno”.²² Com efeito, concordando com o autor, o Brasil nunca chegou a ser liberal, não usufruiu dos benefícios proporcionados pelo Estado de Bem-Estar Social em

enfaticamente no mercado utilizando instrumentos de autoridade. Assim, a regulação não é própria de certa família jurídica, mas sim de uma opção de política econômica.” Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD (Coord.). *Direito administrativo econômico*, p. 23.

¹⁸ Intervenção do Estado na economia. *Revista de Direito Público*, São Paulo, p. 265-280.

¹⁹ Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: MOREIRA NETO (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*, p. 160. Veja-se, também, REICH. Intervenção do Estado na economia: reflexões sobre a pós-modernidade na teoria jurídica. *Revista de Direito Público*, p. 265.

²⁰ *Idem*, p. 160.

²¹ *Ibidem*, p. 160-161.

²² *Ibidem*, p. 161.

outros países, sobretudo no continente europeu, e agora depara-se com a “exigência” de que o Estado não mais atue, de forma direta, no cenário econômico. É o país dos paradoxos. É o país onde em determinados espaços convivem a pré-modernidade, a modernidade e a pós-modernidade. “Tudo ao mesmo tempo agora”, como diria Arnaldo Antunes, em boa síntese da pós-modernidade.

Marçal Justen Filho teceu considerações a respeito da natureza e das características do Estado Regulador que merecem destaque. Para esse autor, o conceito de Estado Regulador está diretamente determinado pela concepção intervencionista do Estado de Bem-Estar Social. “Ao longo do século XX, a ideologia do Estado de Bem-Estar significou a assunção pelo Estado de funções de modelação da vida social. O Estado transformou-se em prestador de serviços e em empresário. Invadiu searas antes reputadas próprias da iniciativa privada, desbravou novos setores comerciais e indústrias, remodelou o mercado e comandou a renovação das estruturas sociais e econômicas”.²³

O Estado de Bem-Estar, segundo o autor, proporcionou uma série de benefícios, tais como o aumento da qualidade de vida, a elevação radical da expectativa de vida-média da população. “Nunca na história se ofereceram benefícios em termos tão democráticos: saneamento, educação, assistência, previdência foram assegurados para todos os cidadãos, em condições de igualdade (ao menos formal)”.²⁴

Porém, os custos financeiros para a manutenção dos benefícios do Estado de Bem-Estar constituiriam um dos fatores que redundaram no fenômeno que se denominou de “crise fiscal”.

A expressão passou a ser utilizada para indicar a situação de insolvência governamental, inviabilizadora do cumprimento das obrigações assumidas e do desenvolvimento de projetos mais ambiciosos.

(...)

A crise fiscal significou não apenas a suspensão de novos e ambiciosos projetos relacionados ao bem comum como também limitações muito mais imediatas. Não mais existiam recursos para manter as conquistas anteriores, os serviços já consolidados, as indústrias vitoriosas. Instaurou-se situação de deterioração dos serviços e estruturas estatais.

(...)

²³ *O direito das agências reguladoras independentes*, p. 17.

²⁴ *Idem*, p. 18.

Esse foi o panorama que incentivou a instauração de novos modelos políticos, inclusive com a configuração de um modelo regulatório de Estado.²⁵

Em apertada síntese, o Estado Regulador caracteriza-se não mais pelo desempenho imediato de funções econômicas, mas pela assunção de funções regulatórias, isto é, “pela utilização da competência normativa para disciplinar a atuação dos particulares”.²⁶

Parece-nos fundamental assinalar que a mudança do modo de atuação do Estado não implica a substituição dos valores fundamentais que devem ser por ele realizados. Caso contrário, não haveria possibilidade de conciliação, entre nós, entre o modelo regulador de Estado e o Estado Democrático de Direito proclamado no Texto Constitucional.²⁷

E essa conciliação se mostra mais do que possível na medida em que o modelo regulador de Estado implica, em primeiro lugar, no reconhecimento de que o Estado brasileiro não tem mais capacidade de realizar, sozinho, os valores fundamentais que constituem os princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito. Dá-se, portanto, no ponto em que nos interessa a “convocação” dos particulares para que, em conjunto com o Estado, venham a assumir o desempenho de determinadas atividades que estão voltadas à *satisfação de necessidades básicas relacionadas a direitos fundamentais*. A prestação de serviços públicos, por exemplo.

De outro lado, porém, a atuação dos particulares não mais se dá com a liberdade que, de forma geral, orienta a sua atuação no exercício de atividades econômicas que lhes são próprias. Ao acatar a “convocação” do Estado, para desempenhar as tarefas que antes eram diretamente realizadas por este, os particulares abrem mão de certa margem de liberdade, assumindo o *dever* de prestá-las adequadamente, sob a regência de um novo regime jurídico.

²⁵ *Ibidem*, p. 19. Sobre o tema, ainda, veja-se o que Maria João Estorninho ensina: “Ao crescimento desmesurado da Administração Pública do Estado Social associam-se fenômenos de grave ineficiência e de aumento da burocracia. Por outro lado, o agravamento das contribuições exigidas aos cidadãos para suportar as despesas crescentes da máquina estadual e a falta de imparcialidade do Estado (para já não falar de fenômenos extremos como os de corrupção) suscitam, cada vez mais, uma reação generalizada de desconfiança e incomodidade do cidadão em face do poder público.” In: *A fuga para o direito privado*: contributo para o estudo da actividade de direito privado na administração pública. O mesmo fenômeno é destacado, também, por Dinorá Grotti: “Na quadra final do século XX o Estado de bem-estar, idealizado durante as últimas décadas, recebe crítica cerrada, identificado com a idéia de ineficiência econômica do setor público e o desperdício de recursos; incapacidade de investimento; o imenso custo, causador de gigantescos endividamentos públicos; insatisfatória qualidade dos serviços prestados, tornando-se o cidadão cativo e sufocado pelo próprio Estado”. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 65.

²⁶ JUSTEN FILHO. *O direito das agências...*, p. 20.

²⁷ *Idem*, p. 21.

Mais uma vez, recorremos a Marçal Justen Filho para esclarecer esse fenômeno:

Produz-se, em suma, uma redução de competências diretas do Estado. Mas essa redução somente pode ser admitida quando acompanhada de uma contrapartida consistente na *funcionalização* de poderes reconhecidos à iniciativa privada. A retirada da atuação direta do Estado não equivale à supressão da garantia de certos valores, mas apenas a modificação do instrumento para tanto. Somente se admite a *privatização* na medida em que existam instrumentos que garantam que os mesmos valores buscados anteriormente pelo Estado serão agora realizados através da atuação da iniciativa privada.

Como assevera um autor, “as tarefas de ‘garantia’ e ‘regulação’ aumentam em medida diretamente proporcional à diminuição da produção ‘direta’ de bens e serviços; quanto mais o Estado se afasta dos fatores de produção, tanto mais deve reforçar as funções orientadas a suprir a supressão das garantias legais inerentes ao sistema de produção pública de bens e serviços”.²⁸

Portanto, a assunção de determinadas atividades pelos particulares não se sujeita ao regime jurídico clássico do liberalismo. Quando a atuação dos particulares for relacionada com a realização de valores fundamentais à comunidade, não se poderá reconhecer a existência de “direitos subjetivos” — se tomada a expressão nas acepções clássicas desenvolvidas durante o século XIX. A atribuição de direitos para exercício de certas atividades é acompanhada de deveres e encargos para os particulares, na exata configuração do instituto da *função*, tal como adiante exposto.²⁹

Desse modo, ainda com apoio em Marçal Justen Filho, é possível identificar quatro características que permitem distinguir o modelo regulatório de Estado do Estado de Bem-Estar.

- a) transferência para a iniciativa privada de determinadas atividades desempenhadas diretamente pelo Estado, dotadas de forte racionalidade econômica, bem como a liberalização de atividades até então monopolizadas pelo Estado, inserindo-as num regime de concorrência;
- b) inversão do instrumento de intervenção; o novo modelo prefere o exercício da competência regulatória, em vez do exercício direto de atividades econômicas;³⁰

²⁸ No mesmo sentido, MARQUES NETO, Floriano Azevedo: “A explicação para esse fenômeno é simples. Aumenta a necessidade regulatória porque, deixando o Estado de ser ele próprio provedor do bem ou serviço de relevância social, tem ele que passar a exercer algum tipo de controle sobre esta atividade, sob pena de estar descuidando de controlar a produção de uma utilidade dotada de essencialidade e relevância.” A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD (Coord.). *Direito administrativo econômico*, p. 75.

²⁹ JUSTEN FILHO. Ob. cit., p. 23.

³⁰ Sobre o tema, consulte-se, também: SALOMÃO FILHO. *Regulação da atividade econômica*: princípios e fundamentos, p. 14; MOREIRA NETO. *Direito regulatório*, p. 72-74.

- c) a concepção regulatória não se limita a atenuar ou eliminar os defeitos do mercado, voltando-se, fundamentalmente, “a propiciar a realização de certos valores de natureza política ou social”;³¹
- d) “institucionalização de mecanismos de disciplina permanente da atividade econômica privada. Passa-se de um estágio de regramento *estático* para uma concepção de regramento *dinâmico*. (...) Como apontam La Spina e Majone, pode configurar-se a regulação ‘como um processo em que interessa não apenas o momento da formulação das regras, mas também aqueles de sua concreta aplicação, e, por isso, não a abstrata mas a concreta modificação dos contextos de atuação dos destinatários’”.³²

As características do Estado Regulador, ou de um modelo regulatório de Estado, são perfeitamente conciliáveis com os princípios que sustentam o Estado Democrático de Direito. Não só no que diz respeito à finalidade última da mudança da forma de atuação do Estado, realização de direitos fundamentais, como também no que diz respeito ao chamamento da iniciativa privada para dar cabo dessa tarefa.

Com efeito, a título de exemplo, a prestação de serviços públicos por parte da iniciativa privada, realiza pelo menos dois princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito. O *princípio democrático* e o *princípio da solidariedade* (Preâmbulo e art. 3º, I, da Constituição de 1988).

2 O serviço público e a promoção de direitos fundamentais

2.1 Direito Administrativo e direitos fundamentais

As idéias a serem desenvolvidas no presente capítulo giram em torno dos princípios que norteiam o Direito Administrativo e que constituem o elemento que lhe outorga unidade.

É clássica, entre nós, a distinção realizada por Alessi, entre *interesse público primário* e *interesse público secundário*. Essas idéias foram magnificamente desenvolvidas por Celso Antônio Bandeira de Mello, ao formular o *regime jurídico administrativo*, cujos pontos centrais seriam os princípios da *supremacia do interesse público sobre o privado* e a *indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos*.³³

Longe de constituir uma verdadeira oposição a esse pensamento, segundo acreditamos, Marçal Justen Filho invoca a *realização dos direitos*

³¹ JUSTEN FILHO. Ob. cit., p. 24.

³² Idem, p. 25.

³³ *Curso de direito administrativo*. 17. ed., p. 45-60.

fundamentais como o eixo principal do Direito Administrativo, conforme se pode perceber a partir da sua definição: “O direito administrativo é o conjunto das normas jurídicas de direito público que disciplinam as atividades administrativas necessárias à realização dos direitos fundamentais e a organização e o funcionamento das estruturas estatais e não estatais encarregados do seu desempenho”³⁴ (destaques nossos e do original).

Mais adiante, o autor explicita de que modo esse elemento finalístico atua como elemento unificador do regime jurídico administrativo, asseverando que a vinculação do direito administrativo à realização de direitos fundamentais dá-se em dois planos distintos:

a) *instrumento de limitação de poderes estatais e não estatais* - “O direito administrativo visa a evitar que a concentração de poderes políticos e econômicos, relacionados com as atividades de satisfação de interesses coletivos, produza o sacrifício da liberdade e de outros valores fundamentais”;³⁵

b) *instrumento jurídico para a realização de direitos fundamentais* - “o direito administrativo tem um compromisso com a realização dos interesses coletivos e com a produção ativa dos valores humanos. Há valores fundamentais a serem realizados, cuja afirmação é inquestionável e cuja produção não pode ser deixada às escolhas individuais e egoísticas. É necessário produzir organizações estatais e não estatais para promover esses valores fundamentais”.^{36 37}

Em suma, não nos parece, como dissemos, que as idéias acima sumariadas sejam antitéticas, mas, sim, complementares. O pensamento de Marçal Justen Filho está em oposição muito mais à péssima utilização do postulado da *supremacia do interesse público sobre o privado*, especialmente pela jurisprudência nacional, por exemplo, quando se pretende proceder a uma ponderação de direitos.

De todo modo, estamos plenamente de acordo com a perspectiva proposta por esse autor, levando em consideração, sobretudo, as premissas metodológicas expostas no início do presente trabalho. De fato, o direito administrativo tem por finalidade dar concretização aos princípios proclamados no Texto Constitucional, notadamente, aqueles versados sob a

³⁴ *Curso de direito administrativo*, p. 1.

³⁵ *Idem*, p. 3.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Essas idéias merecem mais tempo para serem desenvolvidas e não constituem, portanto, objeto do presente trabalho.

forma de direitos fundamentais, que encontram sua síntese no princípio da dignidade da pessoa humana.

2.2 Serviços públicos e direitos fundamentais

Os direitos fundamentais insculpidos no Texto Constitucional estão a demandar concretização. O direito administrativo é um dos instrumentos de que dispõe o Estado para dar cabo dessa tarefa, organizando atividades estatais e não estatais que se encontram voltadas à promoção desses valores fundamentais.

O serviço público constitui atividade estatal de caráter eminentemente prestacional, que deve estar voltada à satisfação de necessidades básicas, compreendidas estas, atualmente, como direitos fundamentais.

A prestação de serviço público tem evidente conteúdo econômico, na medida em que procede a uma organização, “ordenación de medios materiales e personales”,³⁸ a uma reunião de recursos escassos para a satisfação de certas necessidades humanas.

A Constituição Federal, no capítulo reservado à Ordem Econômica, enumera a prestação de serviços públicos como um dos instrumentos colocados à disposição do Estado para dar concretização aos princípios insculpidos nesse tópico que, por sua vez, constituem desdobramentos dos princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito.

Nessa linha de entendimento, Marçal Justen Filho considera que o conceito de serviço público caracteriza-se como um conceito reflexo dos objetivos fundamentais manifestados por uma determinada comunidade. “Deriva do modelo constitucional assumido pela comunidade, inclusive no tocante à função e ao papel que a própria comunidade reserva para si própria. (...) Como instrumento desses fins, organiza-se o poder político e se atribuem poderes jurídicos. A partir daí, configuram-se os serviços públicos, meio de realização de alguns dos fins últimos do Estado.”³⁹

Destacamos, aqui, o art. 3º, I, que estabelece como um dos objetivos da República Federativa do Brasil *garantir o desenvolvimento nacional*, assim definido por Eros Roberto Grau:

Importa incisivamente considerar que, como anotei em outra oportunidade, “a idéia de desenvolvimento supõe dinâmicas mutações e importa em que se

³⁸ GORDILLO. *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2, p. XIII-3.

³⁹ *Teoria geral das concessões de serviço público*, p. 35.

esteja a realizar, na sociedade por ela abrangida, um processo de mobilidade social contínuo e intermitente. O processo de desenvolvimento deve levar a um salto, de uma estrutura social para outra, acompanhado da elevação do nível econômico e do nível cultural-intelectual comunitário. Daí porque, importando a consumação de mudanças de ordem não apenas quantitativa, mas também qualitativa, não pode o desenvolvimento ser confundido com a idéia de crescimento. Este, meramente quantitativo, compreende uma parcela da noção de desenvolvimento.”⁴⁰

No mesmo sentido, Milan Vujisic manifesta importantes desdobramentos do pensamento acima transcrito, notadamente no que diz respeito à promoção de direitos fundamentais como forma de estimular o desenvolvimento da sociedade.

Les services publics recouvrent l'ensemble des activités “prises en charge”, directement ou indirectement, par la collectivité pour répondre à des besoins “vitaux” pour la société: sécurité, police, justice, eau potable, santé, éducation, voies de communication, réseaux de télécommunications, électricité, enlèvements et traitements des déchets etc... Tous ces biens collectifs sont essentiels pour le développement économique (cf: théories de la croissance endogène) mais aussi et surtout pour le développement de la personne humaine et de la cohésion sociale.

2.2.1 Aspecto material do serviço público

A expressão serviço público comporta, pois, a idéia de uma atividade voltada à promoção do desenvolvimento social, à realização de direitos fundamentais que se encontram albergados no núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana.

Esta nos parece uma premissa que pode ser tranqüilamente estabelecida, no que diz respeito ao aspecto material do serviço público. Seja a partir do ponto de vista da concepção clássica de serviço público. Seja sob o prisma das concepções contemporâneas.

De toda sorte, não são todas as atividades econômicas que podem ser consideradas como serviço público. Do ponto de vista puramente material, não haveria como distinguir, muitas vezes, a organização de uma atividade econômica em sentido estrito da prestação de um serviço público.⁴¹ Em ambos os casos, haveria a reunião de recursos materiais e humanos, bem como a sua disposição racional voltada à consecução de um determinado fim.

⁴⁰ *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 2000.

⁴¹ Marçal Justen Filho observa, porém, que os serviços públicos, por tratar de recursos escassos, demandam uma racionalidade econômica muito mais intensa do que as demais atividades. *Teoria geral...*, p. 30.

É, pois, o *elemento finalístico* dessa atividade que determina a sua natureza. Será, portanto, serviço público toda atividade voltada à satisfação de necessidades fundamentais de interesse geral da coletividade, que representem, em última análise, desdobramentos do princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste ponto, é de fundamental importância a referência ao pensamento de Jaime Rodríguez-Arana, tratando do regime jurídico administrativo no Direito Espanhol, a partir da interpretação do art. 103 da Constituição espanhola. Para esse autor, o conceito de *Interesse Geral* sofreu notáveis transformações desde a sua concepção original, em fins do século XVIII, para uma concepção mais aberta, como a que se encontra no art. 103 da Constituição Espanhola, segundo o qual a Administração *serve com objetividade aos interesses gerais*. Assim, opera-se a sensível alteração de valores, a partir de uma perspectiva democrática. Se a Administração é titular de funções e interesses da coletividade, esta deve ser chamada a participar da gestão dos assuntos públicos, sendo que o desempenho das funções administrativas devem estar *impregnadas* desta lógica de serviço permanente aos interesses públicos. A principal característica desta alteração parece residir na posição central de que passa a desfrutar o cidadão. Em consequência disso, “a promoção e defesa de seus direitos fundamentais não é algo que a Administração tenha de tolerar, mas bem, promovê-los incansavelmente”.⁴²

Muito embora a caracterização formal de uma atividade como serviço público, que produz a sua internação no âmbito administrativo dependa, fundamentalmente, de uma manifestação de caráter político — seja através do legislador constituinte, seja através do legislador ordinário —, “as notas que materializam já lá estão; isto é, a actividade em causa já é de interesse geral, já satisfaz certas necessidades colectivas básicas. Ou seja, *há um serviço público objetivo prévio ao serviço público subjetivo*”.⁴³

No mesmo sentido, veja-se o que diz Marçal Justen Filho, tratando do tema sob o prisma do princípio da dignidade da pessoa humana.

Deve reputar-se que o ponto nuclear da distinção entre serviço público e atividade econômica reside na relação entre a necessidade a ser satisfeita e a dignidade da pessoa humana. Quando se alude à satisfação de uma necessi-

⁴² La vuelta al derecho administrativo (a vueltas con lo privado y lo publico). *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, p. 15.

⁴³ *A concessão de serviços públicos*, p. 33.

dade *essencial*, está a se indicar um vínculo de instrumentalidade direta e imediata entre a atividade e a dignidade da pessoa humana. Sempre que uma certa necessidade humana for qualificável como manifestação direta e imediata da dignidade inerente ao ser humano, sua satisfação tenderá a produzir um *serviço público*. Nesses casos, configura-se a *obrigatoriedade* da satisfação de certa necessidade. Portanto, as atividades materiais necessárias ao suprimento dessa necessidade e a titularidade da competência para desempenho serão atribuídas ao Estado.⁴⁴

Parece-nos fundamental, outrossim, assinalar que o serviço público possui nítido caráter de *prestação*. E é justamente este o elemento considerado por Pedro Gonçalves para a definição do conceito de serviço público.

Na nossa opinião, o serviço público, enquanto tarefa ou actividade, refere-se, portanto, a uma *tarefa administrativa*, a uma actividade de que a Administração é titular e por cujo exercício é responsável (*responsabilidade de execução*).

Porém, o serviço público não é qualquer actividade da Administração, sendo antes a qualificação de um certo tipo de tarefas administrativas cujo elemento essencial se encontra no conceito de *prestação*. O serviço público é, pois, uma *tarefa administrativa de prestação*, que não deve confundir-se com outras tarefas da Administração, como sejam as tarefas de *polícia ou regulação de fomento ou promoção*, de *planejamento* ou de *infra-estrutura*.^{45 46}

Em última análise, portanto, o serviço público, no direito brasileiro, deve constituir uma atividade realizada direta ou indiretamente pelo Estado, consistente em uma prestação, *voltada à satisfação de necessidades básicas que possam ser reconduzidas à categoria de direitos fundamentais*, concretizando, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana.

2.2.2 Aspecto formal do serviço público

Uma vez verificada a *publicatio* da atividade que constitui o serviço público, seja através de manifestação constitucional, seja através de manifestação legislativa, tem-se, como consequência necessária a incidência do regime jurídico de serviço público.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, “a submissão a um regime de Direito Público, o regime jurídico-administrativo, é que confere caráter jurídico à noção de serviço público”.⁴⁷

⁴⁴ *Teoria geral...*, p. 30.

⁴⁵ *A concessão...*, p. 36-37.

⁴⁶ No mesmo sentido, MARTÍN REBOLLO. Servicios públicos y servicios de interes general: la nueva concepciones y operatividad del servicio publico en el derecho administrativo español. In: MOREIRA NETO (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*, p. 88.

⁴⁷ *Curso...*, p. 625.

De outro lado, a própria expressão serviço público já exprime um regime jurídico peculiar: “o regime do serviço público é o conjunto de princípios e de normas jurídicas de direito administrativo que regem as atividades de serviço público, cuja aplicação não depende da natureza jurídica do sujeito encarregado da respectiva gestão e exploração”, assinala Pedro Gonçalves.^{48 49}

Não nos deteremos na análise do regime jurídico aplicável ao serviço público. Porém, algumas notas características do seu desenho serão objeto de consideração.

Interessa-nos vincar, neste momento, o fato de que quando se está diante de um serviço público tem-se a organização jurídica de uma determinada atividade econômica, voltada a dar concretização a direitos fundamentais.

Com efeito, não são apenas os recursos materiais e pessoais que são arranjados para esse fim. Mas, também, o indispensável instrumental jurídico que irá disciplinar a prestação do serviço público. Desde o estabelecimento dos objetivos maiores a serem alcançados, passando pelo regime da prestação (estatal ou privada; onerosa ou gratuita), até a definição dos direitos dos usuários que, em última análise, são os destinatários da prestação e os titulares dos direitos fundamentais que deverão ser atendidos.

Portanto, para além de um regime jurídico geral, onde estão esculpidas as regras gerais aplicáveis a todos os serviços públicos (p. ex., a disciplina constitucional e a Lei nº 8.987/95), haverá, também, um regime jurídico especial para cada serviço público.

Nestes termos, pode-se falar em um regime jurídico próprio de um determinado serviço público, que consiste na disciplina jurídica que incide sobre um determinado setor de prestação de serviços. Vejam-se, a título de exemplo, no Brasil, as leis que disciplinam a prestação de serviços de energia elétrica (Lei nº 9.247/96), de telecomunicações (Lei nº 9.472/97), que trataram de instituir, também, as respectivas agências reguladoras e os parâmetros legais que limitam a sua atuação.

A regulação do serviço público cuidará de definir, outrossim, se o serviço será prestado pelo Estado, diretamente, ou pela iniciativa privada, sob a forma de concessão. Irá definir, neste caso, respeitado o art. 16

⁴⁸ *A concessão...*, p. 34.

⁴⁹ Confira-se, também, mais uma vez, o pensamento de Luis Martín Rebollo, que alude a um conceito amplo de serviço público, que se refere ao seu aspecto material, e a um conceito estrito de serviço público, que compreende o seu regime jurídico. *Servicios Públicos...*, p. 89.

da Lei nº 8.987/95, se o serviço será prestado sob regime de monopólio ou de concorrência.

E, como já se asseverou, a disciplina legal tratará de estabelecer, de forma mais minuciosa, os direitos dos usuários. Neste ponto, a legislação que cuida da disciplina de um determinado serviço público estabelecerá o marco jurídico que reconduzirá a prestação à efetiva promoção dos direitos fundamentais que estarão a ser atendidos.

Assim, os direitos do usuário, em última análise, os direitos fundamentais do usuário, permeiam todo o regime jurídico relativo à prestação de serviços públicos, o que permite dizer, em linha de conclusão, que os direitos fundamentais constituem o eixo central em torno do qual gira o regime jurídico do serviço público.

Conclusão

Em conclusão às idéias desenvolvidas anteriormente, de certa forma desordenadas, é possível estabelecer a conciliação entre o Estado Democrático de Direito proclamado na Constituição Federal e o modelo de Estado Regulador, na medida em que os postulados deste se traduzem em instrumentos de realização dos valores erigidos à categoria de princípios estruturantes.

Neste novo contexto, o direito administrativo constitui-se no arcabouço jurídico que permite ao Estado, direta ou indiretamente, buscar a concretização dos valores fundamentais plasmados no Texto Constitucional.

A idéia de serviço público, do mesmo modo, deve ser compreendida sob a perspectiva dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade da pessoa humana.

A atividade de prestação de serviço público pode ser definida a partir do seu elemento material que, ao mesmo tempo, constitui-se no seu elemento finalístico: satisfação de necessidades básicas que possam ser reconduzidas aos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais constituem, verdadeiramente, pois, o eixo central do regime jurídico do serviço público.

Referências

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A segurança jurídica e as alterações no regime jurídico do servidor público. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 198.

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BARROSO, Luis Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado adjetivado e teoria da Constituição. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 3, p. 456-457, 2003.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de direito constitucional (e de teoria do direito)*. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado na administração pública*. Coimbra: Almedina, 1996.
- GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Almedina, 1999.
- GORDILLO, Agustín A. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Macchi, 1991.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A participação popular e a consensualidade na Administração Pública. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 35, p. 20.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.
- MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 75.
- MARTÍN REBOLLO, Luis. Servicios públicos y servicios de interes general: la nueva concepciones y operatividad del servicio publico en el derecho administrativo español. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

REICH, Norbert. Intervenção do Estado na economia: reflexões sobre a pós-modernidade na teoria jurídica. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 23, n. 94, p. 265, abr./jun. 1990.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. La vuelta al derecho administrativo (a vueltas con lo privado y lo público). *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 11-35, abr./jun. 2005.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na Administração Pública: o direito de reclamar*. Rio de Janeiro: São Paulo: Renovar, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 23.

VUJISIC, Milan. *Quel avenir pour les services publics en Europe?* CREG, Versailles. Disponível em: <http://www.creg.ac-versailles.fr/article.php?id_article=111>.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

GARCIA FILHO, José Carlos Cal. Serviço público e direitos fundamentais. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 8, n. 33, p. 11-32, jul./set. 2008.