

# O Estado Social e o Princípio da Subsidiariedade: Reflexos sobre o Conceito de Serviço Público

*Marcel Queiroz Linhares*

Mestrando em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

## SUMÁRIO

- I – Introdução;
- II – As diversas concepções de serviço público;
- III – A historicidade do conceito;
- IV – O espaço da atividade privada e o espaço da atividade pública;
- V – Atividade econômica e serviço público;
- VI – O Estado Social e suas consequências no campo do serviço público;
- VII – O Princípio da Subsidiariedade;
- VIII – O atual papel do Estado brasileiro: o serviço público como instrumento de realização dos objetivos fundamentais de um Estado Social e Democrático;
- IX – Conclusão;
- X – Referências Bibliográficas.

## I. Introdução

Um dos mais tradicionais temas do Direito Administrativo reside na definição do conceito de serviço público, especialmente tendo em vista as dificuldades na caracterização do que vêm a ser as necessidades coletivas essenciais ao desenvolvimento social, a cuja satisfação tal serviço se destina. O problema consiste no fato de que estas necessidades são cambiáveis, variando de acordo com o estágio de desenvolvimento de um povo e com os valores e concepções ideológicas assumidas pelo ordenamento jurídico de um Estado em determinado momento.

Já se antevê, portanto, que a definição de serviço público necessariamente passará pelo reconhecimento do papel atribuído a um Estado em dada época. De fato, os instrumentos e processos de que este se valerá para o atingimento dos fins que lhe são conferidos demarcam o campo de sua atuação, o que delineará, por via reflexa, a área reconhecida e reservada aos particulares. Em suma, a questão envolve a fixação do papel do Estado, a disciplina de

sua atividade e os limites da sua intervenção na ordem privada.

Diante do caráter histórico do conceito, resta pretender traçar os contornos do serviço público, tal como exigido pelas características assumidas atualmente pelo Estado brasileiro. De um lado, uma noção de serviço público deverá ser hábil a dar atendimento às exigências de um Estado Social, com todas as implicações daí decorrentes. Porém, e de outro lado, a demarcação do âmbito do serviço público não poderá deixar de tomar em conta os aspectos negativos que o Estado Providência trouxe à eficiência na prestação daqueles serviços. Em outras palavras, o deslinde da questão não poderá prescindir das contribuições que o princípio da subsidiariedade da intervenção estatal no domínio econômico trouxe na definição do atual papel assumido pelo Estado.

O que se pretende é destacar o caráter subsidiário que o Estado brasileiro deve observar quanto à sua atuação direta no campo econômico. Porém, o princípio deve ser interpretado em conjunto com os compromissos assumidos nas mais diversas áreas, principalmente no que atine à redução das desigualdades sociais e à promoção da dignidade humana, tal como exigido pela Constituição Federal de 1988, de forma que tais objetivos não restem desatendidos.

Na apreciação da questão, o estudo apontará inicialmente as concepções em

que o termo serviço público é usado, advertindo, em seguida, para a historicidade do conceito. O desenvolvimento do tema envolverá a distinção entre os espaços das atividades pública e privada, a fim de possibilitar uma melhor compreensão das áreas reservadas ao serviço público e à atividade econômica. As consequências negativas proporcionadas no campo dos serviços públicos pela adoção de um Estado Social também serão abordadas, assim como as contribuições trazidas pelo princípio da subsidiariedade. Por fim, busca-se apontar o verdadeiro papel a ser desempenhado atualmente pelo serviço público: um instrumento de efetivação dos objetivos fundamentais de um Estado Social e Democrático.

## **II. As diversas concepções de serviço público**

Na busca da definição de um conceito de serviço público, a doutrina tem se valido de três critérios, vale dizer, subjetivo, objetivo e material, deles se utilizando, ora isoladamente, ora em conjunto, na definição do objeto em tela.

Em um sentido orgânico ou subjetivo, ELAINE CARDOSO DE MATOS NOVAIS destaca que a expressão designa um conjunto de agentes e de meios de que dispõe o Poder Público para o fornecimento à coletividade dos serviços a ele indispensáveis.<sup>1</sup> Por sua vez, MARCELLO CAETANO refere-se a uma organização permanente de atividades humanas ordenadas para o desempenho regular de atri-

1. Serviço Público: Conceito e Delimitação na Ordem Constitucional. In CUNHA, Tatiana Mendes (coord.) *Estudos de Direito Administrativo em Homenagem ao Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p.123.

buições de certa pessoa jurídica de direito público.<sup>2</sup>

Já sob um ponto de vista material, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO informa que o serviço público é visto como uma atividade caracterizada pela prestação aos administrados de utilidades ou comodidades materiais que o Estado assume como de sua responsabilidade, vez que se entende como imprescindíveis ou necessárias a conveniências básicas da sociedade em determinada época.<sup>3</sup> MARCELLO CAETANO destaca que esta atividade destina-se à prestação de utilidades concretas aos indivíduos singularmente considerados, com o fim de satisfazer necessidade coletiva individualmente sentida pelos administrados.<sup>4</sup>

Por fim, o serviço público pode ser entendido como um certo regime jurídico, ou seja, um regime jurídico-administrativo, caracterizado pela submissão ao princípio da legalidade; constituição de obrigações por ato unilateral; presunção de legitimidade, auto-executoriedade, unilateral declaração de nulidade e revogabilidade dos atos praticados; continuidade das atividades havidas como públicas, dentre outros.<sup>5</sup> Sob este ângulo, para GASTON JÈZE, afirmar que, em determinada hipótese, está-se diante de um serviço público, equivale a dizer que os agentes públicos podem se utili-

zar dos procedimentos de direito público, a fim de satisfazer determinada categoria de necessidades de interesse geral.<sup>6</sup>

Atribuindo maior ou menor relevo a cada um destes critérios, a doutrina deles se vale na definição de serviço público. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, por exemplo, põe relevo no elemento formal, sem, contudo, abstrair o seu substrato material. Consigna que “serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo”.<sup>7</sup>

Já LÚCIA VALLE FIGUEIREDO expressamente menciona que se vale dos três aludidos critérios, definindo o serviço público como “toda atividade material fornecida pelo Estado, ou por quem esteja a agir, no exercício da função administrativa, se houver permissão constitucional e legal para isso, com o fim de implementação de deveres consagrados constitucionalmente, relacionados à utilidade pública, que deve ser concretizada sob regime prevalente de Direito Público”.<sup>8</sup>

2. *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 1067.

3. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 479.

4. *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 1067.

5. Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 480. *Principios Generales del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1949, p. 4.

7. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 477.

8. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995, pp. 58-59.

Ocorre que, como destaca JEAN RIVERO, apenas no quadro do Estado Liberal estas três noções coincidiam. O autor observa que “Hoje em dia esta coincidência é muito menos freqüente”.<sup>9</sup> Por exemplo, há necessidades coletivas sentidas individualmente pelos particulares que são adequadamente satisfeitas concretamente por empresas privadas atuando no campo da atividade econômica, o que enfraquece o critério material de identificação do serviço público. Daí a dificuldade de definição do que seja serviço público, bem como de eleição de um critério ou critérios que permitam caracterizá-lo.

### **III. A historicidade do conceito**

Como se viu, a idéia de serviço público envolve uma atividade voltada à satisfação de interesses coletivos individualmente sentidos pelos administrados. Ocorre que tais interesses são variáveis ao longo da evolução de determinado Estado.

Por isso, ODETE MEDAUAR destaca que a configuração de determinada tarefa como serviço público exige a análise da concepção política dominante e do papel assumido pelo Estado.<sup>10</sup> Também FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA adverte que o constituinte de 1988 fixou por critérios políticos, vale dizer, tendo em vista o papel assumido pelo

Estado brasileiro, o que deve ser considerado como serviço público. E, tratando-se de um conceito histórico, ressalta que esta opção consagrada pela constituição vigente pode perfeitamente vir a mudar no futuro, do mesmo modo que já não é mais a mesma que existiu no passado; e também aquilo que hoje é considerado serviço público em um dado ordenamento jurídico, pode não o ser em outro.<sup>11</sup> Por isso, GASTON JÈZE ressalta que “se fala única e exclusivamente de serviços públicos quando as autoridades de um país, em determinada época, decidem satisfazer as necessidades de interesse geral mediante o procedimento do serviço público. A intenção dos governantes é a única que se deve considerar”.<sup>12</sup>

Desta forma, um conceito abstrato de serviço público, desligado das variantes históricas de um Estado, pode não apresentar perfeita coerência com o modo pelo qual este Estado houve por bem tratar a disciplina jurídica daqueles serviços. Portanto, no campo dos serviços públicos, não é possível apurar a natureza jurídica de instituições concretas adotando-se, como critério para análise, a experiência jurídica de outros países ou conceitos desligados do substrato fático. Em verdade, o único critério jurídico para solucionar tais conflitos será a preponderância das opções políticas e dos princípios assumidos pela Constituição Federal.

9. *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981, p. 492.

10. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: RT, 1998, pp. 329-330.

11. Aspectos Constitucionais da Concessão de Serviços. In MEDAUAR, Odete (coord.) *Concessão de Serviço Público*. São Paulo: RT, 1995, p. 31.

12. *Principios Generales del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1949, p. 19.

#### **IV. O espaço da atividade privada e o espaço da atividade pública**

FERNANDO HERREN DE AGUILAR<sup>13</sup> destaca que a questão da definição de serviço público encontra sua origem fundamental na delimitação do que constitui atividade própria do Estado e o que é tipicamente reservado à iniciativa privada. Para aquele autor, a distinção entre os campos de atividade estatal e privada deve levar em consideração três fatores.

Primeiramente, há que se ter em mente que não há atividades estatais por natureza ou essência, mas apenas manifestações históricas mais ou menos recorrentes, que são selecionadas pelo observador como típicas de uma dada instituição. As atribuições do Estado são conceitos históricos, admitindo várias concepções.

Depois, a separação entre a esfera do Estado e a dos particulares deve observar a ordem estrutural econômica e política do ente estatal. Isto, porque o modo de produção capitalista, por exemplo, tem determinadas características que o distinguem de outros modos de organização político-econômica, no que atine à posição ocupada pela empresa privada e pelo Estado. Um regime capitalista que não reserve um espaço mínimo de liberdade à iniciativa privada deixará de ser considerado capitalismo. Deve haver, portanto, um mínimo de espaço para a livre iniciativa, a fim de se configurar um regime capitalista, e um mínimo de espaço público, para que exista o Estado.

O mencionado autor destaca que, dentro destas balizas, historicamente, os limites entre tais campos foram colocados nas mais variadas posições, ora em recuo da iniciativa privada em face do interventionismo estatal, ora com o encampamento pela iniciativa privada de atividades até então atribuídas ao Estado, como se vê nos dias de hoje. Nas palavras de FERNANDO HERREN DE AGUILAR, “O objetivo desse embate permanente é levar adiante ou em recuo a linha demarcatória entre o espaço privado e o público, ao sabor das conveniências históricas desse ou daquele grupo em confronto. O resultado dessa luta permanente nunca é definitivo e se manifesta em diversas instâncias da vida social e política”.<sup>14</sup>

Por fim, o autor ressalta que é a lei, em sentido amplo, a responsável pela definição institucional dessa linha demarcatória entre o âmbito das atividades pública e privada. Trata-se do mais explícito mecanismo de afirmação das vitórias políticas travadas no processo social.

#### **V. Atividade econômica e serviço público**

A Constituição de 1988 estabeleceu o sistema capitalista, fundado na propriedade privada dos meios de produção, no livre exercício das atividades econômicas e na abstenção da intervenção do Estado no domínio econômico. Cabe ao Estado a tarefa de disciplinar o exercício da atividade econômica exercida pelos particulares, ad-

13. Controle Social de Serviços Públicos. São Paulo: Max Limonad, 1999, pp. 117/123.

14. Controle Social de Serviços Públicos. São Paulo: Max Limonad, 1999, pp. 121-122.

mitindo-se apenas excepcionalmente que desempenhe de forma direta atividades de natureza econômica, mesmo assim desde que observados determinados princípios.

LUÍS ROBERTO BARROSO ressalta que o princípio da livre iniciativa foi albergado pela Constituição de 1988 como princípio fundamental do Estado Brasileiro.<sup>15</sup> De fato, o art. 170, inc. IV do Texto Constitucional dispõe que “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na *livre iniciativa*, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: ... IV – *livre concorrência*”. Demais disso, o art. 173 da Carta Magna consignou que, “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”. E o seu § 1º determina que a exploração direta da atividade econômica se dará através do mesmo regime jurídico aplicável aos particulares.<sup>16</sup>

É oportuno advertir, tal como o faz EROS ROBERTO GRAU, que o art. 173 do texto constitucional refere-se à atividade econômica em sentido estrito – contraposto à idéia de serviço público – e não um sentido lato, que abarcaria também este último conceito. Para aquele autor, atividade econômica em sentido amplo é um gênero

que comporta duas espécies: a) o serviço público e b) a atividade econômica em sentido estrito. Por isso, é verdade que o serviço público é um conceito que não pode ser diferenciado de modo absoluto da noção de atividade econômica, exatamente porque apresenta, ou pode apresentar, caracteres econômicos. Todavia, é possível diferenciar serviço público de uma concepção mais restrita de atividade econômica, onde o caráter preponderante reside no capital (lucro) e não no trabalho (atividade).<sup>17</sup>

Indo avante, pacificou-se o entendimento de que a intervenção direta do Estado no domínio econômico, ou seja, desempenhando atividade econômica em sentido amplo, faz-se sob duas modalidades. Ou o Estado desempenha atividade econômica em sentido estrito ou presta serviços públicos. E tal distinção se faz relevante à medida que, havendo regimes jurídicos diversos aplicáveis a um e outro casos, a atuação do Estado que implique exercício da atividade econômica em sentido estrito não se subordina à mesma disciplina prevista para o desempenho de serviço público.

De um lado, MARÇAL JUSTEN FILHO aponta que a atividade econômica em sentido estrito é regida pela racionalidade econômica, objetivando o lucro, segundo o princípio do utilitarismo. Funda-se na utilização especulativa da pro-

15. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 147.

16. Em verdade, a atuação direta do estado na atividade econômica está submetida basicamente ao regime de direito privado, o que não afasta a incidência de algumas normas e princípios de direito público, tal como observa Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 495.

17. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 138.

priedade privada, de forma a dar atendimento aos interesses dos particulares. Rege-se pelos princípios da exploração empresarial, da livre iniciativa e da livre concorrência. Pressupõe a liberdade dos agentes econômicos para a organização dos fatores de produção, objetivando a obtenção de resultados não fixados pelo Estado e a apropriação do lucro.<sup>18</sup>

De outro lado, RENATO ALESSI destaca que o serviço público implica a idéia de uma prestação que possui como objetivo principal o interesse público na sua realização. Primeiro porque a prestação de serviço público deve representar o elemento essencial da relação, em confronto com o correspективo por parte do utente do serviço. Depois porque a realização da prestação deve ter por objetivo imediato e direto a satisfação de necessidades individuais de importância coletiva, independentemente de qualquer interesse subjetivo patrimonial a um eventual correspективo.<sup>19</sup> E a necessidade de dar atendimento a estes interesses, cuja supremacia se impõe aos dos particulares, justifica a adoção de um procedimento de direito público, como observa GASTON JÈZE,<sup>20</sup> caracterizado por um regime jurídico administrativo, marcado pelos atributos já apontados acima.

A consequência prática da distinção é relevante: se uma atividade econômica em sentido amplo é serviço público, então ela somente pode ser desempenhada de acor-

do com as restrições e privilégios que caracterizam o regime jurídico administrativo. De outra parte, se uma atividade econômica em sentido amplo não é serviço público, configurando atividade econômica em sentido estrito, a ela não se pode atribuir tal regime jurídico.

Aparentemente, a distinção dos regimes jurídicos poderia afigurar-se simples. Bastaria identificar os conceitos de atividade econômica em sentido estrito e de serviço público. Porém, o problema reside precisamente na dificuldade em diferenciar os dois conceitos apontados.

Recordando-se os critérios de identificação do serviço público tratados mais acima, o aspecto material pretende apontar uma natureza essencial aos serviços públicos. Segundo LÉON DUGUIT, "serviço público é toda atividade cujo desempenho deve ser regulado, assegurado e controlado pelos governantes, porque o desempenho dessa atividade é indispensável à realização da interdependência social e de tal natureza que não pode ser assumido senão pela intervenção da força governante".<sup>21</sup> Ocorre que há serviços públicos que não possuem esse caráter de essencialidade ou generalidade.<sup>22</sup> Isto porque o direito positivo pode determinar que certos serviços sejam enquadrados como públicos, de acordo com conveniências e escolhas restritas a determinada época ou circunstâncias. Daí originou-se corrente oposta, no sentido de

18. *Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 57.

19. *Principi di Diritto Amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1978, pp. 471-472.

20. *Principios Generales del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1949, p. 4.

21. Conforme Fernando Herren de Aguilar. *Controle Social dos Serviços Públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 119.

22. Conforme Marçal Justen Filho. *Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 58.

se utilizar um critério *formal* de identificação do serviço público. Seriam serviços públicos aqueles submetidos ao regime jurídico a ele peculiar. Conforme ressalta GASTON JÈZE, há serviço público quando as autoridades de um país decidem satisfazer as necessidades de interesse geral por um procedimento de Direito Público.<sup>23</sup> Assim, para o autor não interessaria a opinião dos juristas acerca do acerto do legislador quanto da eleição de determinada atividade à categoria de serviço público. Ocorre que esta concepção acarreta uma espécie de liberação do legislador, que não teria limites para transformar em serviço público aquilo que bem entendesse. Por isso, a preocupação da doutrina em adotar um conceito material-formal, que defina serviço público a partir de certos caracteres, porém, sem desconsiderar a disciplina adotada pelo Direito Positivo.<sup>24</sup> A isto acrescentou-se um caráter subjetivo, vale dizer, a atribuição ao Estado do desempenho de certa atividade pode, muitas vezes, produzir um serviço público.

Seja como for, há peculiaridades no direito constitucional brasileiro que não

podem ser olvidadas. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO<sup>25</sup> esclarece que, de fato, é o Estado que, por meio do Poder Legislativo, erige ou não em serviço público determinada atividade debaixo de um regime de direito público, *desde que respeitados os limites constitucionais*. Afora os serviços públicos mencionados na Carta Constitucional, outros podem ser assim qualificados, enquanto não sejam ultrapassadas as fronteiras constituídas pelas normas relativas à ordem econômica, as quais são garantidoras da livre iniciativa. É que a exploração da atividade econômica, em sentido estrito, assiste aos particulares e não ao Estado. Este apenas em caráter excepcional poderá desempenhar-se empresarialmente nesta órbita.

Ocorre que o Texto Constitucional não define o que seja atividade econômica em sentido estrito. Em consequência, remanesce ao legislador ordinário um certo campo para qualificar determinadas atividades como serviços públicos, no que, indiretamente, gizará por exclusão a área das atividades econômicas.<sup>26</sup>

23. *Principios Generales del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1949, p. 19.

24. Por todos, confiram-se Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 477/481; Lúcia Valle Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 59; Marçal Justen Filho. *Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 58; Elaine Cardoso de Matos Novais. *Serviço Público: Conceito e Delimitação na Ordem Constitucional*. In *Estudos de Direito Administrativo em Homenagem ao Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Max Limonaia, 1996, pp. 144-145.

25. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 487.

26. Obviamente, o problema da imposição de limites ao legislador infraconstitucional na criação de novos serviços públicos, para além daqueles já previstos na Carta Magna, somente assume relevância para os que admitem tal possibilidade. Em sentido contrário, Fernando Herren de Aguilar afirma que “constitucionalmente não são dados poderes à União, Estados, Distrito Federal e Municípios para designar inovadoramente qualquer atividade econômica como serviço público, mesmo que por via legislativa”. Para este autor, não há um conceito constitucional de serviço público, o qual pudesse ser observado pelo legislador infraconstitucional na definição de novos serviços. E isto poderia indevidamente restringir o âmbito da esfera de atividade reservada aos particulares. Demais disso, o autor entende que a elevação de determinada atividade econômica à categoria de serviço público, para além das hipóteses constitucionalmente previstas, representaria ofensa ao art. 173 da Constituição, o qual exige a

CELSO ANTÔNIO observa que "a noção de atividade econômica não é rígida; não se inclui entre os conceitos chamados teóricos, determinados. Antes, encarta-se entre os que são denominados conceitos práticos, fluidos, elásticos, imprecisos ou indeterminados. Sem embargo, como propriamente observam os especialistas no tema do direito e linguagem, embora tais conceitos comportem uma faixa de incerteza, é certo, entretanto, que existe uma zona de certeza positiva quanto à aplicabilidade deles e uma zona de certeza negativa quanto à não aplicabilidade deles. Vale dizer, em inúmeros casos ter-se-á certeza de que individualmente se estará perante 'atividade econômica', tanto como, em inúmeros outros, individualmente, não se estará perante 'atividade econômica'"<sup>27</sup>.

Enfim, há certos serviços que a) devem ser serviços públicos e b) outros que não podem ser serviços públicos. Entre estes dois extremos é que existem determinados serviços que podem ser erigidos à categoria de serviço público pelo legislador ordinário.

Em resumo, o reconhecimento há de ser feito à luz dos critérios e padrões vigentes em dada época e sociedade, de acordo com a intelectoção que nela se faz do que sejam o âmbito da livre iniciativa e a esfera das atividades existenciais à sociedade em um dado momento e, por isso mesmo, devem ser prestadas pelo próprio Estado ou criatura sua mediante serviços públicos.

ODETE MEDAUAR destaca que, "Saber quando e por que uma atividade é considerada serviço público remete ao plano da concepção política dominante, ao plano da concepção do Estado e seu papel. É o plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei e na tradição".<sup>27</sup>

Neste contexto, o serviço público assume um aspecto instrumental, no sentido que se presta como meio hábil à realização dos fins da comunidade. Sob esse ângulo, definir serviço público pressupõe configurar e dimensionar o Estado e os valores jurídicos fundamentais. Cada comunidade, nas diversas circunstâncias de sua trajetória, constrói seu conceito de serviço público, tendo em vista as tarefas e encargos que transcendem o indivíduo e o interesse particular. A comunidade, quando define os objetivos fundamentais da existência estatal, estabelece fins a serem realizados. E como instrumento de consecução destes 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.

## VI. O Estado Social e suas consequências no campo do serviço público

Consolida-se após a Segunda Guerra Mundial o Estado Social, cuja missão é a

adoção do regime jurídico de direito privado por parte do Estado, quando este houver por bem atuar diretamente na atividade econômica entendida em seu sentido estrito. Pretendendo atuar no campo econômico através dos instrumentos privilegiados de direito público, bastaria ao Estado, ao invés de submeter-se aos limites impostos pelo aludido art. 173, transformar determinada atividade em serviço público. *Controle Social dos Serviços Públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999, pp. 130/134.

27. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: RT, 1998, pp. 329-330.

busca da igualdade social, antes garantida apenas em seu aspecto formal. Para atingir este escopo, o Estado deve intervir na ordem econômica e social para ajudar os menos favorecidos; a preocupação maior desloca-se da liberdade para a igualdade. Há uma preocupação com o bem comum, em substituição ao individualismo do Estado liberal.

Adicione-se a isto a passagem do Estado monoclasse liberal ao Estado pluriclasse. Com a ampliação do direito de voto às mais diversas classes sociais, e não mais apenas às classes privilegiadas, também os interesses daquelas classes passam a contar com representantes junto ao Poder Legislativo, o que leva à positivação dos valores e aspirações destes grupos sociais.

O crescimento dos chamados direitos sociais e econômicos ampliou desmesuradamente o rol das atribuições estatais, transformando-o em Estado prestador de serviços, em Estado empresário, em Estado investidor, com uma ação intervintiva que conduz à ineficiência dos serviços públicos. De fato, houve um acréscimo da máquina administrativa (burocratização) e dos setores em que o Estado é chamado a atuar, que acabou por levar à ineficiência do Estado prestador de serviços, agravada pela crise financeira enfrentada pelos países da América Latina.

Assim, a exigência de um Estado que agisse nos campos social e econômico para assegurar a justiça social, levou à exacerbação de suas atividades e à saturação de sua

capacidade operacional, inviabilizando a realização deste objetivo inerente ao Estado Social de Direito: assegurar o bem comum, pela realização dos direitos sociais e individuais nos vários setores da sociedade.

## VII. O Princípio da Subsidiariedade

É neste contexto que desponta o princípio da subsidiariedade, assumindo importância fundamental na definição do Estado moderno. Trata-se de princípio consagrado pela Constituição Federal de 1988, como observa MARÇAL JUSTEN FILHO.<sup>28</sup> MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO destaca algumas idéias inerentes ao aludido princípio:<sup>29</sup> o respeito aos direitos individuais, pelo reconhecimento de que a iniciativa privada tem primazia sobre a iniciativa estatal; em consonância com essa idéia, o Estado deve abster-se de desempenhar atividades que o particular tem condições de exercer por sua própria iniciativa e com seus próprios recursos; em consequência, sob esse aspecto, o princípio implica uma limitação à intervenção direta estatal na atividade econômica em sentido amplo. De outro lado, o Estado deve fomentar, coordenar, fiscalizar a iniciativa privada, de tal modo a permitir aos particulares, sempre que possível, o sucesso na condução de seus empreendimentos. E uma terceira idéia ligada ao princípio da subsidiariedade seria a de parceria entre público e privado, também dentro do objetivo de subsidiar a iniciativa privada, quando ela seja eficiente.

28. *Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 55.

29. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 1999, pp. 24/31.

A mencionada autora ressalta que o princípio da subsidiariedade está na própria base da nova concepção do Estado de Direito Social e Democrático, ou seja, de um Estado em que os direitos fundamentais do homem já não mais constituem apenas uma barreira à atuação do Estado, tal como se viu no Estado liberal, mas constituem a sua própria razão de ser. Cabe a este promover, estimular, criar condições para que o indivíduo se desenvolva livremente e igualmente dentro da sociedade.

Para o princípio da subsidiariedade, toda atividade tem por escopo auxiliar no desenvolvimento dos componentes do corpo social. A ordem social deve ser encarada pelo princípio da função subsidiária: indivíduo, família e instituições coexistem de forma que o Estado, como consequência da evolução das exigências do indivíduo, somente intervirá quando o indivíduo não puder realizar-se com suas próprias forças.

Dentre as várias tendências apontadas por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO<sup>30</sup>, decorrentes do aludido princípio, destaca-se a idéia de diminuir o tamanho do Estado, através do instrumento da privatização. Isto por motivos financeiros, jurídicos e políticos. Sob o ângulo financeiro, buscou-se diminuir os gastos públicos com empresas estatais deficitárias, cujos riscos financeiros eram suportados pelo Estado. Sob o aspecto jurídico, desejou-se retornar às formas de gestão privada dos

serviços públicos, sem os controles excessivos e os formalismos próprios da administração centralizada. Politicamente, a presença da inspiração neoliberal exigia a substituição do Estado pela iniciativa privada, por ser ela mais apta a gerir atividades econômicas.

Além destas características, MÁRCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO ressalta o caráter ideológico da privatização, relacionado com o papel do Estado moderno. Assim, a privatização pode ser entendida como “uma forma de definição ideológica do próprio Estado, buscando a revisão de seu papel”. Nesta perspectiva, a “privatização questiona o papel do Estado de bem-estar, redimensiona as intervenções do Estado, evocando uma limitação de seu papel na busca da redefinição da fronteira entre as atividades públicas e privadas”.<sup>31</sup>

De fato, é inegável a influência do princípio da subsidiariedade sobre o papel do Estado moderno. Como observa MARCELLO CLARICH, “privatizar as empresas públicas significa redefinir o âmbito das relações entre Estado e mercado. E, como ocorre em qualquer relação de complementariedade, se muda a configuração de um dos elementos do conjunto – isto é, a estrutura do mercado não mais caracterizada pela presença das empresas públicas –, muda necessariamente a configuração do elemento complementar – isto é, a estrutura do Estado que renuncia ao papel de empresário”.<sup>32</sup>

30. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 27.

31. *Sociedade de Economia Mista & Empresa Privada: Estrutura e Função*. Curitiba: Juruá, 1999, p. 158.

32. Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 28.

## VIII. O atual papel do Estado brasileiro: o serviço público como instrumento de realização dos objetivos fundamentais de um Estado Social e Democrático

Mais acima, destacou-se que o princípio da subsidiariedade exige que a atuação direta do Estado na atividade econômica, entenda em sentido amplo, demande prova específica da incapacidade do mercado de resolver internamente o problema da satisfação dos interesses coletivos.

Assim, permaneceriam a cargo do Estado as atividades que lhe são próprias como ente soberano, e por isso consideradas indelegáveis ao particular (segurança, defesa, justiça, relações exteriores, legislação, polícia) e deveriam ser orientadas pelo princípio da subsidiariedade as atividades sociais (educação, saúde, pesquisa, cultura, assistência) e econômicas (industriais, comerciais e financeiras), exercidas apenas supletivamente pelo Estado, quando a iniciativa privada for deficiente.<sup>33</sup>

Aqui são aplicáveis as palavras de MÁRCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO, para quem “ao Estado devem ser legadas as atividades de interesse social e que estejam, ou devam estar, destituídas do interesse lucrativo. Ora, se não deve prevalecer o interesse lucrativo, não há como justificar a manutenção da participação privada na

composição do capital do empreendimento”.

Vale ressaltar que a adoção deste modelo também traz reflexos na redefinição das fronteiras entre Estado e sociedade. De fato, a tarefa providencial não restaria mais limitada ao Estado, podendo ser pulverizada no corpo social, diminuindo-se as fronteiras que separam o interesse coletivo e a busca do lucro ou os serviços públicos e as atividades privadas. Por isso, aquela autora destaca que os encargos e tarefas de cunho social deixariam de ser incumbência exclusiva da ineficiente máquina estatal, para ser devolvidas aos particulares. Restariam reservados ao Estado apenas os serviços essenciais ou de natureza especialíssima, que não pudessem ser realizados adequadamente pela iniciativa privada.<sup>34</sup>

Como se vê, não se confunde o Estado subsidiário com o Estado mínimo. Neste, o Estado só exerce as atividades essenciais, deixando tudo o mais para a iniciativa privada, dentro da idéia de liberdade individual do Estado Liberal. Já no Estado subsidiário, este exerce as atividades típicas de Poder Público e também as atividades sociais e econômicas que os particulares não consigam desempenhar a contento no regime da livre iniciativa e livre competição.

Em verdade, o Estado moderno sofre uma ampliação dos seus fins e uma redução dos meios de que dispõe para alcançar seus objetivos. Na medida do possível, os meios restariam no domínio dos particula-

33. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 29.

34. *Sociedade de Economia Mista & Empresa Privada: Estrutura e Função*. Curitiba: Juruá, 1999, p. 169.

res, segundo os princípios da livre concorrência, do livre exercício da atividade econômica, das leis de mercado, enquanto que os fins seriam definidos e exigidos pelo Estado.

Sob este ângulo, pode-se dizer que a satisfação de necessidades coletivas por meio de um procedimento de direito público para além daquelas hipóteses já previstas constitucionalmente deverá guardar atenção ao princípio da razoabilidade. O princípio exige que a adoção do procedimento do serviço público seja hábil a atingir os objetivos a que se destina. Demais disso, tal opção deverá ser exigível, de forma que se trate do meio menos lesivo aos interesses dos particulares, e que não haja outro meio menos gravoso. Por fim, exige-se que a opção pelo procedimento do serviço público não produza mais malefícios a um bem jurídico igualmente tutelado do que os benefícios decorrentes da adoção daquele procedimento. Quanto a isto, é oportuno observar lição de JUAREZ DE FREITAS,<sup>35</sup> o qual ressalta que há violação ao princípio em comento quando, tendo dois valores legítimos a sopesar, o administrador prioriza um em detrimento ou sacrifício exacerbado de outro. Comum que haja sacrifícios na aplicação do direito, no entanto, o erro está em realizar o sacrifício excessivo de um direito em benefício de outro.

JEAN RIVERO<sup>36</sup> também destaca a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade dos meios aos fins como critério para definir em que medida devem

ser empregadas normas de direito público ou de direito privado, na definição do regime jurídico da gestão das atividades econômicas desempenhadas pelo Estado. Para o autor, a adoção do regime de direito público se fará quando este procedimento for o mais adequado para atingir os fins buscados pelo Estado.

Por fim, LUÍS ROBERTO BARROZO ressalta que o princípio da razoabilidade deve ser utilizado na interpretação constitucional e exige que a atuação estatal seja adequada aos meios e fins admitidos no Texto Constitucional, de forma que não haja violação a valores expressa ou implicitamente previstos na Constituição.<sup>37</sup> Assume o princípio a função de adequação que deve haver entre os valores albergados no Texto Constitucional.

O que se pretende dizer é que a noção de serviço público deve sopesar tanto a necessidade de atingimento dos valores a que se comprometeu o Estado Social, como a necessidade de uma atuação subsidiária deste no campo econômico. Há que se ponderar valores, a fim de que a ação do Estado preserve o campo de atuação dos particulares, somente intervindo no campo econômico quando seja essencial à realização dos valores de um Estado Social e Democrático de Direito.

## IX. Conclusão

O princípio da subsidiariedade traz como tendência atual redução das tarefas

35. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 57.

36. *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981, p. 501.

37. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 207.

atribuídas ao Estado. Mas as perspectivas de redução da sua intervenção no domínio econômico devem ser enfocadas segundo a dimensão dos princípios jurídicos essenciais. O Estado é necessário e indispensável como instrumento de realização dos valores fundamentais. Caberá a ele promover a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e do pluralismo político, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais, a fim de construir uma sociedade justa, livre, solidária. Em outras palavras, o Estado deve concentrar seus esforços e recursos na medida em que isto se torne necessário à realização satisfatória destes princípios, diante da prova de que a iniciativa privada demonstrou-se incapaz de alcançá-los.

Logo, produz-se uma redução sensível da intervenção direta do Estado no domínio econômico, deixando aos particulares a realização dos interesses jurídicos que estes puderem alcançar por iniciativa e recursos próprios. Mas isso não significa recusar ao Estado competência para intervenções indiretas, desenvolvidas no plano da disciplina jurídica e da promoção político-social. Além do mais, o Estado deve desempenhar ativa e pessoalmente as atuações referidas aos valores essenciais, fundamentais, em que a iniciativa privada demonstra-se incapaz.

Configura-se um Estado que participa diretamente da atividade econômica em sentido amplo apenas à medida em que isto se torne indispensável à realização do pa-

pel que lhe é atribuído. Em outras palavras, JUAREZ DE FREITAS defende a busca por "um Estado essencial, sem significar um Estado reduzido. Ao revés, longe do Estado mínimo assim como do Estado máximo, o Estado essencial busca o tamanho viabilizador do cumprimento de suas funções, nem mínimas, nem máximas, simplesmente essenciais".<sup>38</sup>

## X. Referências Bibliográficas

- AGUILAR, Fernando Herren. *Controle Social de Serviços Públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- ALESSI, Renato. *Princípi di Diritto Amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1978.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Aspectos Constitucionais da Concessão de Serviços Públicos. In *Concessão de Serviço Público*. São Paulo: RT, 1995.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. V. II, Coimbra: Almedina, 1991.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 1999.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997
- . *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- JÈZE, Gaston. *Principios Generales de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessão de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 1999.

38. O Estado essencial e o regime de concessões e permissões de serviços públicos. In *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 33.

- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: RT, 1998.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. Malheiros, 1999.
- NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. Serviço Públco: Conceito e Delimitação na Ordem Constitucional. In *Estudos de Direito Administrativo em Homenagem ao Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Max Limonad, 1996.
- RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981.