

FELIPE BARCAROLLO

**ESTADO, SERVIÇOS PÚBLICOS E TRIBUTAÇÃO:
UMA ABORDAGEM A PARTIR DOS CUSTOS DOS DIREITOS
SOCIAIS E DO DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR IMPOSTOS**

São Leopoldo

2006

FELIPE BARCAROLLO

**ESTADO, SERVIÇOS PÚBLICOS E TRIBUTAÇÃO:
UMA ABORDAGEM A PARTIR DOS CUSTOS DOS DIREITOS
SOCIAIS E DO DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR IMPOSTOS**

Dissertação Final apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

Orientador: Prof. Dr. José Luis Bolzan de Moraes

São Leopoldo

2006

TERMO DE APROVAÇÃO

Este panorama, porém, vai alterar-se significativamente à medida que os direitos fundamentais deixam de ser apenas os clássicos direitos de liberdade (camada ou geração liberal) e passam a integrar também os direitos de participação política (camada ou geração democrática), os direitos (a prestações) sociais (camada ou geração social) e os direitos “ecológicos” (camada ou geração “ecológica”). Ora, todos esses direitos, se por um lado, como direitos que são, exprimem exigências do indivíduo face ao estado, assim alargando e densificando a esfera jurídica fundamental do cidadão, por outro lado, também limitam de algum modo essa mesma esfera através da convocação de deveres que lhes andam associados ou coligados.

José Casalta Nabais

RESUMO

Os serviços públicos, enquanto instrumentos para a realização de políticas públicas, desempenham papel de relevo no Estado Democrático de Direito insculpido na Constituição Federal brasileira de 1988, sobretudo pelas expressas disposições concernentes aos direitos sociais. No contexto da desestatização, a Reforma do Estado representa a migração do modelo burocrático ao gerencial de Administração Pública. Neste íterim, a execução de parcela dos serviços públicos incumbe à iniciativa privada, sob a chancela e outorga do Estado. Na atual conjuntura histórica, agravada pela incapacidade de a Administração Pública responder às crescentes demandas sociais, os direitos são sobrepujados aos deveres fundamentais. No entanto, esquece-se que os custos para a implementação dos direitos fundamentais sociais requerem financiamento público, através da espécie tributária imposto, sob o enfoque do dever fundamental de pagar impostos. O imposto, no contexto do Estado Democrático de Direito, representa requisito intransponível, *conditio sine qua non* para a implementação, efetividade e concretização das políticas públicas, instrumentalizadas através dos serviços públicos.

Palavras-chave: serviços públicos - políticas públicas - dever fundamental - direitos fundamentais sociais - Estado de impostos - Estado de taxas.

ABSTRACT

Public services, as instruments to implement public policies, play a major role in the Democratic Rule of Law written in the Federal Constitution of Brazil, of 1988, above all through the specific provisions concerning social rights. In the context of privatization, State Reform represents the migration from the bureaucratic to the managerial model of Public Administration. During this period, the implementation of part of the public services becomes the task of private enterprise under the signature and concession of the State. In the current historical situation, worsened by the Public Administration's lack of capacity to respond to growing social demands, rights are placed above fundamental duties. However, it is forgotten that the costs of implementing fundamental social rights require public funding, through taxation, from the perspective of the fundamental duty to pay taxes. Tax, in the context of the Democratic Rule of Law, is an insurmountable requirement, *conditio sine qua non*, for implementation, effective use and execution of public policies instrumentalized through public services.

Key-words: public services - public policies - fundamental social rights - fundamental duty - tax State - rates State.

SUMÁRIO

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	8
2 OS SERVIÇOS PÚBLICOS NA EVOLUÇÃO DO ESTADO	15
2.1 Do Estado Liberal ao Estado Social: a contextualização dos serviços públicos	19
2.2 O nascimento do conceito de serviços públicos no direito francês.....	27
2.3 O ideário dos serviços públicos à luz da dogmática jurídica e do texto constitucional brasileiro de 1988	35
2.4 Crise ou evolução da noção de serviços públicos?.....	49
3 A REFORMA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL	62
3.1 A mudança de estratégia de atuação do Estado: a Administração Pública Gerencial	67
3.2 A outorga dos serviços públicos à iniciativa privada	76
3.3 (Algumas) formas de outorga dos serviços públicos à iniciativa privada.....	83

4 O DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR IMPOSTOS COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS	98
4.1 A implementação dos direitos sociais no contexto do mínimo existencial: o perfil liberal-individualista do direito tributário pátrio...	101
4.2 O Estado Democrático de Direito e os custos dos direitos sociais: compatibilizando a prestação de serviços públicos com o dever fundamental de pagar impostos	118
4.3 Estado de impostos ou Estado de taxas?	138
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	151
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	160

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os serviços públicos desempenham papel de fundamental relevo no contexto do Estado Democrático de Direito, porquanto consistem em meios ou instrumentos para a viabilização dos direitos sociais, os quais devem ser implementados para a concretização do modelo de Estado preconizado pela Carta Constitucional brasileira de 1988.

A promulgação da atual Carta Constitucional trouxe novos desafios à Administração Pública, sobretudo pela vasta previsão de direitos sociais, se comparado ao Texto Constitucional de 1969, vigente à época do regime autoritário brasileiro.

Do Estado Liberal ao Social, notáveis e significativas foram as mudanças em prol do reconhecimento dos direitos sociais, através da previsão, a título exemplificativo, dos direitos à saúde, à educação, à segurança, afinal, à dignidade da pessoa humana, consoante preconiza o artigo 1º, III, da Carta Cidadã de 1988.

No entanto, com o advento da nova fase da globalização, mormente pela competitividade internacional e pela volatilidade dos mercados, ocorrida na década de 90 do século XX, notáveis foram as mudanças de perspectiva de atuação do Estado, que migrou da Administração Pública Burocrática à Gerencial, sob o fundamento de reordenar sua posição estratégica, transferindo à iniciativa privada atividades então executadas pelo Poder Público, para, afinal, definir a ação estatal como adstrita a determinadas tarefas.

Neste contexto de desestatização, em que os serviços públicos, dado o seu caráter de não-exclusividade, foram outorgados à iniciativa privada, uma série de questionamentos são trazidos à baila, a exemplo do papel do tributo na consecução de políticas públicas, diante da notória dificuldade de o Estado fazer frente às demandas sociais crescentes.

A concretização dos direitos sociais, através das políticas públicas, torna-se possível através dos meios ou instrumentos de que disponibiliza o Estado: os serviços públicos. Destarte, para a implementação de políticas públicas, que garantam aos cidadãos os direitos sociais elencados na Carta Constitucional de 1988, necessário se faz o financiamento estatal, através do papel/função do imposto no contexto do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Diante disto, o problema que busca enfrentar o presente trabalho concerne à crescente dificuldade financeira de o Estado Democrático de Direito

concretizar os direitos sociais através de políticas públicas, instrumentalizadas pelos serviços públicos, sobretudo pela dimensão que o legislador constitucional outorgou aos direitos sociais inscritos na Carta Cidadã de 1988 e pela “invisibilidade” no tocante aos deveres fundamentais, dentre os quais destaca-se o dever fundamental de pagar impostos.

Destarte, o objetivo central da presente produção intelectual concentra-se, pois, no dever fundamental de pagar impostos como requisito intransponível para a implementação de políticas públicas, com vistas à concretização da justiça e da solidariedade sociais.

Para tanto, tendo em vista o relevante papel que os serviços públicos, enquanto instrumentos para a concretização das políticas públicas, exercem no Estado Democrático de Direito, o capítulo 2 versa sobre os aspectos gerais concernentes aos serviços públicos, contextualizando-os na evolução do Estado.

Após breve esboço introdutório acerca da evolução dos serviços públicos, realiza-se estudo sobre o seu nascimento no direito francês, destacando-se a posição do instituto à luz da doutrina de Léon Duguit, considerado por expressiva parcela da doutrina como o fundador da Escola do Serviço Público.

Investiga-se também o ideário dos serviços públicos à luz do Texto Constitucional brasileiro de 1988, bem como da doutrina, nacional e

estrangeira, que se ocupa do tema. Cumpre mencionar que não é unísono o entendimento acerca dos serviços públicos, sobretudo pelas mudanças de perspectiva que o instituto sofreu quando da migração do perfil burocrático de Estado à Administração Pública Gerencial, em que a concepção subjetiva, principalmente, sofreu transformação. Tal estado de coisas traz um questionamento à doutrina: verifica-se, neste contexto, crise ou evolução da noção de serviços públicos?

No terceiro capítulo, busca-se cotejar a mudança de estratégia de atuação do Estado – do modelo burocrático ao gerencial, sob a égide da Reforma do Estado, motivada pela globalização e pela emergência dos blocos econômicos sobre o poder soberano dos estados.

Esta mudança de perfil do Estado veio a projetar a desestatização das atividades até então desempenhadas pelo Poder Público, ou seja, a outorga dos serviços não-exclusivos, que não requerem o exercício do poder extroverso¹ do Estado, à iniciativa privada, a quem incumbe o desenvolvimento das atividades empresariais.

Dada a nova forma de atuação do Estado, centrada no viés gerencial, com vistas a reordenar a posição estratégica da Administração Pública e concentrar

¹ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin (Orgs.). *Reforma do estado e administração pública gerencial*. 6.ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2005, p. 28. Para o autor, o poder extroverso significa “o poder de impor leis e impostos à sociedade civil, ou seja, a um grupo organizado de cidadãos, que não é parte integrante direta do Estado, mas que, simultaneamente, é objeto de poder do Estado e fonte da legitimidade do governo.”

os esforços em certas atividades (fundamentais às prioridades nacionais, na esteira do artigo 1º, V, da Lei n. 9.491/97) é que tem início a outorga dos serviços públicos ao setor privado, sob a égide de legislação específica, com vistas ao gerenciamento, à fiscalização e à regulação dos serviços públicos pelo Estado. Outrossim, destaca-se que, com o advento da Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004, foram criadas as Parcerias Público-Privadas (PPP), uma nova forma de contratação entre o Poder Público e o setor privado.

Por final, o capítulo 4 culmina por apresentar a espécie tributária imposto como condição de possibilidade ou fundamento suficiente para o enfrentamento das demandas sociais, diante das quais o Estado encontra-se paulatinamente incapacitado de oferecer resposta a contento à população.

No transcurso do capítulo 4, procurar-se-á investigar a função do imposto, enquanto espécie tributária, no contexto do Estado Democrático de Direito brasileiro, bem como os custos dos direitos sociais, mediante a defesa de um Estado de impostos.

Busca-se afirmar o papel fundamental do imposto enquanto instrumento indispensável para a concretização do Estado Democrático de Direito, sobretudo pela necessidade de financiamento das políticas públicas viabilizadoras dos direitos fundamentais sociais em um contexto de amplas e profundas desigualdades, como ocorre no Brasil.

Sustenta-se, ainda, o dever fundamental de pagar impostos – no contexto de um Estado de impostos – dada a sua finalidade extrafiscal e ubíqua – como mecanismo de (re)distribuição de rendas, que prima pela capacidade contributiva e possibilita a concretização da justiça e solidariedade sociais.

O enfrentamento da temática que permeia a presente Dissertação – Estado, Serviços Públicos e Tributação – adota o método hermenêutico, ou seja, busca-se ventilar aspectos pontuais de Direito Público à luz do caráter extrafiscal e ubíquo do imposto, tomando-se como estratégia a reconstrução do saber tradicional aplicado à espécie, marcando-o pelo caráter transformador e compromissário do Estado Democrático de Direito brasileiro.

O trabalho encontra-se vinculado à linha de pesquisa Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, bem como afetado às atividades de pesquisa do Professor Doutor José Luis Bolzan de Moraes, orientador da presente dissertação, no tocante à disciplina de Tributação e Políticas Públicas, por este ministrada.

Salienta-se que o presente estudo não tem a pretensão de esgotar assunto de tamanha envergadura – Estado, Serviços Públicos e Tributação – porquanto trata-se de temática deveras complexa, que necessita ser permanentemente estudada, no afã de construir uma sociedade justa e solidária, à luz dos ditames constitucionais.

É nesta perspectiva que o trabalho toma corpo, no sentido de perquirir o papel e a evolução que os serviços públicos, enquanto instrumentos para a concretização de políticas públicas, exercem no contexto do Estado Democrático de Direito, ressaltando-se a fundamental importância exercida pelo imposto, enquanto espécie tributária, na implementação dos direitos fundamentais sociais inscritos na Carta Cidadã brasileira de 1988.

2 OS SERVIÇOS PÚBLICOS NA EVOLUÇÃO DO ESTADO

A pedra de toque do Direito Administrativo contemporâneo, em especial no tocante à noção de serviços públicos, diz respeito à paulatina investida que a iniciativa privada vem realizando em seara que, outrora, era de domínio do Estado. Nesta ordem de idéias, verifica-se a ampla mobilidade e o grande espaço que o fenômeno da desestatização vem ocupando na atual quadra histórica, transferindo-se aos particulares atividades então desempenhadas, em caráter preponderante, pelo Poder Público.

A grande revolução ocorrida na seara dos serviços públicos advém da Reforma do Estado, mormente pela Administração Pública Gerencial engendrada no Brasil a partir dos anos 90 do século XX, também conhecida como a “nova administração pública”.² Corolário lógico da globalização,³

² PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin (Orgs.). *Reforma do estado e administração pública gerencial*. 6.ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2005, p. 7.

³ VILA-CHÃ, João J. A globalização: aspectos teóricos e implicações práticas. *Revista Portuguesa de Filosofia*, Braga, vol. 59, jan./mar. 2003, p. 6. Neste ensaio, o autor tece as seguintes considerações sobre os efeitos da globalização na sociedade: “No seu uso mais *substantivo*, o termo *globalização* refere-se a processos e a práticas concretas, historicamente constituídas, determinantes das circunstâncias globais em que nos encontramos. No seu uso puramente *conceptual*, o termo *globalização* destina-se essencialmente a servir de instrumento descritivo dos principais aspectos organizativos referentes ao mundo na sua globalidade, ou seja, das principais linhas de estruturação do mundo em sua configuração histórica.” Mais adiante, o autor, na página 14, leciona: “Que a *globalização* tem uma dimensão eminentemente

inequívocos são os ajustes nas estruturas do Estado, decorrentes da desestatização, em que “todo o bloco soviético e grande parte do mundo em desenvolvimento são influenciados por pressões para a estabilidade de grandes macroeconomias e redução do envolvimento direto do Estado na economia”.⁴

Cumprido sinalar-se que o modelo de Estado no Brasil, na esteira de Luís Roberto Barroso, “chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser nem liberal nem moderno”.⁵ Já Tércio Sampaio Ferraz Junior destaca que o modelo

cultural torna-se particularmente óbvio se olharmos para a enorme quantidade de pessoas que hoje no mundo se podem considerar como *consumidores* de bens culturais exportados, por exemplo, pelos Estados Unidos da América, sobretudo no que diz respeito a materiais produzidos pela indústria do Cinema e da TV. Ou ainda, veja-se a enorme e quase incompreensível influência que os meios de comunicação social exercem sobre o modo como as pessoas se comportam, ou seja, nos seus modos de estar-no-mundo; e que dizer do efeito que essa importação de cultura tem no que se refere aos *valores* pelos quais as pessoas, consciente ou inconscientemente, regem ou acabam por reger, as suas vidas?”

⁴ DEZALAY, Yves; TRUBEK, David M.. A reestruturação global e o direito: a internacionalização dos campos jurídicos e a criação de espaços transnacionais. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 30.

⁵ BARROSO, Luís 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, p. 160-161. No ensaio em relevo, o autor realiza breve esboço histórico do Estado – do perfil liberal ou mínimo à desestatização, destacando, ao final, que o Estado Brasileiro chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser nem liberal nem moderno, *in litteris*: “O Estado atravessou, ao longo do século que vem de se encerrar, três fases diversas e razoavelmente bem definidas. A primeira delas, identificada como pré-modernidade ou *Estado liberal*, *exibe um Estado de funções reduzidas, confinadas à segurança, justiça e serviços essenciais. É o Estado da virada do século XIX para o XX. Nele vivia-se a afirmação, ao lado dos direitos de participação política, dos direitos individuais, cujo objeto precípua era o de traçar uma esfera de proteção das pessoas 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.* Na segunda fase, referida como *modernidade* ou Estado Social (*welfare state*), iniciada na segunda década do século que se encerrou, 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 à margem do progresso econômico. Novos e importantes conceitos são introduzidos, como os de função social da propriedade e da empresa, assim como se consolidam os chamados *direitos sociais*, tendo por objeto o emprego, as condições de trabalho e certas garantias aos trabalhadores. A quadra final do século XX corresponde à terceira e última fase, a *pós-modernidade*, que encontra o Estado sob crítica cerrada, densamente identificado com a idéia

de Estado formatado pela Constituição Federal brasileira de 1988 encontra-se impregnado por uma perspectiva de justiça social.⁶

Neste diapasão, porquanto o Direito está intimamente atrelado à forma de Estado em determinado contexto histórico-temporal, inolvidável que os serviços públicos, enquanto instrumentos para a concretização de políticas públicas, sofre(ra)m sucessivas transformações no curso da história.

Assim é que a noção de serviço público possui maleabilidade ao sabor das circunstâncias históricas, através das contingências sociais, políticas e econômicas que permeiam a sociedade, mormente pela mudança de papéis do Estado, tendo em vista a sua migração do modelo liberal à perspectiva social. Por isto é que nenhuma noção ou intento de conceituação de serviço público terá caráter absoluto, pois todas são genéricas, descritivas e tendenciosas.⁷

de ineficiência, desperdício de recursos, morosidade, burocracia e corrupção. Mesmo junto a setores que o vislumbravam outrora como protagonista do processo econômico, político e social, o Estado perdeu o charme redentor, passando-se a encarar com ceticismo o seu potencial como instrumento de progresso e de transformação. O discurso deste novo tempo é o da desregulamentação, da privatização e das organizações não-governamentais. No plano da cidadania, desenvolvem-se os direitos ditos *difusos*, caracterizados pela pluralidade indeterminada de seus titulares e pela indivisibilidade de seu objeto. Neles se inclui a proteção ao meio ambiente, ao consumidor e aos bens e valores históricos, artísticos e paisagísticos. Não se deve encobrir, artificialmente, a circunstância de que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser nem liberal nem moderno. De fato, no período *liberal*, jamais nos livramos da onipresença do Estado. A sociedade brasileira, historicamente, sempre gravitou em torno do *oficialismo*.”

⁶ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Notas sobre contribuições sociais e solidariedade no contexto do estado democrático de direito. In: GODOI, Marciano Seabra de; GRECO, Marco Aurélio (Coord.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 220-221. Assevera o autor: “Consagrando valores-fim, a Ordem Social, na CF/88, visa à justiça social. Esta expressão permite-nos delinear o público e o privado no espaço da sociabilidade. Entendemos por espaço da sociabilidade aquela esfera híbrida, na qual os interesses privados assumem importância pública. Trata-se de uma instituição da era moderna, cuja raiz primordial, a unicidade da humanidade, o lugar em que o processo vital comum se organiza publicamente.”

⁷ MALJAR, Daniel Edgardo. *Intervención del estado en la prestación de servicios públicos*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L., 1998, p. 18.

Cumpre salientar que a intensidade na prestação dos serviços públicos sofreu notável acréscimo quando o Estado migrou do modelo liberal ao social, momento em que o Poder Público deu primazia à implementação de políticas públicas, conforme leciona Manuel García-Pelayo:

El concepto de *Welfare State* se refiere capitalmente a una dimensión de la política estatal, es decir, a las finalidades de bienestar social; es un concepto mensurable en función de la distribución de las cifras del presupuesto destinadas a los servicios sociales y de otros índices, y los problemas que plantea, tales como sus costos, sus posibles contradicciones y su capacidad de reproducción, pueden también ser medidos cuantitativamente. En cambio, la denominación y el concepto de Estado social incluyen no sólo los aspectos del bienestar, aunque éstos sean uno de sus componentes capitales, sino también los problemas generales del sistema estatal de nuestro tiempo, que en parte pueden ser medidos y en parte simplemente entendidos. En una palabra, el *Welfare State* se refiere a un aspecto de la acción del Estado, no exclusiva de nuestro tiempo – puesto que el Estado de la época del absolutismo tardío fue también calificado como Estado de bienestar-, mientras que el Estado social se refiere a los aspectos totales de una configuración estatal típica de nuestra época.⁸

A importância dos serviços públicos é tão relevante que a doutrina afirma que o instituto permeia todo o Direito Público, formatando-se a Administração Pública pelo conjunto de serviços públicos à disposição dos cidadãos. Para Antonio Martínez Marin, os serviços públicos legitimam e fundamentam o governante em suas ações, porquanto todas as regras do Direito Público têm por fundamento ou justificativa a noção de serviço público, *in verbis*:

⁸ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. 2.ed. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 14.

Y no sólo es Gaston Jèze quien reconoce al servicio público como piedra angular del Derecho público y del administrativo de modo especial. Léon Duguit lo repite de nuevo: <<La noción de servicio público domina todo el Derecho público, ya se trate de funciones, de órganos o de cosas>>. Es la manifestación coherente y obvia del genio bordelés, para quien el Estado – pura abstracción – no debía ser sino <<una cooperación de servicios públicos organizados y controlados por los gobernantes>>, y dado que el Derecho público es el que regula al Estado, la conclusión también sólo podía ser la referida: si el Estado debe ser un conjunto de servicios públicos, el Derecho de aquél no es otro que el de éstos.⁹

Destarte, pela importância e evolução que a noção de serviços públicos tem sofrido desde o seu surgimento, necessário se faz traçar breve esboço sobre a trajetória do instituto, considerado como a pedra angular do Direito Administrativo por Gaston Jèze.¹⁰ Antes de se adentrar na temática dos serviços públicos na França, mister se faz breve contextualização do evoluir do instituto na história e no Estado.

2.1 Do Estado Liberal ao Estado Social: a contextualização dos serviços públicos

Destaca Gilberto Bercovici que a migração do Estado Liberal ao Social é paulatina, ou seja, deve-se às sucessivas mutações sofridas pelas políticas liberais no curso da história.¹¹ Nesta ordem de idéias, o Direito também sofreu

⁹ MARÍN, Antonio Martínez. *El buen funcionamiento de los servicios públicos*. Madrid: Tecnos, 1990, p. 23-25.

¹⁰ JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1946, p. 65.

¹¹ BÉRCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, estado e constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 50.

modificações, anunciando a implementação das políticas públicas do Estado, no escopo de reduzir as desigualdades sociais e regionais, o que se encontra assegurado na Carta Constitucional brasileira de 1988.

A compreensão “*protoliberal de estado mínimo*, atuando apenas para garantir a *paz e a segurança*”,¹² implicou em limitar os papéis do Estado Liberal, garantindo-se, exclusivamente, a defesa da esfera individual. Com isto, o Liberalismo tem como pressuposto a idéia de limites da ação estatal frente à liberdade de iniciativa do indivíduo.

O Estado Social, ao revés do Estado Mínimo ou *État Gendarme*, possui como norte a idéia de justiça social, fruto da alteração significativa ocorrida no seio do Estado quando da migração do modelo liberal ao social, o que veio a desencadear a necessidade em perseguir políticas públicas em prol da sociedade.

No Estado Liberal, o papel da Administração Pública cingia-se a garantir ao cidadão a manutenção da ordem e da segurança sociais. O valor fundante nesta fase residia na liberdade de ação individual. Neste sentido, o Liberalismo possui como diretrizes “a idéia dos direitos econômicos e de propriedade, individualismo econômico ou sistema de livre empresa ou capitalismo. Seus

¹² STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 50.

pilares têm sido a propriedade privada e uma economia de mercado livre de controles estatais”.¹³

A distância existente entre Estado e sociedade, típica do Liberalismo, concebia dois sistemas estanques e autônomos, o que compreende uma inibição do Estado frente aos problemas econômicos e sociais. Eis as considerações que Manuel García-Pelayo tece acerca da relação Estado e sociedade:

El Estado era concebido como una organización racional orientada hacia ciertos objetivos y valores y dotada de estructura vertical o jerárquica, es decir, construida primordialmente bajo relaciones de supra y subordinación. Tal racionalidad se expresaba capitalmente en leyes abstractas (en la medida de lo posible sistematizadas en códigos), en la división de poderes como recurso racional para la garantía de la libertad y para la diversificación e integración del trabajo estatal, y en una organización burocrática de la administración. Sus objetivos y valores eran la garantía de la libertad, de la convivencia pacífica, de la seguridad y de la propiedad, y la ejecución de los servicios públicos, fuera directamente, fuera en régimen de concesión.

La sociedad, en cambio, era considerada como una ordenación, es decir, como un orden espontáneo dotado de racionalidad, pero no de una racionalidad previamente proyectada, sino de una racionalidad immanente, que se puede constatar y comprender – puesto que la razón humana subjetiva es isomórfica con la constitución de la razón objetiva, del logos de las cosas -, una racionalidad expresada en leyes económicas y de otra índole, más poderosas que cualquier ley jurídica, y una racionalidad, en fin, no de estructura vertical o jerárquica, sino horizontal y sustentada capitalmente sobre las relaciones competitivas, a las que se subordinaban las otras clases o tipos de relaciones.[...] Lo importante para nosotros es que, bajo tales supuestos, el Estado, organización artificial, ni debía, ni a la larga podía, tratar de modificar el orden social natural, sino que su función habría de limitarse a asegurar las condiciones ambientales mínimas para su funcionamiento

¹³ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 55.

espontáneo y, todo lo más, a intervenir transitoriamente para eliminar algún bloqueo a la operacionalización del orden autorregulado de la sociedad. De esto modo, el Estado y la sociedad eran imaginados como dos sistemas distintos, con regulaciones autónomas y con unas mínimas relaciones entre sí.¹⁴

Denota-se que o papel exercido pelo Estado Liberal era negativo, ou seja, o perfil minimalista do Poder Público prestava-se a atuar na esfera da segurança individual. Do contrário, estar-se-ia ferindo a liberdade, o que tolheria o pleno desenvolvimento do homem, impedindo-o de gozar das mais altas liberdades, típicas do Liberalismo.¹⁵

O Estado Liberal de Direito, também denominado Estado Não-Intervencionista, Estado Burguês, Estado Guarda-Noturno, Estado Mínimo ou *État Gendarme*, consistia em modelo que protegia o mínimo existencial, ou seja, imunizava-se, da incidência tributária, a parcela mínima para garantir a dignidade humana, muito embora o Estado estivesse despreocupado como a

¹⁴ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. 2.ed. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 21-22.

¹⁵ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. vol. II. 5.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2004, p. 702-703. O Liberalismo, na esteira de Bobbio, Matteucci e Pasquino, é assim descrito: “O Liberalismo ocidental apresenta-se unicamente como metapolítico e pré-partidário (B. Croce), uma vez que se tornou patrimônio de outros movimentos políticos e que ninguém mais coloca em discussão as estruturas do Estado liberal-democrático: não pode deixar de apelar para o ideal do império da lei e da anarquia dos espíritos (Einaudi). Todavia, viu-se na necessidade de oferecer uma resposta à questão social, isto é, ao desafio do socialismo, quando este o acusava de ser defensor de liberdades meramente ‘formais’, enquanto a grande maioria da população não usufruía de liberdades ‘substanciais’, lógico pressuposto ou condição essencial para as primeiras. O Liberalismo lutara fundamentalmente pelas liberdades *de* (isto é, de religião, de palavra, de imprensa, de reunião, de associação, de participação no poder político, de iniciativa econômica para o indivíduo, e consequentemente reivindicara a não interferência por parte do Estado e a garantia para estes direitos individuais, civis e políticos. O enfoque atual é orientado para as liberdades *do* ou *da* (isto é, da necessidade, do medo, da ignorância), e para atingir estas finalidades implícitas na lógica universalista do Liberalismo renunciou-se ao dogma da não-intervenção do Estado na vida econômica e social.”

implementação de políticas públicas.¹⁶

A transição ocorrida do Estado Liberal ao Social deve-se ao fato de o Estado deixar de ser apenas o poder soberano formal para ser o principal responsável pelo direito à vida, concretizado mediante a implementação dos direitos sociais. Assim destaca Gilberto Bercovici:

Com o advento do Estado Social, governar passou a não ser mais a gerência de fatos conjunturais, mas também, e sobretudo, o planejamento do futuro, com o estabelecimento de políticas a médio e longo prazo. Com o Estado Social, o *government by policies* vai além do mero *government by law* do liberalismo. A execução de políticas públicas, tarefa primordial do Estado social, com a conseqüente exigência de racionalização técnica para a consecução dessas mesmas políticas, acaba por se revelar muitas vezes incompatível com as instituições clássicas do Estado Liberal.¹⁷

¹⁶ TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 22-23. Ricardo Lobo Torres assim destaca os papéis do Estado Liberal: “De feito, proíbe-se a incidência de impostos sobre a parcela *mínima necessária à existência humana digna*, que, estando aquém da capacidade econômica e constituindo reserva de liberdade, limita o poder fiscal do Estado. A *imunidade aos impostos*, que já começara a ser defendida pelos cameralistas, adquire maior vigor com a doutrina liberal e a teoria da tributação progressiva: Hume: *‘taxes be laid on gradually and affect not the necessities of life’*; Montesquieu: *‘on jugea que chacun avoit un nécessaire physique égal; que ce nécessaire physique ne devoit point être taxe’*. A imunidade do mínimo existencial protege também contra a incidência de *taxas remuneratórias de prestações estatais positivas*: a Constituição brasileira de 1824 garantia os ‘socorros públicos’ (art. 179, 31) e dizia que ‘a instrução primária é gratuita a todos os cidadãos’ (art. 179, 32); a Constituição portuguesa de 1826 também assegurava os socorros públicos (art. 29) e a instrução primária gratuita (art. 30), da mesma forma que a francesa de 1791. Revela acentuar que a assistência social gratuita aos pobres, apoiada no mecanismo da *imunidade de taxa*, foi objeto de longa elaboração legislativa e doutrinária: na Inglaterra sobressaiu o *Poor Law Amendment Act (1834)*, com extensa regulamentação no sentido de distinguir entre indigência e pobreza, ao fito de limitar a obrigatoriedade do auxílio estatal aos indigentes, que eram os incapazes de obter meios para a sobrevivência, ao contrário dos pobres, que poderiam conseguir recursos pelo trabalho. Mas nessa fase inicial do capitalismo e do liberalismo era muito rígido o tratamento dado à pobreza, especialmente aos trabalhadores assalariados, cujos problemas deveriam obter solução de mercado e que não mais mereciam o elogio dos filósofos, agora deslocado para a classe rica.”

¹⁷ BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, estado e constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 51.

Dada a mutação ocorrida na passagem do Estado Liberal ao Social, modificaram-se profundamente as perspectivas e papéis do Estado. De mero mantenedor da paz e da segurança dos indivíduos, nítida filosofia do Estado mínimo, defensor das liberdades negativas, outorgando ampla liberdade de iniciativa ao cidadão, percebeu-se, paulatinamente, movimento migratório do Estado rumo à assunção de tarefas públicas, o que significa a mudança de perfil do Estado, que passou a primar pela justiça social no enfrentamento da então nomeada “questão social”.

A partir de então, o Estado Social passa a disponibilizar aos cidadãos uma série de serviços públicos, em nítida expansão de sua atividade prestacional positiva. Destarte, inaugura-se a justiça social no âmbito do Estado, o que significa a instauração das liberdades positivas, típicas do Estado do Bem-Estar Social ou *Welfare State*. A mudança havida no projeto do Estado Mínimo significa “um novo espírito de ajuda, cooperação e serviços mútuos”¹⁸ à disposição da coletividade.

O papel desempenhado pelo Estado Social traz uma nova categoria de direitos aos indivíduos – direitos sociais –, mormente pela profunda revisão do *État Gendarme* ou do absentéismo estatal. Neste sentido, Rogério Gesta Leal afirma que a sociedade hodierna pugna por um maior empenho do Poder Público na prestação de políticas públicas, *in litteris*:

¹⁸ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 60.

A Sociedade Industrial que se forma, enseja demandas sociais diferenciadas – eminentemente urbanas –, bem como a realização de grandes obras e serviços públicos, fazendo com que o Estado se afigure como um grande fornecedor de bens materiais e assistenciais, principalmente visando a gerenciar as profundas e tensas relações e conflitos sociais advindos do modelo de produção e concentração de capital e riqueza, e face do conseqüente processo de marginalização e exclusão social das categorias sociais menos privilegiadas.

Este ciclo histórico, progressivamente, vai impondo ao Estado outras missões e fins até então descartados pelo Estado Liberal de Direito, exigindo do Poder Público o atendimento às demandas comunitárias cada vez mais crescentes. Os problemas sociais que surgem aqui, bem como a falta de capacidade de resolução por parte dos particulares, impulsionam a reflexão sobre o alargamento dos deveres estatais para muito além de suas atribuições de garantir, simplesmente, uma ordem jurídica estável e proporcionadora de relações sociais da mesma natureza.

[...]

Passam então os Poderes Públicos instituídos a avocar, para si, a responsabilidade de uma tutela política mais eficaz, de natureza mais coletiva e indeterminada no âmbito das satisfações econômicas básicas de sua população, e uma gradativa intervenção ou direção na vida econômica dos setores produtivos, com o objetivo explícito de reajustar e mitigar os conflitos nas estruturas sociais respectivas.¹⁹

Do Estado Liberal ou Mínimo, realizador de tarefas negativas, restritas à proteção da segurança e da ordem sociais, através do seu grau zero de intervenção, em que à propriedade eram outorgadas as prerrogativas absolutas do uso, gozo e disposição, surge, com o advento do Estado Social, a exigência funcional da propriedade, em que é sopesada, de forma preponderante, a função produtiva da terra, ao revés da perspectiva liberal, que tornava absoluto o título formal da propriedade.²⁰

¹⁹ LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 68-69.

²⁰ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 67.

O papel interventivo/promocional do Estado Social encontra suporte nos serviços públicos enquanto instrumentos para a concretização de políticas públicas, disponibilizadas aos cidadãos como fruto das conquistas sociais. Na esteira de Bobbio, Matteucci e Pasquino, o Estado do Bem-Estar presta-se a garantir “tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo o cidadão, não como caridade mas como direito político”.²¹

O Estado Social e sua natureza nitidamente interventiva tem como pressuposto a prestação de políticas públicas como ação positiva do Estado, o que vem a garantir a idéia de justiça e de solidariedade sociais. Ao tecer considerações sobre o Estado Social, Gilberto Bercovici destaca que este “fundamenta e consolida a unidade política materialmente, tornando-se o *locus* da luta de classes”.²²

As políticas públicas características do Estado Social trazem consigo a necessidade de implementação dos serviços públicos como instrumento para a concretização dos direitos fundamentais sociais, objetivando a transformação da sociedade em prol do bem comum, com vistas à difusão da dignidade da pessoa humana, diretriz de fundamental importância no contexto do Estado Democrático de Direito.

²¹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. vol. I. 5.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2004, p. 416.

²² BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, estado e constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 53.

É nesta perspectiva que a temática ora perquirida – serviços públicos – exsurge como uma estratégia para o Estado, que passa de mero protetor da segurança e da ordem em sociedade a promovedor da justiça e da solidariedade sociais, no escopo de tornar efetivo o caráter promocional e interventivo do Estado Social, diminuindo-se as desigualdades e privilegiando o mais basilar valor do ser humano: a sua dignidade.

2.2 O nascimento do conceito de serviços públicos no direito francês

O ideário que norteia o Estado francês imprime aos serviços públicos papel de grande destaque, alçando-os ao patamar de elemento fundamental do Poder Público. Outrossim, os serviços públicos ocuparam, durante largo período da história, a própria idéia de soberania estatal.

A doutrina francesa atinente à Escola do Serviço Público, de Léon Duguit, traz o questionamento acerca do significado que o vocábulo encerra. Afinal, está-se a tratar dos serviços públicos ou do serviço público? Tanto no plural quanto no singular, a expressão encerra o mesmo sentido.²³

²³ CHRÉTIEN, Patrice; DUPUIS, Georges; GUÉDON, Marie-José. *Droit administratif*. 6.ed. revue. Paris: Dalloz, 1999, p. 476. Na referida obra, os autores assim referem: “<<Les>> services publics ou <<le>> service public? Au pluriel ou au singulier, l’expression, on le devine, n’a pas exactement le même sens. Sans parler de ce qu’elle peut avoir propos, une question préalable se pose: <<de quoi parle-t-on lorsqu’on emploie l’expression de service public?>> Pour situer les réponses possibles, le rapport au Premier ministre de la mission présidée par Renaud Denoix de Saint-Marc (vice-président du Conseil d’État) constate que <<par un glissement verbal, on passe aisément [...] du service public, principe unificateur, aux services publics, activités précises considérées une à une, puis aux organismes chargés de les fournir: le même mot désigne un concept général, un grand secteur comme l’énergie, une entreprise comme Électricité de France>>. Si l’on veille à bien distinguer, apparaissent donc, d’une part,

O primeiro indício do desenvolvimento do conceito de serviço público surgiu na França, com Léon Duguit. Tal categoria jurídica passou a ser paulatinamente construída pela jurisprudência administrativa francesa, através do Conselho do Estado, bem como pela construção ideológica da Escola do Serviço Público.

É com Léon Duguit que os serviços públicos adquirem força perante o Estado, eis que a noção do instituto substitui o próprio conceito de soberania como um dos pilares do Direito Público.²⁴

O mais consagrado precedente envolvendo a temática dos serviços públicos está albergado no caso *Blanco*, julgado pelo Tribunal de Conflitos na data de 8 de fevereiro de 1873. No julgado em relevo, o genitor de Agnès

des services publics aux modalités d'organisation très diverses, d'autre part, ce que le même rapport appelle la <<**doctrine juridique du service public**>>. L'essentiel de la doctrine tient en deux affirmations. Selon ce rapport, il est supposé qu'«à l'origine de tout service se trouve un *besoin* reconnu par la collectivité, que l'initiative privée ne parvient pas à satisfaire». Ensuite, il est admis que <<ce sont les pouvoirs publics qui veillent à (sa) satisfaction>>. Ce qui signifie qu'il s'agit d'une doctrine accordant <<une place centrale aux pouvoirs publics nationaux et locaux>>: <<Ce sont eux qui décident qu'une activité a le caractère de service public... eux qui décident d'en régler les conditions d'exécution... eux, enfin, qui contrôlent cette exécution>>. Quelques grands principes s'imposent bien pour la fourniture du service: continuité, égalité, adaptabilité; mais aussi neutralité, transparence, ou (pour les services publics organisés sous la forme d'un établissement public) spécialité. Il n'empêche que l'ensemble se veut <<très plastique>>. Rien ne saurait entraver <<l'adaptation de l'organisation des services publics à toutes sortes de changements dans la technique, l'économie et la société>>."

²⁴ DUGUIT, Léon. *Las transformaciones del derecho público y privado*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1975, p. 27. Nesta obra, Duguit salienta: "La noción del servicio público sustituye al concepto de soberanía como fundamento del Derecho público. Seguramente esta noción no es nueva. El día mismo en que bajo la acción de causas muy diversas, cuyo estudio no nos interesa en este momento, se produjo la distinción entre gobernantes y gobernados, la noción del servicio público nació en el espíritu de los hombres. En efecto, desde ese momento se ha comprendido que ciertas obligaciones se imponían a los gobernantes para con los gobernados y que la realización de esos deberes era a la vez la consecuencia y la justificación de su mayor fuerza. Tal es esencialmente la noción de servicio público. Lo nuevo es el lugar preferente que esta noción ocupa hoy en el campo del Derecho, y la transformación profunda que por tal camino se produce en el Derecho moderno."

Blanco pleiteava indenização em desfavor da Administração Pública francesa, em virtude de um vagonete da Companhia Nacional de Manufatura do Fumo haver atropelado sua filha. Eis o relato de Georges Vedel e Pierre Devolvé, a partir do *arrêt Blanco*:

Une jeune enfant, Agnès Blanco, avait été blessée par un wagonnet qui circulait entre deux bâtiments de la manufacture des tabacs de Bordeaux. Par la voie d'un arrêté de conflit élevé devant le tribunal civil, la question de savoir si l'action en indemnité intentée par le père de la victime relevait de la compétence administrative ou de la compétence judiciaire fut soumise au Tribunal de Conflits. Celui-ci se prononça pour la compétence administrative [...].

L'arrêt retenait essentiellement que les dommages avaient leur source dans l'activité d'un *service public* et c'est en raison de cette relation avec le service public que la compétence du juge administratif devait être préférée. En même temps, l'arrêt formulait l'idée célèbre que la responsabilité des dommages causés par les services publics devait être réglée par des principes autonomes distincts de ceux édictés par le Code Civil pour les rapports de particulier à particulier. D'un seul trait, l'arrêt énonçait ainsi un *critère de compétence*, le service public, et affirmait l'*autonomie du juge administratif et du droit administratif* par rapport au droit privé.²⁵

Outra parcela da doutrina afirma ser exacerbada a importância dada ao *arrêt Blanco*, porquanto à época em que o fato se desencadeou, a noção de serviço público era muito incipiente. Somente trinta anos mais tarde tal julgado veio a ser objeto de estudos, com a obra *La responsabilité de la puissance publique*, de G. Teissier, em 1906. Na obra *Grands Services Publics*, Lachaume, Boiteau e Pauliat também mencionam o célebre caso Blanco, *in litteris*:

²⁵ DELVOLVÉ, Pierre; VEDEL, Georges. *Droit administratif*. t. I. 12.ed. Paris: PUF, 1992, p. 110-111.

La jurisprudence, quant à elle, utilisa et utilise beaucoup la notion. La référence au service public dans le célèbre arrêt *Blanco* [...] et l'on sait que cette décision par l'utilisation – pour ne pas dire la manipulation – qui devait en être faite par le commissaire du gouvernement Teissier [...], devint l'arrêt symbole du service public même s'il apparaît, aujourd'hui, que l'expression <<service public>> était, à l'époque, largement synonyme de celle de <<puissance publique>> et, qu'en conséquence, l'arrêt *Blanco* ne possédait probablement pas le caractère révolutionnaire dont il fut crédité [...].²⁶

Assim é que a teoria do serviço público adquire relevo nos anos 30 do século XX, na etapa denominada de intervencionismo público, sistematizada por Léon Duguit e Gaston Jèze, surgindo, assim, a Escola do Serviço Público, também denominada Escola Realista ou de Bordeaux.

O serviço público, em Léon Duguit,²⁷ é concebido como fundamento da Teoria do Estado, um conjunto de atividades cuja prestação deve ser assegurada, regulada e controlada pelos governos, porquanto indispensável à consecução e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência sociais.

²⁶ BOITEAU, Claudie; LACHAUME, Jean-François; PAULIAT, Hélène. *Grands services publics*. 2.ed. Paris: Armand Colin, 2000, p. 9.

²⁷ DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. t. II. 3.ed. Paris: E. de Boccard, 1928, p. 61. Eis as lições do jurista francês: “On aperçoit dès lors la notion de service public: c'est toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants, parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale, et qu'elle est de telle nature qu'elle ne peut être réalisée complètement que par l'intervention de la force gouvernante.” No mesmo sentido: DUGUIT, Léon. *Les transformations du droit public*. Paris: Armand Colin, 1913, p. 52-53. Nesta obra, a organização e gestão dos serviços públicos são concebidos por Léon Duguit como fundamento do direito público, *in verbis*: “Le fondement du droit public, ce n'est plus le droit subjectif de commandement, c'est la règle d'organisation et de gestion des services publics. Le droit public est le droit objectif des services publics. De même que le droit privé cesse d'être fondé sur le droit subjectif de l'individu, sur l'autonomie de la personne même et repose maintenant sur la notion d'une fonction sociale s'imposant à chaque individu, de même le droit public n'est plus fondé sur le droit subjectif de l'État, sur la souveraineté, mais repose sur la notion d'une fonction sociale des gouvernants, ayant pour objet l'organisation et le fonctionnement des services publics.”

Através de sua teoria dos serviços públicos, Léon Duguit tinha como propósito a busca de um novo critério de justificação da atuação do Estado, este não mais fundado na soberania. O elemento soberania é rechaçado pela doutrina de Duguit, sendo substituído pela noção de serviço público. Tal é a importância que o referido jurista empresta à noção de serviço público que em seu *Traité de Droit Constitutionnel* assim leciona:

En même temps, les pouvoirs des gouvernants sont limités à cette les activité de service public, et tout acte des gouvernants est sans valeur quand il poursuit un but autre qu'un but de service public. Le service public est le fondement et la limite du pouvoir gouvernemental. Et par là ma théorie de l'État se trouve achevée.²⁸

No tocante aos serviços públicos e sua conversão em premissa fundamental do Estado, Duguit salienta que o Direito Público moderno se converte em um conjunto de regras que determinam a organização dos serviços públicos, assegurando seu funcionamento regular e ininterrupto. Para Léon Duguit, o fundamento do Direito Público não é o direito subjetivo de mando, mas sim a regra de organização e de gestão dos serviços públicos:

El Derecho público es el Derecho objetivo de los servicios públicos. Así como el Derecho privado deja de estar fundado en el derecho subjetivo del individuo, en la autonomía de la persona misma y descansa hoy en la noción de una función social que se impone a cada individuo, el Derecho público no se funda en el derecho subjetivo del Estado, en la soberanía sino que descansa en la noción de una función social de los

²⁸ DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. t. II. 3.ed. Paris: E. de Boccard, 1928, p. 62.

gobernantes, que tiene por objeto la organización y el funcionamiento de los servicios públicos.²⁹

Nesta tradição, a doutrina francesa em muito contribuiu para a noção dos serviços públicos. Gaston Jèze, após o criador da Escola do Serviço Público, foi o doutrinador que mais se destacou na temática. Jèze, no prefácio de sua obra *Principios Generales del Derecho Administrativo*, ressalta que “el servicio público es, hoy, la piedra angular del Derecho administrativo francés”. Salienta também o mencionado jurista que “esta noción sirve para volver a modelar todas las instituciones del Derecho público”.³⁰

Gaston Jèze reputa à noção de serviço público elemento fundamental e definidor do Direito Administrativo. Menciona o publicista francês que os serviços públicos são suscetíveis de modificações a todo o instante. Eis as lições de Jèze:

Cette possibilité de modification résulte de l'obligation qui incombe aux agents publics de faire fonctionner le mieux possible le service public. Il faut pouvoir toujours apporter les changements nécessités par les transformations économiques, sociales, politiques, par les nouveaux idéals politiques et sociaux. *Aucun obstacle juridique ne peut empêcher cette modification.*³¹

²⁹ DUGUIT, Léon. *Las transformaciones del derecho público y privado*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1975, p. 37-38.

³⁰ JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1946, p. 65.

³¹ JÈZE, Gaston. *Les principes généraux du droit administratif*. 3.ed. Paris: Marcel Giard, 1930, p. 1-2.

Léon Duguit, em seu *Traité de Droit Constitutionnel*, aponta as seguintes discordâncias com relação às concepções de serviço público propostas por Gaston Jèze, *in verbis*:

Jèze, dans un chapitre d'ailleurs très intéressant de son livre, *Principes généraux du droit administratif*, 1914, écrit que <<pour résoudre la question de savoir si dans tel cas donné le procédé du service public est effectivement employé, il faut rechercher uniquement l'intention des gouvernants>>. En un mot, d'après cet auteur, le service public est une création artificielle du législateur qui seul peut l'instituer et peut donner discrétionnairement ce caractère à une activité quelconque. Cette proposition se rattache directement à une conception contre laquelle je me suis élevé énergiquement à plusieurs reprises, conception d'après laquelle le droit est une pure création de l'État. Cf. notamment t.I, p. 91. Assurément, si une loi positive attribue expressément le caractère de service public à une activité déterminée, le juge sera obligé d'appliquer la disposition législative. Mais il n'en résultera pas que dans la réalité il y ait un service public; et celle-ci l'emportera tôt ou tard sur la décision arbitraire du législateur. D'autre part, j'estime qu'ici, comme dans tout domaine social, le juriste manque à sa mission s'il n'indique pas au législateur quel est le droit, s'il ne détermine pas, suivant l'expression de Gény, le *donné* social, c'est-à-dire la norme juridique que le législateur ne fait que constater et mettre en œuvre. La norme juridique, quand il s'agit de service public, est précisément celle qui impose aux gouvernants l'accomplissement d'une certaine activité.³²

A doutrina de Gaston Jèze reconhece que o serviço público deve ser investigado caso a caso, porquanto necessário se faz averiguar a vontade/intenção do governante quanto à atividade administrativa em relevo. Neste passo, salienta-se que o critério de reconhecimento dos serviços públicos é mais objetivo em Gaston Jèze (por isto denominá-lo positivista), ao

³² DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. t. II. 3.ed. Paris: E. de Boccard, 1928, p. 74-75.

passo que para Léon Duguit o critério para reconhecer o serviço público encontra-se na realidade social (critério sociológico).

Em síntese apertada, enquanto Léon Duguit conceitua o serviço público através da sociologia e identifica as regras de Direito Administrativo com o serviço público administrativo, Gaston Jèze posiciona-se de maneira formal, positivista e rigorosamente jurídica, tratando os serviços públicos como procedimento técnico traduzido em regime peculiar – processo de Direito Público, associando, de forma estreita, o serviço público administrativo e o Direito Administrativo.³³

Lachaume, Boiteau e Pauliat, na obra *Grands Services Publics*, acentuam que a definição clássica de serviços públicos do início do século XX e da maioria dos autores contemporâneos reúne três elementos essenciais:

[...] intervention d'une personne publique même si elle n'assure pas la gestion quotidienne du service, satisfaction d'un besoin d'intérêt general, recours à un régime juridique spécifique adapté aux exigences d'une bonne satisfaction de l'intérêt général, ce qui ne signifie pas, loin de là, une soumission intégrale du service public au droit administratif. Il est vrai que certains auteurs sont réticents à pendre en considération le régime juridique spécifique comme élément entrant dans la définition du service public estimant, non sans raison, au regard de la logique juridique, que le régime juridique spécifique est

³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 150-151. Pontua Celso Antônio Bandeira de Mello à página 151: “O simples enunciado do pensamento destes expoentes da Escola do Serviço Público, e suas divergências, já permite verificar o quanto difícil é obter-se um denominador comum para a noção de serviço público e o quanto é imprecisa sua conceituação [...]”

une conséquence de la présence d'une mission de service public et non une condition de son existence [...].³⁴

Em que pese não ser possível estabelecer, de maneira precisa e uniforme, a noção de serviço público, pode-se verificar, da análise dos elementos constantes na doutrina francesa, que sua noção encontra-se presente quando três elementos estiverem conjugados: a intervenção de uma pessoa pública, mesmo que esta não assegure a gestão quotidiana do serviço; a satisfação de uma necessidade de interesse geral e o recurso a regime jurídico específico, que se adapte à satisfação do interesse geral.

2.3 O ideário dos serviços públicos à luz da dogmática jurídica e do texto constitucional brasileiro de 1988

O Estado Liberal ou abstencionista, na concepção predominante do século XIX, pretendia o seu distanciamento em relação aos indivíduos; a garantia de independência, autonomia e liberdade do indivíduo perante o Estado era, ao mesmo tempo, garantia de independência, autonomia e liberdade da sociedade em relação ao Estado.³⁵

³⁴ BOITEAU, Claudie; LACHAUME, Jean-François; PAULIAT, Hélène. *Grands services publics*. 2.ed. Paris: Armand Colin, 2000, p. 8.

³⁵ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. 2.ed. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 21. Destaca o autor que o ideal do Liberalismo significava a não-interferência do Estado na sociedade. Assim, o Poder Público tinha suas funções reduzidas, ou seja, havia a inibição de sua atuação nos âmbitos econômico e social (Estado Mínimo), nestes termos: “Como es sabido, una de las características del orden político liberal era no sólo la distinción, sino la oposición entre Estado y sociedad, a los que se concebía como dos sistemas con un alto grado de autonomía, lo que producía una innibición del Estado frente a los problemas económicos y sociales, sin perjuicio a las medidas de política social y económica que hemos denominado como factorializadas.”

Dada a migração do Estado Liberal ao Social, necessária foi a progressiva implementação dos direitos sociais através dos serviços públicos, instrumento através do qual a Constituição brasileira de 1988 concretiza os direitos fundamentais sociais.

É nesta perspectiva – de mudança do Estado Liberal ao Estado Social – que coube ao Poder Público a implementação de políticas públicas, tendentes a disponibilizar aos cidadãos uma série de prestações públicas, com vistas a proporcionar o mais amplo gozo do direito ao bem-estar social. Neste contexto, Fernando Garrido Falla salienta que a Administração Pública, sob a égide do Estado Social, tem se caracterizado como prestadora de serviços públicos. Eis as considerações pontuais tecidas pelo eminente publicista, *in verbis*:

El interés público no sólo justifica la actuación administrativa por vía de coacción o de fomento, sino que puede exigir que la Administración aparezca como titular de una actividad fundamental consistente en proporcionar bienes y servicios a los administrados.

Este tipo de actividad estatal viene a romper el esquema del anterior Estado abstencionista cuya única misión era la de asegurar el orden público mediante una función de policía, dejando la satisfacción de otras necesidades de la colectividad al libre juego de las fuerzas sociales. La doctrina se vio precisada a construir los conceptos adecuados para explicar el doble tipo de actividad que desde entonces vino a descubrirse como propia del Estado, de donde la contraposición entre la Administración jurídica (o policía) y la Administración social. Desde la mitad del siglo XIX a nuestros días el incremento de esta último puede calificarse de impresionante, si bien en esta evolución se descubren etapas que prestan un matiz propio a la Administración de acuerdo con la naturaleza de los servicios y cometidos que sucesivamente va asumiendo.³⁶

³⁶ FALLA, Fernando Garrido. *Tratado de derecho administrativo*. vol. II. 10. ed. Madrid: Tecnos, 1992, p. 321. E o autor prossegue em sua análise, nas páginas 321 a 325 da obra mencionada, no sentido de perquirir a importância que os serviços públicos representam ao Estado Social e

Os serviços públicos consistem em mecanismo ou instrumento que atua em prol da implementação dos direitos sociais,³⁷ eleitos por determinado país de acordo com as suas circunstâncias políticas, isto é, através do modelo de Estado que se pretende perfilhar. Logo, os serviços públicos, criados através de critérios históricos e políticos, encontram-se emoldurados na ordem jurídica de cada País.

A expressão *serviço público* teve sua origem, nos Estatutos Constitucionais pátrios, com o advento da Carta Fundamental de 1934, não havendo no referido diploma legal qualquer conceituação atinente à temática. Não obstante a inexistência de um conceito constitucional de serviço público, a Magna Carta de 1988 fornece alguns referenciais que conformam o instituto.

Democrático de Direito, destacando que a Administração Pública pode atuar como prestadora de serviços assistenciais, como titular de serviços de caráter econômico e como gestora de empresas econômicas.

³⁷ KRELL, Andreas Joachim. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 25-26. Em que pese a previsão expressa dos direitos sociais na Carta Magna de 1988, Andreas Joachim Krell destaca que grande parcela da população brasileira sofre das mais prementes necessidades humanas. Eis as controvérsias surgidas em torno da efetividade dos direitos sociais: "São os direitos sociais que mais têm suscitado controvérsias no que diz respeito a sua eficácia e efetividade, inclusive quanto à problemática da eficiência e suficiência dos instrumentos jurídicos disponíveis para lhes outorgar a plena realização. Constitui um paradoxo que o Brasil esteja entre os dez países com a maior economia do mundo e possua uma Constituição extremamente avançada no que diz respeito aos direitos sociais, enquanto mais de 30 milhões de seus habitantes continuam vivendo abaixo da linha da pobreza ('indigência'). A maioria dessas pessoas não encontra um atendimento de qualidade mínima nos serviços públicos de saúde, de assistência social, vive em condições precárias de habitação, alimenta-se mal ou passa fome. A Constituição do Brasil sempre esteve numa relação de tensão para com a realidade vital da maioria dos brasileiros e contribuiu muito pouco para o melhoramento da sua qualidade de vida; o texto legal supremo, para muita gente, representa apenas uma 'categoria referencial bem distante'. Encontram-se em contradição flagrante a pretensão normativa dos Direitos Fundamentais sociais e o evidente fracasso do Estado Brasileiro como provedor dos serviços essenciais para a vasta maioria da sua população. Discute-se, cada vez mais, a complexidade do processo de transformação dos preceitos do sistema constitucional mediante realização de programas e políticas governamentais."

Fundamentalmente, dois critérios são utilizados para a verificação da existência dos serviços públicos: o sentido orgânico ou subjetivo (artigos 37, XIII; 39, § 7º; 40, III, 40, § 16; 136, § 1º, II, todos da Constituição Federal brasileira de 1988) e o objetivo, que vem a significar uma modalidade de atividade de natureza pública (artigos 21, X, XI, XII, XIV; 30, V; 37, § 6º; 54, I, “a”; 61, § 1º, II, “b”; 139, VI; 145, II; 175; 198; 202, § 5º; 223 e 241, todos da Constituição Cidadã de 1988).

Nas lições de Dinorá Adelaide Musetti Grotti,³⁸ o rol dos dispositivos legais elencados bem demonstra que a Constituição brasileira dá guarida à categoria do serviço público. Por conseguinte, tratam-se os serviços públicos de uma série de atividades de titularidade da Administração Pública, que não se desnaturam quando a execução dos mesmos é delegada ao setor privado, porquanto o artigo 175, *caput*, da Carta Constitucional de 1988 permite que o Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, preste serviços públicos à população.

Antonio Troncoso Reigada salienta que o serviço público tem seu nascedouro na medida em que o Estado deixa de limitar sua atuação à preservação da liberdade e à garantia dos direitos individuais e se converte em protagonista direto do crescimento econômico e do progresso social. O processo evolutivo, para o Estado Democrático de Direito, se caracteriza pela participação dos cidadãos e das minorias na tomada de decisões políticas, o

³⁸ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 89.

que vem a calhar na ampliação das funções sociais dos poderes públicos. O serviço público resulta, neste sentido, em um compromisso político novo dos governantes em favor da vertebração social do Estado e do interesse geral.³⁹

Abordada a temática dos serviços públicos sob o prisma dos direitos fundamentais sociais,⁴⁰ estes não consistem em direitos contra o Estado, mas

³⁹ REIGADA, Antonio Troncoso. Dogmática administrativa y derecho constitucional: el caso del servicio público. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 19, n. 57, sep./dec. 1999, p. 99. Eis as lições de Antonio Troncoso Reigada: “En una época donde reinaba el dogma de la separación nítida entre el Estado y la Sociedad, el instrumento que disponían los poderes públicos para poder intervenir directamente en el progreso social era la declaración de una actividad como servicio público. Es decir, el servicio público es a la vez el título habilitante de potestades administrativas y la justificación de que en esas materias existe una competencia propia de la Administración pública. Paradójicamente, la fuerte conciencia de los derechos individuales y la separación radical entre Estado y sociedad que respetaba unos ámbitos amplios de los particulares libres de toda intromisión favorecen el nacimiento del servicio público como un instrumento de intervención pública en sectores sociales. La declaración de una actividad como servicio público equivale ordinariamente a la titularidad exclusiva del Estado, aunque éste lo desarrollaba a través de particulares que actuaban como concesionarios del servicio. De hecho, al principio los servicios públicos no se concebían sino para su gestión por los particulares, pero con la garantía que supone la intervención de la jurisdicción contencioso-administrativa. Comienzan así a aparecer desde finales del siglo XIX un conjunto de servicios públicos económicos, como son los de correo, teléfono, suministro eléctrico o televisión. Estos servicios se caracterizaban legalmente porque eran prestados por el Estado o por particulares en régimen de monopolio.”

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 144-145. Salienta o autor a importância que os direitos fundamentais sociais assumem com o advento da Nova Carta Constitucional: “Os direitos fundamentais a prestações, inobstante possam ser referidos alguns precedentes, ainda que isolados e tímidos, enquadram-se no âmbito dos assim denominados direitos de segunda geração (ou dimensão), correspondendo à evolução do Estado de Direito, na sua matriz liberal-burguesa, para o Estado democrático e social de Direito, consagrando-se apenas neste século, principalmente após a Segunda Guerra Mundial. Na Constituição vigente, os direitos a prestações encontraram uma receptividade sem precedentes no constitucionalismo pátrio, de modo especial no capítulo dos direitos sociais. Além disso, verifica-se que, mesmo em outras partes do texto constitucional (inclusive fora do catálogo dos direitos fundamentais), se encontra uma variada gama de direitos a prestações. Basta, neste contexto, uma breve referência aos exemplos do art. 17, § 3º, da CF (direito dos partidos políticos a recursos do fundo partidário), bem como do art. 5º, incs. XXXV e LXXIV (acesso à Justiça e assistência jurídica integral e gratuita), para que possamos perceber nitidamente que, até mesmo entre os direitos políticos e direitos individuais (para utilizar a terminologia de nossa Carta), encontramos direitos fundamentais que exercem precipuamente uma função prestacional. Para além do exposto, importa ter presente que também os direitos a prestações abrangem um feixe complexo e não necessariamente uniforme de posições jurídicas, que podem variar quanto a seu objeto, seu destinatário e até mesmo quanto à sua estrutura jurídico-positiva, com reflexos na sua eficácia e efetivação. Assim, conforme o seu objeto,

sim direitos por meio do Estado. Isto significa dizer que os serviços públicos consistem em prestações materiais positivas que o Estado, por expressa previsão legal, está adstrito a realizar, no escopo de concretizar o gozo efetivo dos direitos sociais constitucionalmente protegidos.

Ana Cláudia Finger assevera que a noção de serviço público tem sofrido mutações. No entanto, não houve alteração na essência do instituto. Neste sentido, o serviço público significa a prestação material dirigida aos cidadãos, objetivando o atendimento das necessidades, realizadas pelo próprio Estado ou por quem lhe faça às vezes, sob regime de direito público, caracterizando-se pela presença de prerrogativas de supremacia e sujeições especiais.

Salienta a autora:

Nesta linha, a pesquisa evidencia o serviço público como uma atividade desenvolvida pelo Poder Público, portanto, sob um regime jurídico administrativo, correspondente a satisfação de necessidades essenciais da sociedade, segundo princípios de generalidade, continuidade, modicidade de tarifas e eficiência. Sendo a sua prestação um dever do Estado para atendimento de uma essencial necessidade da comunidade, o serviço público constitui um direito público subjetivo do cidadão, constituindo instrumento de realização efetiva dos direitos fundamentais sociais.

E é nesta seara que se insere um dos temas mais ingentes da dogmática constitucional atual: o papel que incumbe ao Poder Judiciário na concretização efetiva dos direitos fundamentais

poder-se-á distinguir os direitos a prestações em direitos a prestações materiais ou fáticas e direitos a prestações normativas ou jurídicas. Neste contexto, há que atentar para o fato de que os direitos a prestações não se restringem aos chamados direitos sociais, entendidos como direitos a prestações fáticas, englobando também os direitos à proteção e direitos à participação na organização e procedimento. Distingue-se, portanto, entre os direitos a prestações em sentido amplo (direitos à proteção e participação na organização e procedimento), que, de certa forma, podem ser reconduzidos primordialmente ao Estado de Direito na condição de garante da liberdade e igualdade do *status negativus*, e os direitos a prestações em sentido estrito (direitos a prestações sociais materiais), vinculados prioritariamente às funções do Estado Social.”

sociais, mormente diante da notória incapacidade do Estado na prestação real dos serviços sociais básicos.⁴¹

Um dos exercícios mais difíceis no campo do Direito Administrativo consiste em conceituar, de forma adequada, o serviço público. Caio Tácito salienta que é extremamente dificultoso sintetizar os elementos configuradores de instituto de tamanha envergadura, variável no tempo e no espaço. Eis as lições do citado publicista:

[...] não há um conceito apriorístico de serviço público, elastecendo-se o seu âmbito na medida em que se expande a presença do Estado nos domínios da vida social contemporânea.

Não há, na matéria, um sentido estático, refletindo-se, nas perspectivas da legislação cambiante, as transações de ordem política que modificam a missão administrativa do Estado.

[...]

Ao *conceito* jurídico do serviço público, como expressão típica de atividade estatal, poder-se-á, ainda, agregar a sua significação econômica, social, política ou fiscal, nem sempre coincidente com o sentido orgânico ou administrativo da expressão. A lei considera mesmo, para fins determinados, como serviço público *lato sensu*, atividades que são de exercício privado, como, por exemplo, a advocacia, o jornalismo, ou a assistência social.⁴²

Para Fernando Herren Aguillar, a Carta Constitucional brasileira de 1988 não alberga um conceito jurídico de serviço público. Destaca que as conceituações do instituto emanadas da doutrina não passam de

⁴¹ FINGER, Ana Cláudia. Serviço público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, n. 12, abr./jun. 2003, p. 143.

⁴² TÁCITO, Caio. *Temas de direito público: (estudos e pareceres)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 638.

sistematizações didáticas da experiência de vida dos estudiosos, asseverando que “os conceitos existentes de serviço público, quaisquer que sejam eles, são formulados doutrinariamente a partir da observação dos fatos ou da aplicação concreta do direito”.⁴³

Não obstante a constatação de que a Constituição Federal brasileira de 1988 não contempla a conceituação de serviço público, Ruy Cirne Lima leciona que a definição do que seja serviço público deve ser tratada pelo Texto Constitucional, *in litteris*:

A definição do que seja, ou não, serviço público pode, entre nós, em caráter determinante, formular-se somente na Constituição Federal e, quando não explícita, há de ter-se como suposta no texto daquela. A lei ordinária que definir o que

⁴³ AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 134. No mesmo sentido, ver: COMADIRA, Julio Rodolfo. El servicio público como título jurídico exorbitante. *A & C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 4, n. 12, abr./jun. 2003, p. 84. Julio Rodolfo Comadira afirma que existem tantos conceitos de serviço público quanto autores que se ocupam em conceituá-lo. Assim leciona o autor: “[...] el servicio público es un título jurídico en sí mismo exorbitante, invocable por el Estado para asumir la titularidad de competencias prestacionales con el fin de ejercerlas em forma directa (por administración) o indirecta a través de órganos personificados pública (v. gr.: entes autárquicos) o privadamente (v.gr.: sociedades anónimas); para desarrollarlas subsidiariamente en ausencia de prestadores privados, sin titularizarlas en sentido propio, o bien para ejercer su poder de policía sobre actividades privadas prestacionales, com el objeto de dar satisfacción o, en su caso, de asegurar la satisfacción de necesidades consideradas esenciales para el logro del bien común.” No sentido de não haver a conceituação dos serviços públicos no Texto Constitucional e na legislação infraconstitucional, ver: GUGLIELMI, Gilles J.; KOUBI, Geneviève. *Droit du service public*. Paris: Montchrestien, 2000, p. 62. Para os autores franceses, a noção de serviço público deve ser extraída do conteúdo de textos legais e da jurisprudência, tendo em vista não haver a conceituação do instituto no Texto Constitucional e na legislação infraconstitucional, nestes termos: “Comme il n’existe pas de définition constitutionnelle ou législative et comme il n’émerge pas de définition précise de la jurisprudence – aucune décision du Tribunal des conflits ou du Conseil d’État ne défend une définition particulière du service public -, la notion de service public semble devoir être caractérisée par certaines données extraites de textes juridiques et de jugements ou arrêts qui caractérisent telle ou telle activité. Une définition générale du service public a été formulée en ces termes par R. Chapus: <<une activité constitue un service public quand elle est assurée ou assumée par une personne publique en vue d’un intérêt public>>.”

seja, ou não, serviço público terá de ser contrastada com a definição expressa ou suposta pela Constituição.⁴⁴

Eros Roberto Grau salienta que a caracterização dos serviços públicos no Brasil segue a linha doutrinária de Léon Duguit, no sentido de que o serviço público é atividade indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social. Diz o autor:

Serviço público, diremos, é atividade indispensável à consecução da coesão social. Mais: o que determina a caracterização de determinada parcela da atividade econômica em sentido amplo como *serviço público* é a sua vinculação ao *interesse social*.

Daí por que diremos que, ao exercer atividade econômica em sentido amplo em função de *imperativo da segurança nacional* ou para atender a *relevante interesse coletivo*, o Estado desenvolve *atividade econômica em sentido estrito*; de outra banda, ao exercê-la para prestar acatamento ao *interesse social*, o Estado desenvolve *serviço público*.

Detida atenção dedicada a essa circunstância permitirá ao estudioso do Direito Brasileiro observar que são distintos entre si o *interesse coletivo* e o *interesse social*, ainda que ambos se componham na categoria *interesse público*.⁴⁵

⁴⁴ LIMA, Ruy Cirne. *Pareceres (direito público)*. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1963, p. 122. Ver também: LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 82. Nesta obra, o autor assim expôs à doutrina brasileira sua definição de serviço público: “Com o conceito de serviço público é construída a teoria da <<falta de serviço>>, já introduzida e aplicada no nosso direito, em tema de responsabilidade do Estado. Ainda com o conceito de serviço público, encarado sob o aspecto do gozo de seus benefícios pela coletividade, explica a nossa Ciência jurídica do uso dos particulares, comum, ou privado (autorizações, permissões e concessões), sobre o domínio público, ou sobre o patrimônio administrativo (admissões a hospitais, bibliotecas, etc.). [...] Se damos, entretanto, pela afirmação de uma figura jurídica, específica, conceituada como serviço público, importa lhe determinemos, para logo, o conteúdo. Que é serviço público? Serviço público é todo o serviço existencial, relativamente à sociedade ou, pelo menos, assim havido num momento dado, que, por isso mesmo, tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa.”

⁴⁵ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 111. A moldura de Estado delineada na Constituição Federal de 1988 preconiza a preservação dos laços sociais e a promoção da coesão social. Nesta senda, Eros Roberto Grau salienta, nas páginas 113 e 114 da obra em relevo, que incumbe ao Estado a responsabilidade pela provisão, a título de serviço público, de todas as parcelas da atividade econômica em sentido amplo imprescindíveis à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social, *in verbis*: “De resto, além de permitir

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 projeta um Estado desenvolvimentista e forte, calcado em fundamentos (artigo 1º) e em objetivos (artigo 3º), almejando a vitalidade da ordem econômica (artigo 170) com a manutenção de uma vida digna a todos os cidadãos.

Os serviços públicos, elencados na Magna Carta de 1988, projetam-se infraconstitucionalmente em princípios operativos, albergados pela Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quais sejam: *continuidade*,⁴⁶ *regularidade*,⁴⁷

a identificação de novas áreas de serviço público, a Constituição do Brasil, através das diretrizes, programas e fins que enuncia, a serem realizados pelo Estado e pela sociedade, indica decisivamente a intensidade a ser adotada na prestação das atividades que o caracterizam. O que importa considerar é a possibilidade de encontrarmos no bojo da Constituição Brasileira parâmetros conformadores da área, no interior do espaço das *atividades econômicas em sentido amplo*, definida como própria dos *serviços públicos*. Daí por que, v.g., a afirmação isolada de que o texto constitucional eleva determinadas parcelas da *atividade econômica em sentido amplo* à categoria de *serviço público* (os chamados *serviços públicos por definição constitucional*) é equívoca, pois inúmeras vezes ocorre incluírem-se tais parcelas na categoria das *atividades econômicas em sentido estrito*.” A referida obra traz o seguinte exemplo, bastante elucidativo à situação em exame, página 113-114: “Suponha tenha a União deixado de prestar serviços de transporte por via fluvial, atividade que, enquanto empreendida por determinada empresa estatal federal, permitia o transporte de produtos agrícolas. O exemplo de que me sirvo ensejou, recentemente, debate no Supremo Tribunal Federal a propósito da caracterização dessa atividade como serviço público ou não. Lembro dizer o art. 21, XII, ‘d’, da Constituição de 1988, o seguinte: ‘Art. 21. Compete à União: [...] XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: [...] d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território’. A mera leitura do preceito constitucional poderia levar-nos à conclusão de que estamos, no caso – serviços de transporte por via fluvial em trajeto que transpõe os limites de um Estado –, diante de serviço público de competência da União. Sucede que, no caso, a empresa estatal federal prestava fundamentalmente serviços de transporte fluvial de produtos agrícolas, não sendo possível sustentarmos – o exemplo, na versão que dele tomo, é assim, definitivamente – que a sua prestação é *indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social* (Duguit) ou que ele corresponda a um *serviço essencial, relativamente à sociedade* (Cirne Lima). Daí não caber, no caso, a qualificação da atividade de que se cuida (transporte aquaviário) como serviço público.” E prossegue o autor, à página 115, distinguindo os serviços públicos das atividades econômicas em sentido estrito: “Desejo deixar vincado, neste passo, o seguinte: o *interesse social* exige a prestação de *serviço público*; o *relevante interesse coletivo* e o *imperativo da segurança nacional*, o empreendimento de *atividade econômica em sentido estrito* pelo Estado.”

⁴⁶ Este princípio, também conhecido como princípio da permanência, teve sua origem no direito francês, onde adquiriu a conotação de ser essencial, porquanto atrelado à idéia de continuidade do serviço público a ser prestado pelo Estado. Acerca deste princípio, ver: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 53. A doutrina francesa reporta-se ao aresto *Dehaene* no tocante ao princípio da continuidade, eis que a permanência é nota essencial aos serviços públicos, os

*generalidade ou universalidade;*⁴⁸ *modicidade;*⁴⁹ *cortesia; segurança; atualidade, adaptabilidade ou mutabilidade;*⁵⁰ *eficiência;*⁵¹ *igualdade ou*

quais desempenham papel de notória essencialidade e de fundamental importância ao convívio em sociedade. Neste sentido, ler: PINON, Stéphane. Le principe de continuité des services publics: du renforcement de la puissance étatique à la sauvegarde de l'expression démocratique. *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, Bruxelles, n. 51, 2003, p. 70; MARÍN, Antonio Martínez. *El buen funcionamiento de los servicios públicos: los principios de continuidad y regularidad*. Madrid: Tecnos, 1990, p. 75. Na esteira de que os serviços públicos não poderão sofrer solução de continuidade, ver: JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 489; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 314-315. Na mesma linha argumentativa de Marçal Justen Filho, face à não obstaculização de serviços públicos essenciais, consultar: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública. Concessão, Permissão. Franquia. Terceirização e outras formas*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 94-95. Para Zelmo Denari, inadimplente, o usuário de serviço público pode ser privado de seu gozo. Para tanto, consultar a obra coletiva: GRINOVER, Ada Pelegrini *et alli*. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 195-196. No sentido de ser exercício regular de direito por parte do fornecedor de energia o corte de fornecimento em caso de inadimplência, ver: TÁCITO, Caio. Falta de pagamento: corte de energia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 219, jan./mar. 2000, p. 399. No mesmo sentido de Caio Tácito, ver: BLANQUET, Luiz Alberto. *Concessão de serviços públicos: comentários à lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, à lei n. 9.704, de 7 de julho de 1995 com as inovações da lei 9.427 de 27 de dezembro de 1996, e da lei 9.648 de 27 de maio de 1998*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2000, p. 52.

⁴⁷ A regularidade se vincula à prestação devida de acordo com as regras, normas e condições preestabelecidas para esse fim, ou que lhe sejam aplicáveis. Para tanto, consultar: MARÍN, Antonio Martínez. *El buen funcionamiento de los servicios públicos: los principios de continuidad y regularidad*. Madrid: Tecnos, 1990, p. 63-64; FINGER, Ana Cláudia. Serviço público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, n. 12, abr./jun. 2003, p. 142-143.

⁴⁸ O princípio da generalidade ou universalidade denota que o serviço público necessita ser prestado de forma equânime, ou seja, em benefício a todos os cidadãos que se encontram em igualdade de condições, de maneira a tratar uniformemente os sujeitos na prestação de serviços públicos. Neste sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 489.

⁴⁹ Sobre o princípio da modicidade dos serviços públicos, ver o estudo de: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 99. Assevera a eminente publicista que a doutrina chegou a erigir como característica do serviço público a gratuidade. No entanto, prevalece, em sede doutrinária, utilizado como requisito em larga escala, a modicidade das tarifas devidas pela obtenção de serviços públicos. Destaca também que a gratuidade do serviço público trata-se, em verdade, de falácia, nestes termos: "Ainda hoje é comum a referência ao ensino público gratuito, à universidade pública gratuita, quando, em verdade, essa gratuidade constitui uma falácia, pois há pagamento de valores devidos pelos usuários desses serviços, ainda que constituam valores módicos, especialmente considerando-se os similares prestacionais das atividades por particulares." A contraprestação devida pelos usuários na fruição dos serviços públicos deve obedecer a modicidade, de modo a não onerá-los excessivamente ou marginalizá-los no acesso aos serviços de natureza essencial. Neste sentido: PORTO NETO, Benedicto. *Concessão de serviço público no regime da Lei n. 8.978/95: conceitos e princípios*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 90; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 605.

A modicidade da tarifa não significa, de maneira imperativa, valor reduzido, mas corresponde à idéia de menor tarifa em face do custo e do menor custo frente à adequação do serviço.

uniformidade,⁵² *neutralidade*,⁵³ *publicidade ou máxima transparência*; *obrigatoriedade*⁵⁴ e *responsabilidade*.⁵⁵ Desta forma, o artigo 6º da Lei n. 8.987/95, para além de sistematizar os princípios gerais operativos dos

Sustenta esta diretriz: JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 491-492.

⁵⁰ É da essência do serviço público a mutabilidade ou adaptabilidade, tendo em vista a variação das necessidades sociais e a alteração dos modos possíveis de sua solução. Para tanto, ver: JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 490. A doutrina francesa também menciona a importante premissa que norteia os serviços públicos – princípio da adaptação constante, porquanto as relações sociais sofrem sucessivas e ininterruptas mutações. Ver: BOITEAU, Claudie; LACHAUME, Jean-François; PAULIAT, Hélène. *Grands services publics*. 2.ed. Paris: Armand Colin, 2000, p. 309-310. No mesmo sentido, ver: CHRÉTIEN, Patrice; DUPUIS, Georges; GUÉDON. Marie-José. *Droit administratif*. 6.ed. revue. Paris: Dalloz, 1999, p. 503.

⁵¹ O princípio da eficiência tem por objetivo o cumprimento das finalidades do serviço público através dos recursos disponíveis, no escopo de satisfazer as necessidades da população da forma menos onerosa possível, envidando os recursos carreados pela Administração Pública na consecução e prestação de serviços públicos de qualidade. Neste sentido, ver: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 104; SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 651-652.

⁵² O princípio da igualdade ou uniformidade deve reger o funcionamento dos serviços públicos, tendo em vista a exigência de igualdade no acesso, no funcionamento e na utilização do serviço, sendo incabível fixar-se discriminações injustificadas em seu alcance e fruição. Para tanto, ver: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 39; GUGLIELMI, Gilles J.; KOUBI, Geneviève. *Droit du service public*. Paris: Montchrestien, 2000, p. 385; CHAPUS, René. *Droit administratif général*. t. I. 11.ed. Paris: Montchrestien, 1997, p. 547; BOITEAU, Claudie; LACHAUME, Jean-François; PAULIAT, Hélène. *Grands services publics*. 2.ed. Paris: Armand Colin, 2000, p. 335; SOUVIRÓN MORENILLA, José María. *La actividad de la administración y el servicio público*. Granada: Comares, 1998, p. 514.

⁵³ A prestação dos serviços públicos não poderá estabelecer-se mediante discriminações entre usuários, agentes e fornecedores. Ademais, os serviços públicos não devem ser utilizados em proveitos outros que não proporcionar o bem-estar à coletividade. Neste sentido: BOITEAU, Claudie; LACHAUME, Jean-François; PAULIAT, Hélène. *Grands services publics*. 2.ed. Paris: Armand Colin, 2000, p. 371; MIGUEZ MACHO, Luis. *Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios*. Barcelona: CEDECS, 1999, p. 145; ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 96; CHRÉTIEN, Patrice; DUPUIS, Georges; GUÉDON. Marie-José. *Droit administratif*. 6.ed. revue. Paris: Dalloz, 1999, p. 501.

⁵⁴ O princípio da obrigatoriedade dos serviços públicos decorre do inescusável dever de o Estado prestá-los ou promover-lhes a prestação, sob pena de responsabilidade. Sobre o princípio da obrigatoriedade, consultar: CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 476-477.

⁵⁵ O núcleo gerador da responsabilidade objetiva é o caráter público do serviço, o exercício de atividade pública, de serviço público. A respeito da temática, consultar: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. *Interesse Público*, São Paulo, ano 2, n. 6, abr./jun. 2000, p. 44; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 679.

serviços públicos concedidos ou permitidos, na forma do artigo 175 da Constituição Federal de 1988, consagra a disciplina que se aplica à Administração Pública extensivamente.

O serviço público, na esteira de Celso Antônio Bandeira de Mello, significa o oferecimento de utilidade ou comodidade material a ser experimentada pelo interesse geral, fruível pelos cidadãos, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem o represente, sob regime de Direito Público, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.⁵⁶

Juarez Freitas conceitua os serviços universais ou públicos como aqueles essenciais para a realização dos objetivos do Estado Democrático de Direito, prestados sob regime de Direito Público. Desempenhados direta ou indiretamente pela Administração Pública ou, ainda, por pessoas alheias a seu âmbito, destaca o autor que o Estado não pode prescindir da adequada prestação dos serviços públicos, porquanto indispensáveis à consecução dos interesses sociais.⁵⁷

Importantes contribuições à noção de serviços públicos exsurgem dos ensinamentos de Odete Medauar, que não limita o conceito do instituto ao

⁵⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 600.

⁵⁷ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 312.

âmbito econômico, ressaltando que o contexto em que tal noção se insere é mais vasta. Neste sentido leciona a autora:

Pode-se pensar de modo evolutivo no tocante ao serviço público. A concepção clássica pode não vigorar hoje nos seus exatos termos. Aliás, deve-se lembrar que em sua noção Duguit não associou serviço público a gestão estatal. O serviço público muda sua conformação segundo as transformações da sociedade, da tecnologia, da política.

Pode-se inserir o dado econômico, a concorrência, a gestão privada, sem *nunca* deixar de lado o social, a coesão social, os direitos sociais. E sem abolir a presença do Estado.

As atividades essenciais à coletividade não podem ficar à mercê somente do jogo do mercado. Neste aspecto mantém-se atual o pensamento de Duguit, expresso nas primeiras décadas do século XX. Também permanece atual o francês Demichel, para quem “a noção é indispensável. Expressa uma atividade submetida não às únicas leis do mercado, mas a regras de funcionamento do Estado, que impõem a este uma exigência; esse elemento de exigência é precioso porque é elemento de proteção de classes menos favorecidas”. Eu diria: é elemento de proteção de toda a coletividade.⁵⁸

Do modelo de Estado Liberal – vigilante e centrado nos interesses e garantias individuais – ao Estado Social, visível é o alargamento dos papéis do Poder Público no oferecimento de serviços públicos enquanto instrumentos para a concretização de políticas públicas, as quais visam a implementação dos direitos fundamentais sociais encartados na Constituição Cidadã brasileira de 1988, voltados ao atendimento das necessidades sociais básicas ou para a satisfação de comodidades de interesse geral, realizadas pelo próprio Estado ou por quem lhe faça às vezes.

⁵⁸ MEDAUAR, Odete. Nova crise do serviço público? In: CUNHA, Sérgio Sérulo da; GRAU, Eros Roberto (Coord.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 537-538.

A noção de serviço público, embora vinculada a um núcleo de essencialidade, tem sofrido mutações no curso da história, de acordo com o tensionamento das forças sociais e, por conseguinte, pelo papel e conseqüentes responsabilidades atribuídas ao Poder Público, mormente na passagem do Estado Liberal ao Social. Afinal, a noção de serviços públicos perpassa momento de crise ou de evolução?

2.4 Crise ou evolução da noção de serviços públicos?

Muito se discute, em sede doutrinária, acerca da atual conjuntura dos serviços públicos. Afinal, está-se a tratar de crise ou de evolução do instituto? A temática da crise dos serviços públicos teve seu nascedouro no momento em que houve modificações em seu conceito tradicional, mormente sob as perspectivas subjetiva ou orgânica,⁵⁹ material ou objetiva⁶⁰ e formal,⁶¹ ou seja,

⁵⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 151-152. O autor, no que concerne ao serviço público em sentido subjetivo ou orgânico, preleciona: “Em sentido subjetivo o serviço público é concebido como um organismo público, ou seja, uma parte do aparelho estatal. Nesta acepção, falar em serviço público é o mesmo que se referir a um complexo de órgãos, agentes e meios do Poder Público. É uma organização pública de poderes e competências. [...] Sem que importe discutir aqui as várias formulações colecionadas, interessa apenas registrar que o que têm em comum é tomar a noção de serviço público como equivalente a um organismo, isto é, considerá-lo subjetivamente, orgânicamente.” Neste sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 481. Para Marçal Justen Filho, o ângulo subjetivo da noção de serviço público “trata-se de atuação desenvolvida pelo Estado (ou por quem lhe faça as vezes).”

⁶⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 481. Para o autor, a concepção material ou objetiva de serviço público significa que “o serviço público consiste numa atividade de satisfação de necessidades individuais de cunho essencial.” Na esteira do autor, página 482, o aspecto objetivo do conceito de serviço público compreende a “satisfação direta e imediata dos direitos fundamentais.” Na mesma esteira de Marçal Justen Filho, ver: FINGER, Ana Cláudia. Serviço público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, n. 12, abr./jun. 2003, p. 141-142. A autora destaca a importância do aspecto material

através da pessoa que o presta, da atividade de interesse da coletividade e do regime em que este serviço encontra-se regulado.

Cumprе mencionar que a celeuma instaurada no âmbito dos serviços públicos no Brasil é fruto das mudanças de perspectiva do Estado, que migrou da Administração Pública Burocrática à Gerencial, tendo em vista a gestão paulatina dos mesmos pela iniciativa privada.

Na mesma perspectiva, destaca Luis Martín Rebollo que o serviço público, em sua noção tradicional, significava uma atividade de competência do Estado, excluída do mercado, cuja titularidade incumbia ao Poder Público. Neste sentido as considerações do administrativista, calcado no modelo europeu:

dos serviços públicos, porquanto implementam a satisfação direta e imediata dos direitos fundamentais: “Ao inverso da concepção tradicional, onde os direitos fundamentais se submetem à lei, o constitucionalismo contemporâneo preconiza que a lei é concebida para a garantia dos direitos fundamentais e estes, por sua vez, vinculam todos os poderes constituídos. Nesse sentido, a finalidade essencial atribuída à Constituição, compreendida não apenas como um sistema de normas de superior hierarquia, mas sim como um produto de uma sociedade, passa a ser a tutela dos direitos fundamentais. Conquanto esteja inteiramente centrado na teoria dos direitos fundamentais, em suas três grandes frentes (fundamentação, positivação e eficácia), o problema nuclear que vem sendo enfrentado pelo constitucionalismo moderno diz respeito à proteção desses direitos. Em verdade, a eficácia jurídica das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais é tema sobre o qual vem se debruçando acendradamente a doutrina constitucional, especialmente no que toca aos direitos sociais. De fato, a eficácia e efetividade dos direitos sociais é a questão que mais tem suscitado controvérsias, dividindo a doutrina constitucionalista. De um lado, os que assinalam a impossibilidade de tais direitos serem justicializados, eis que se tratam de direitos prescritos por normas dotadas de eficácia muito reduzida. De outro, há os que defendem que os direitos fundamentais sociais revestem-se do caráter de verdadeiros direitos subjetivos e, à vista disso, gozam de eficácia jurídica, sendo passíveis de justicialização. [...] os direitos fundamentais sociais não são direitos contra o Estado, mas sim direitos por meio do Estado. Isto significa que são direitos a prestações materiais positivas que o Estado, por meio das leis, dos atos administrativos e também da implementação dos serviços públicos está adstrito a realizar, a fim de concretizar o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos.”

⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 11.ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 96. O aspecto formal do serviço público, conforme destaca a autora, “seria aquele exercido sob regime de direito público derogatório do direito comum.”

El servicio público, en su acepción tradicional, presuponia una actividad que ha sido “retenida” por el Estado, excluida del mercado, asumida en cuanto a su titularidad aunque su gestión pudiera concederse. Ese era el concepto comúnmente admitido entre nosotros de servicio público. Un concepto orgánico o subjetivo.

Pues bien, ese modelo que hemos analizado, ese modelo que estaba consolidado y a partir del cual se han montado buena parte de las técnicas de intervención del Derecho Administrativo en este pasado siglo, ese modelo, digo, es el modelo que, justamente, está en crisis. A punto, si no de desaparecer, sí de modificar de forma sustancial.

Varias son las razones de esta crisis. La liberalización económica es la principal y, en nuestro caso, las exigencias que a su servicio derivan de la normativa comunitaria europea de obligado cumplimiento en cuanto se impone y rompe, sin excepciones, el Derecho interno.⁶²

Cármem Lúcia Antunes Rocha destaca que no final do século XX o Estado assumiu novos rumos, novas concepções. Muitas das atividades do Estado tornaram-se nebulosas.⁶³ Neste passo, Agustín A. Gordillo, em seu *Tratado de*

⁶² REBOLLO, Luis Martín. Servicios públicos y servicios de interes general: la nueva concepción y operatividad del servicio público em el derecho administrativo español. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 102-103.

⁶³ ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 1-2. Eis as pontuais considerações da autora: “Chamam a atenção, permanentemente, neste final de século, as novas (novas?) concepções do Estado. Afirma-se um vácuo, ou pelo menos uma carência de ideologias, ou uma acentuada nebulosidade nas idéias que conduziram ao repensamento daquelas antes marcantes e marcadas como ‘direita e esquerda’. A derrocada dos regimes do Leste Europeu parece ter posto à prova a operacionalidade de algumas correntes de pensamento, e todo esse contingente histórico serve a essa (que me parece) falsa ou aparente conclusão de ‘fim da história’, considerada como o exercício da dialética. Na verdade, não creio que as ocorrências históricas das duas últimas décadas e deste final de século, em especial, demonstrem o discurso da falência de ideologias. Antes, o que parece mais seguro é afirmar que os fatos históricos demonstram: a) que o poder econômico, que tradicionalmente sustenta o poder político no sistema capitalista e nos seus antecedentes, quer-se fazer poder político (o que também não é inédito), porque as novas tecnologias demandam mercados cada vez mais extensos, pelo que, sem a anuência ou mesmo a conivência dos que exercem o poder político no Estado, não podem ser obtidos; b) que o poder político, sempre dependente do poder econômico (desde o Estado Antigo, passando pelas experiências medievais e pela formação da burguesia e do Estado Moderno), agora se faz não apenas companheiro deste, mas é a ele servil; c) que o poder político não democrático não permite sobreviver qualquer ideologia ou experiência embasada em idéias sobre a melhor forma de realização dos fins do Estado em benefício do homem; d) que o poder político democrático demanda uma estrutura econômica que depende da colaboração cada vez maior da sociedade, quer-se dizer, dos particulares, atuando nessa qualidade e condição juntamente com o Estado.”

Derecho Administrativo, tece comentários acerca da crise do conceito de serviço público:

Dos elementos de esta noción – el de la persona que atiende el servicio y el del régimen que lo regula – están actualmente, al parecer de la doctrina francesa moderna, en crisis. Esa crisis lleva a tales autores a proponer concepciones “existenciales” del servicio público o más francamente a abandonar totalmente el término y el concepto.

La crisis de la noción tradicional se hace presente en los tres aspectos de la misma.⁶⁴

A crise do serviço público também é sustentada por Jean Rivero. Assevera o referido estudioso que o Estado e a transformação de seus papéis manifestam-se através de três vias de crise: o desenvolvimento paulatino da gestão privada de atividades antes exclusivas do Estado, a incerteza sobre a definição do serviço público e as vacilações encontradas na jurisprudência francesa sobre a noção de serviço público.⁶⁵

⁶⁴ GORDILLO, Agustín A.. *Tratado de derecho administrativo*. t. II. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1991, p. XIII-7.

⁶⁵ RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981, p. 192-194. Eis as lições do jurista francês: “1.º *O desenvolvimento da gestão privada*. - As hipóteses de gestão privada, excepcionais no momento do aresto Terrier, adquiriram uma extensão considerável. Por um lado os serviços tradicionais recorrem freqüentemente aos *contratos de direito privado*, o que alarga o campo da competência judicial [...]. Por outro lado, e sobretudo, o abandono progressivo do liberalismo económico multiplicou os *serviços públicos com carácter industrial e comercial*, que funcionam nas mesmas condições que as empresas privadas similares, sob um regime de direito privado, e que a jurisprudência submete conseqüentemente à competência judicial [...]. 2.º *Incertezas sobre a definição do serviço público*. – A noção de serviço público esbateu-se. Na prática mais frequente do Estado Liberal, no serviço público encontravam-se reunidos três elementos: um organismo administrativo, uma actividade de interesse geral e um regime jurídico derogatório do direito comum. Ora estes três elementos foram-se dissociando: tornou-se corrente que uma actividade de interesse geral (serviço público no sentido funcional, ou ainda *missão de serviço público*) seja exercida por um organismo de direito privado, sob um regime que mistura direito privado e direito público, ou ainda (caso dos serviços económicos) que um organismo público (serviço público no sentido orgânico) se encontre colocado em princípio sob um regime de direito privado. Nestas condições tornou-se muito difícil e muito arbitrário dizer o que é ou o que não é um serviço público; a resposta varia conforme nos coloquemos no ponto de vista da natureza do órgão, no ponto de vista da sua missão ou ainda no ponto de vista do regime jurídico

As sucessivas transformações do Estado ocasionaram mudanças nas concepções material ou objetiva, orgânica ou subjetiva e formal de serviço público, o que acarretou certo desgaste no ideário clássico do instituto. Destaca Dinorá Adelaide Musetti Grotti que na época do Estado Liberal era válida a junção dos três elementos ou componentes dos serviços públicos. No entanto, pouco a pouco esta noção sofreu desgastes, porquanto houve a dissociação dos elementos que compunham o conceito. Assevera a autora:

Em primeiro lugar, à medida em que o Estado foi se afastando dos princípios do liberalismo, em virtude de suas imperfeições no âmbito econômico e social, começou a ampliar suas intervenções e o rol de atividades próprias, definidas como serviços públicos, pois passou a assim considerar determinadas atividades comerciais e industriais que, antes, eram tradicionalmente reservadas à iniciativa privada.

Passou-se de um Estado em que a iniciativa privada era a regra, e o serviço público a exceção, em que a boa administração era a que administrava o menos para um Estado no qual, depois da Primeira Guerra Mundial, surgiram problemas novos cuja solução aparecia como de interesse geral, justificando a criação de uma nova geração de serviços públicos, cuja prestação, acreditava-se, dependia, até então, apenas, da iniciativa privada.

Ao mesmo tempo, outro fenômeno se verificou: o Estado percebeu que não dispunha de organização adequada à realização desse tipo de atividade; em conseqüência, começou a haver a gestão e serviços públicos por particulares, por meio dos contratos de concessão de serviços públicos e, posteriormente, por meio de pessoas jurídicas de direito privado, criadas para esse fim, sob regime predominantemente privado.⁶⁶

aplicável. [...] 3.º *As hesitações da jurisprudência*. – Assinalámos já os arestos que tendem a restaurar a noção de serviço público na sua função de critério de competência. Mas, por um lado, alguns dos mais autorizados comentadores desta jurisprudência, e os mais respeitadores do pensamento do Conselho de Estado, não dissimulam a incerteza que pesa sobre a noção, que os esforços jurisprudenciais que a tentaram tornar mais precisa não dissiparam [...]. Na medida em que essas tentativas fazem surgir no meio das características fundamentais do serviço público <<a existência de prerrogativas de poder público>> privam a noção de uma grande parte do seu valor próprio.”

⁶⁶ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 53-54.

Assim, verifica-se que a mencionada crise dos serviços públicos, no caso brasileiro, pode ser caracterizada pelas mutações sofridas pelo Estado, dada a assunção, pela iniciativa privada, de atividades até então desempenhadas, preponderantemente, pelo Poder Público.

Assim, face às dificuldades de o Estado dar vazão às políticas públicas de serviços essenciais que a coletividade requer, o Programa Nacional de Desestatização – Lei n. 8.031/90, sucedida pela Lei n. 9.491/97 – trouxe uma série de justificativas para a outorga dos serviços públicos ao setor privado, implementando-se, destarte, o regime das concessões e permissões. Agregada ao programa da desestatização, a partir de 1995 iniciou-se a reforma gerencial da Administração Pública, por meio da adoção de formas modernas de gestão do Estado brasileiro.

Em virtude da necessidade da implementação de políticas públicas pelo Estado Social, e face à incapacidade paulatina deste em prestá-las, deu-se início à chamada crise subjetiva,⁶⁷ tendo em vista que as pessoas públicas não são mais as únicas a prestarem serviço público, porquanto algumas atividades são atualmente prestadas por pessoas jurídicas de direito privado, o que vem a romper com o viés subjetivo (clássico) do instituto. Da mesma forma, destaca-se o rompimento com o aspecto formal dos serviços públicos, tendo em vista que estes não são prestados sob o regime jurídico público, única e exclusivamente.

⁶⁷ Acerca da análise da concepção subjetiva ou orgânica dos serviços públicos, ver a nota 59.

Agustín A. Gordillo salienta, no que concerne à pessoa que presta o serviço público, que atualmente outras entidades se encontram encarregadas de prestar serviços públicos à coletividade. Destaca que os concessionários de serviços públicos também estão incumbidos de prestar serviços em regimes exorbitantes do direito comum, isto é, possuem atribuições que, outrora, somente o Poder Público detinha.⁶⁸

Guillermo Muñoz assevera que os serviços públicos são conhecidos classicamente como uma forma de intervenção administrativa, com titularidade pública reservada a determinada atividade. Entretanto, suscita o autor que as idéias liberais hoje existentes trouxeram uma oscilação entre a gestão estatal exclusiva dos serviços públicos e o repasse de certas atividades antes inatas ao Poder Público à iniciativa privada, denominando esta nova figura jurídica de concessionário interposto.⁶⁹

⁶⁸ GORDILLO, Agustín A.. *Tratado de derecho administrativo*. t. II. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1991, p. XIII-8-9. Assim leciona o estudioso: “Ese aspecto de la ‘crisis’ es parcialmente obvia, sin embargo, pues estas asociaciones profesionales, corporaciones de oficios, etcétera, no son personas enteramente ajenas al proceso administrativo, como se advierte. Dado que la administración no es sino un órgano del Estado, carente de personalidad jurídica propia, no es sólo a través de ella y mediante su intervención que puede hacerse una delegación de función administrativa. Dicho en otros términos, el contrato temporal de concesión no es la única forma en que el Estado puede delegar poderes de naturaleza pública en un ente determinado para que realice una parte de la función administrativa; también puede la ley directamente *crear* un ente y conferirle tales facultades sin limitación temporal prefijada. De esta manera, realizando una ampliación conceptual a la frase ‘directa o indirectamente realizada por la administración’, se solucionaría este aspecto de la crisis. En consecuencia, cabe afirmar que cuando la ley crea un ente, o autoriza la constitución de un ente, y le confiere el ejercicio de una parte de la función administrativa, tal función se ejerce precisamente en forma *indirecta*, es decir, por órganos distintos de los directamente encargados por la Constitución para realizarla. La ley puede fijar fundamentalmente dos tipos de entes; unos, en los que los directivos *son nombrados por el Estado* (entes autárquicos, empresas del Estado), y otros, en los que los directivos *son nombrados por los administrados* (asociaciones profesionales y gremiales, etc.). En esta interpretación, al decir entonces que el servicio público es una actividad realizada directa o indirectamente por la administración no se excluye del concepto a ninguno de los casos traídos a la luz por la doctrina francesa moderna.”

⁶⁹ MUÑOZ, Guillermo. Las transformaciones del servicio público. In: SUNFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 170.

Também pontuam Gilles J. Guglielmi e Geneviève Koubi, em *Droit du Service Public*, que as modificações havidas na seara dos serviços públicos, em nível mundial, denotam as rupturas sofridas pelo sistema jurídico global e a conseqüente mutação do instituto. Asseveram os juristas franceses que “les transformations du droit du service public découlent des modifications du système juridique global”.⁷⁰

Logo, tratar de serviços públicos não consiste em aplicar regime de direito público, necessariamente. Isto veio a causar notável modificação na concepção formal do instituto. Nesta perspectiva, Cristiane Derani comenta que o novo perfil do Estado é traçado sob o enfoque da desregulamentação e das privatizações, mormente pela inserção da iniciativa privada na prestação de serviços públicos, senão vejamos:

Há uma espécie de uniformização das diretrizes orientadoras do novo perfil dos Estados. A desregulamentação, a privatização, a reforma da previdência, o ajuste fiscal são políticas perseguidas por diversos Estados atualmente. O aparelho estatal é levado a reorganizar-se segundo as exigências do funcionamento mundial de mercados, dos fluxos dos fatores da produção, das alianças estratégicas entre corporações.

O Estado não se retira do domínio econômico. Suas políticas econômicas passam a se formar em desconsideração do sujeito, na direção do fortalecimento do movimento de reprodução do dinheiro. Ele modifica seu modo de intervenção, caracterizando-se pela diminuição das ações de implementação do bem estar social.

Esta passagem se verifica na atuação do Estado no domínio econômico. A retirada do Estado Social, refletida na desconstrução do aparelho burocrático voltado à atividade de concretização dos ideais iluministas da liberdade, igualdade e

⁷⁰ GUGLIELMI, Gilles J.; KOUBI, Geneviève. *Droit du service public*. Paris: Montchrestien, 2000, p. 85.

fraternidade indica uma mudança no curso da ação do Estado no domínio econômico.⁷¹

Em conformidade com os novos papéis assumidos pelo Estado, imperioso mencionar-se que a crise da noção dos serviços públicos no Brasil está afetada ao retorno do modelo (neo)liberal – em nome das propostas advindas com o neoliberalismo – o qual veio a suplantar tendências marcantes do modelo de Estado Social.

Outrossim, o que pode ser vislumbrado, no atual contexto do Estado brasileiro, é uma evolução da noção de serviços públicos, porquanto o Direito, enquanto ciência eminentemente social, deixa-se tocar pelas transformações ocorridas na sociedade, sobretudo considerando-se as mudanças de perfil perpetradas no Brasil pós-1990, quando implementou-se a desestatização como forma de redução da dívida pública e, notadamente, com o advento da Administração Pública Gerencial, instaurada a partir de 1995 como fruto da Reforma do Estado.

Assim, o que se verifica é a mutação da noção tradicional dos serviços públicos, tendo em vista as sucessivas e ininterruptas transformações que o Estado está a sofrer. Neste limiar, tem-se uma realidade distinta daquela vivida na época do surgimento do instituto dos serviços públicos na França. E nem

⁷¹ DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 31-32.

poderia ser diferente, porquanto o Direito é vida,⁷² é ciência da compreensão hermenêutica.

Inequívoco que, à época em que se originou o instituto, a tradição histórica e cultural da humanidade era outra. Houve nítida mudança das condições sociais nos séculos XX e XXI. O evento da globalização, a volatilidade dos mercados e a complexidade social estão a promover constantes transformações no Estado. Logo, o que se verifica nos serviços públicos é uma mutação/evolução conceitual.

Eros Roberto Grau, em sua obra *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, posiciona-se, nitidamente, no sentido de que a noção de serviço público sofreu processo evolutivo, *in litteris*:

Assim, o que efetivamente há de ser determinante para tanto será o exame da Constituição, desde que o intérprete tenha compreendido que, em verdade, *serviço público* não é um *conceito*, mas uma *noção*, plena de *historicidade* [...]. De três outros aspectos, contudo, devo ainda cogitar: o atinente à inconsistência da identificação do que seja *serviço público* mediante a consideração do regime jurídico a que se sujeita a atividade (a), o referente à definição constitucional de certas atividades como serviço público (b) e o concernente à situação

⁷² GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 49. Nesta obra, destaca Eros Roberto Grau: “O direito é um organismo vivo, peculiar porém, porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa a sua força, o seu fascínio, a sua beleza. É do presente, na vida real, que se tomam as forças que lhe conferem a vida. E a realidade social é o presente; o presente é a vida – e vida é movimento. Assim, o significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos.”

jurídica das empresas públicas e das sociedades de economia mista que prestam serviço público (c).⁷³

Destarte, a evolução da noção dos serviços públicos necessita ser perquirida à luz do contexto histórico⁷⁴ vivenciado pela coletividade em uma determinada conjuntura temporal.⁷⁵

⁷³ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 113. No mesmo sentido, verificar: DALLARI, Adilson Abreu. Privatização, eficiência e responsabilidade. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 211. Neste ensaio, destaca o autor: “Qualquer análise que se pretenda fazer de determinado sistema jurídico ou de um segmento dele, por mais abrangente que seja, sempre terá um valor relativo, pois todo e qualquer sistema jurídico sempre está em constante evolução, acompanhando as inevitáveis mutações da sociedade na qual deve operar. A intensidade e a velocidade das mutações sociais determinam o processo de alteração das instituições jurídicas.”

⁷⁴ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo: parte I*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 13.ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 183-184. Eis a concepção de historicidade em Martin Heidegger: “Há significados de ‘história’ que nem possuem o sentido de ciência histórica e nem a visam como objeto. Eles se referem ao próprio ente que nem sempre é, necessariamente, objetivado. Dentre estes sentidos reivindicam um uso privilegiado aqueles em que este ente é compreendido como *passado*. Este significado explicita-se no seguinte discurso: isto ou aquilo já pertence à história. ‘Passado’ significa aqui não ser mais simplesmente dado ou então ainda ser simplesmente dado, embora sem ‘efeito’ sobre o ‘presente’. De todo modo, entendido como o passado, o histórico também possui o significado contrário, quando dizemos: não se pode escapar da história. História significa, nesse caso, o passado mas que ainda surte efeito. Como quer que seja, o histórico, na acepção de passado, é compreendido numa relação de efeito positiva ou privativa sobre o ‘presente’, no sentido do ‘aqui e agora’ real. ‘Passado’ tem ainda uma curiosa duplicidade de sentido. O passado pertence, indiscutivelmente, ao tempo anterior, aos acontecimentos de então. [...] A seguir, a história não significa tanto o ‘passado’ no sentido do que passou, mas a sua *proveniência*. O que ‘tem história’ encontra-se inserido num *dever*. O seu ‘desenvolvimento’ pode ser ora em ascensão, ora queda. O que, desse modo, ‘tem uma história’ pode, ao mesmo tempo, ‘fazer’ história. É ‘fazendo época’ que, no ‘presente’, se determina um ‘futuro’. História significa, aqui, um ‘conjunto de acontecimentos e influências’ que atravessa ‘passado’, ‘presente’ e ‘futuro’. Aqui, o passado não tem primazia. História também significa, ademais, em oposição à natureza, que também se move ‘no tempo’, os entes passageiros ‘do tempo’, isto é, as transformações e destinos dos homens, dos grupos humanos e de sua ‘cultura’. Nesse caso, história não significa tanto o acontecer enquanto modo de ser mas a região daquele ente que se distingue da natureza, no que respeita à determinação essencial da existência do homem como ‘espírito’ e ‘cultura’, embora a natureza, de certo modo, pertença à história assim entendida. Por fim, vale ainda como ‘histórico’ o que é legado na tradição, quer seja conhecido historicamente ou admitido como evidente ou ainda velado em sua proveniência.”

⁷⁵ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo: parte II*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 11.ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 177-178. Nesta obra, Heidegger ressalta a importância do tempo (temporalidade) ao direito e à compreensão hermenêutica: “Não devemos então renunciar ao ponto de partida da temporalidade enquanto sentido ontológico da totalidade da presença mesmo que permaneça ontologicamente obscuro o que se denomina ‘contexto’ entre nascimento e morte? Ou não será que, ao contrário, a *temporalidade* explicitada é que

A hermenêutica filosófica, na esteira de Martin Heidegger, ressalta a importância do *ser-aí* (*Dasein*⁷⁶) para o estudo ora empreendido, porquanto, na perspectiva traçada pela temática em exame – evolução da noção de serviços públicos, o *Dasein* consiste em possibilidade aberta, em constante construção.

A evolução da noção de serviços públicos é passível de ser verificada, concretamente, com a mudança de perfil da Administração Pública no Brasil, que migrou do perfil burocrático à perspectiva gerencial de Estado, sob os auspícios da nova ordem global. Neste sentido, os serviços públicos, até então prestados de forma preponderante e quase exclusiva pelo Poder Público, foram

propicia o *solo* para se dar uma direção precisa à questão ontológico-existencial do chamado 'conceito'? No âmbito destas investigações, talvez já seja um ganho aprender a não facilitar os problemas. Haverá algo mais 'simples' do que caracterizar o 'contexto da vida' entre nascimento e morte? Pois ele *consta de* uma seqüência de vivências 'no tempo'. Quando se analisa mais profundamente esta caracterização do contexto em causa e, sobretudo, os seus pre-conceitos ontológicos, o resultado é curioso. Nesta seqüência de vivências, só é 'propriamente' 'real' a vivência simplesmente dada 'em cada agora'. As vivências passadas e futuras já não são mais ou ainda não são 'reais'. A presença atravessa o espaço de tempo que lhe é concedido entre os dois limites de tal maneira que, apenas sendo 'real' cada agora, ela, por assim dizer, salta por cima da seqüência dos agora de seu 'tempo'. É por isso que se diz que a presença é 'temporal'. Nessa contínua troca de vivências, o si-mesmo se mantém numa certa coincidência de identidade. São divergentes as opiniões quanto à determinação dessa permanência e de sua possível relação com a troca das vivências. Fica indeterminado o ser deste contexto de vivências em sua troca e permanência. Nessa caracterização do contexto da vida, que se tenha por verdadeiro ou não, parte-se, no fundo, da suposição de algo simplesmente dado 'no tempo', embora, evidentemente, não seja 'uma coisa'."

⁷⁶ VATTIMO, Gianni. *Introdução a Heidegger*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 5. Na referida obra, Vattimo salienta: "Que significa, para o *Dasein*, ser um todo? Se o *Dasein* é essencialmente poder-ser, nunca o poderemos encontrar como um todo. O facto de partir da quotidianidade média como lugar de <<todas>> as possibilidades do *Dasein* admite implicitamente estas possibilidades como simples-presenças, possibilidades que havia que ter em conta no seu conjunto, sem passar nenhuma por alto. Por outro lado, a partir da quotidianidade média, vimo-nos levados a considerar o estar-aí no seu modo de ser inautêntico, e só no fim chegámos a uma noção de autenticidade, todavia ainda imprecisa e aproximada. Sigamos, com Heidegger, o fio condutor da totalidade: em que sentido o *Dasein* (que é sempre poder-ser) pode ser um todo? Não se pode pretender experimentar o *Dasein* como totalidade no sentido da simples-presença porque é constitutivo para ele ser possibilidade aberta."

outorgados ao setor privado, rompendo-se, destarte, com a formatação clássica do instituto.

3 A REFORMA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

O que tem caracterizado o devir histórico do Direito é a complexidade e a pluralidade,⁷⁷ sobretudo na atual conjuntura da história, permeada pelas crises do Estado e pela *baixa compreensão do Texto Constitucional Brasileiro*.⁷⁸ De

⁷⁷ AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 20.

⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. A revolução copernicana do (neo)constitucionalismo e a (baixa) compreensão do fenômeno no Brasil – uma abordagem à luz da hermenêutica filosófica. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Tratado de direito constitucional tributário: estudos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 727-728. Assevera Streck: “Na verdade, embora o positivismo possa ser compreendido no seu sentido positivo, como uma construção humana do direito enquanto contraponto ao jusnaturalismo, e tenha, portanto, representado um papel relevante em um dado contexto histórico, no decorrer da história acabou transformando-se – e no Brasil essa questão assume foros de dramaticidade – em uma concepção matematizante do social, a partir de uma dogmática jurídica formalista, de nítido caráter retórico.” Logo, a crise constitucional ventilada por Streck diz respeito à blindagem dos diplomas legislativos infraconstitucionais (códigos e legislação extravagante) em relação à Carta Magna de 1988, blindagem essa que se manifesta pela resistência do positivismo exegético e dedutivista em face do neoconstitucionalismo. Destarte, conforme leciona Streck, a plenipotenciariade da lei – como fonte e pressuposto do sistema – cede lugar aos textos constitucionais que darão guarida às promessas da modernidade contidas no modelo do Estado Democrático (e Social) de Direito. Segundo Streck, à página 725, Werner Käge, nos idos de 1945, salientava: <*Sage mir Deine Einstellung zur Verfassungsgerichtsbarkeit und ich sage Dir, man für einen Verfassungsbegriff Du hast*>, ou, em vernáculo, <*Diz-me a tua posição quanto à jurisdição constitucional e eu te direi que conceito tens da Constituição*>. Acerca da revolução copernicana do Direito Constitucional, ver: STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 13-14. Nesta obra também destaca Streck: “A compreensão acerca do significado do constitucionalismo contemporâneo, entendido como o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito, a toda a evidência implica a necessária compreensão da relação existente entre Constituição e jurisdição constitucional. Nesse sentido, a ilustrativa assertiva de Werner Käge, já em 1945: *Sage mir Deine Einstellung zur Verfassungsgerichtsbarkeit und ich sage Dir, man für einem Verfassungsbegriff Du hast*. Isto significa afirmar que, enquanto a Constituição é o fundamento de validade (superior) do ordenamento e consubstanciadora da própria atividade político-estatal, a jurisdição constitucional passa a ser a condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito.

um lado, o cidadão-contribuinte, premido pela tributação excessiva do Estado, que não vê concretizados os direitos fundamentais sociais inscritos na Constituição Cidadã brasileira de 1988; por outro lado, o Estado, intrincado e indecifrável emaranhado burocrático, ou, como refere José Casalta Nabais, o leviatão fiscal.⁷⁹ Em síntese apertada, esta é a conjuntura que a Administração Pública brasileira atravessa no atual quadrante da história.

Cumpra referir que, antes do advento da Reforma do Estado, a Administração Pública estava desempenhando atividades nitidamente empresariais. O inchamento do Estado consiste em situação que se verifica desde longa data, sobretudo na década de 60 do século XX, sob a justificativa da substituição das importações. Tendo em vista a fragilidade em que se encontrava o setor privado, a economia foi impulsionada pelo Poder Público.⁸⁰

Portanto, o significado de Constituição depende do processo hermenêutico que desvendará o conteúdo do seu texto, a partir dos novos paradigmas exsurgentes da prática dos tribunais encarregados da justiça constitucional. Com isso, conceitos como soberania popular, separação de poderes e maiorias parlamentárias cedem lugar à legitimidade constitucional, instituidora de um constituir da sociedade. Do modelo de constituição formal, no interior da qual o Direito assumia um papel de ordenação, passa-se à revalorização do Direito, que passa a ter um papel de transformação da realidade da sociedade, superando, inclusive, o modelo do Estado Social.”

⁷⁹ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 217-218. Em passagem da obra, Nabais comenta: “Procura-se, ao fim e ao cabo, saber até onde pode ir o “despotismo mascarado” ou o “leviatão fiscal”, que o crescimento contínuo das despesas públicas e dos impostos, nos termos já há muito prognosticados por A. WAGNER, tem vindo a alimentar e com clara expressão na crescente percentagem do PIB que passa pelas mãos do estado pela via dos impostos, uma percentagem que, por toda a parte do mundo desenvolvido, já ultrapassou os 30%, aproximando-se mesmo em alguns casos dos 50%. Por outras palavras, apela-se ao princípio do estado fiscal como última barreira contra um estado que, tendo atingido a dimensão fiscal que se conhece e concentrado no legislador todo o poder que esta dimensão exprime, continua paradoxalmente a servir-se de um arsenal protectivo dos cidadãos contribuintes obsoleto e, em larga medida, inoperante – o princípio da legalidade fiscal.”

⁸⁰ BARROSO, Luís 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, p. 161-162. Saliencia o autor: “Curiosa e paradoxalmente, o avanço e o agigantamento do Estado

Outrossim, com o advento da Carta Constitucional brasileira de 1988, em especial na década de 90, iniciou-se grande debate acerca dos papéis e do tamanho do Estado. Afinal, o modelo dos últimos vinte e cinco anos exauriu-se. Adverte Luís Roberto Barroso que “o Estado brasileiro chegou ao fim do século XX grande, ineficiente, com bolsões endêmicos de corrupção e sem conseguir vencer a luta contra a pobreza”.⁸¹

Destaca-se que o fenômeno da globalização trouxe, inexoravelmente, impactos e transformações na organização espacial das relações sociais e o privilegiamento das relações e exercício de poder à distância entre, dentro e para além dos Estados, em fenômeno complexo de desterritorialização e reterritorialização do poder econômico, político e social. Nesta perspectiva, José María Gómez analisa os processos de mudança estrutural da política mundial e da própria figura do Estado-nação. Pontua o autor, *in verbis*:

Afinal, o principal desafio que enfrenta a política democrática nesta época de transformação consiste, precisamente, em criar condições e capacidades efetivas, por um lado, para cobrar responsabilidade das forças transnacionais e internacionais da globalização pelo alto que vêm se beneficiando de uma espantosa concentração de recursos de poder econômico e político em escala planetária (e que operam, portanto, para além do único e cada vez mais impotente controle democrático existente – o territorial); e, pelo outro, para legitimar instâncias de governança supranacional através de uma ampla participação – não exclusivamente interestatal – no processo

Econômico brasileiro se deu a partir da década de 60, sobretudo após o movimento militar de 1964, e ao longo de toda a década de 70, quando foram criadas mais de 300 empresas estatais: Eletrobrás, Nuclebrás, Siderbrás etc. Foi a era das ‘Brás’.”

⁸¹ BARROSO, Luís 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, p. 163.

de deliberação e tomada de decisão política sobre problemas globais (ambientais, direitos humanos, pobreza e desenvolvimento, etc.) que dizem respeito ao conjunto de humanidade.⁸²

Verifica-se, destarte, que a globalização, sobretudo pelo aspecto econômico, trouxe a necessidade de o Estado reestruturar-se, ou seja, de responder aos desafios da nossa época, porquanto antagonizam-se a exigência, pelos cidadãos, de prestações públicas maiores que o Estado pode oferecer e, por outro lado, a notória dificuldade de o Estado responder, de forma adequada, a todas as demandas sociais.

O Estado contemporâneo está, paulatinamente, abandonando as pretensões que asseguraram sua autoridade na era moderna. O Estado, ao deixar de ser a expressão de uma soberania para se tornar um prestador de serviços, faz da definição de seu limite uma questão política. Neste sentido, Fernando Herren Aguillar leciona:

Inegável, ainda, a crise fiscal do Estado brasileiro. Sua capacidade arrecadatória é cada vez mais débil em face de seus gastos, alimentando, em tempos de inflação, o aumento de preços, e, em tempos de estabilidade, o aumento dos juros. O Estado brasileiro tem-se revelado extremamente ineficiente na administração dos recursos públicos e os resultados podem ser aquilatados pelo nível generalizado de insatisfação popular em relação aos representantes do governo e do parlamento.⁸³

⁸² GÓMEZ, José María. *Política e democracia em tempos de globalização*. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 10-11.

⁸³ AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 24.

A crise do poder soberano⁸⁴ do Estado diante da ascensão de grandes conglomerados transnacionais e a superação da soberania como *suprema potestas* sinalizam, dentre inúmeros aspectos, que o Estado necessitou redefinir seus papéis, mormente com o advento da desestatização e da Reforma do Estado, que trouxeram à sociedade desafiadoras provocações, um profundo repensar sobre as funções e atribuições do Estado Democrático de Direito no Brasil.

É nesta ordem de idéias que o gigantismo do Estado,⁸⁵ premido pelas forças da globalização, teve que se readequar aos novos tempos, sobretudo

⁸⁴ Acerca das crises do Estado, ver, por todos: MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 23-58. Dentre as crises que permeiam o Estado, enquanto instituição central da modernidade, encontra-se a crise conceitual. Eis as lições do autor, p. 25-26 e 33: “Assim, a soberania caracteriza-se, historicamente, como um poder que é juridicamente incontestável, pelo qual se tem a capacidade de definir e decidir acerca do conteúdo e da aplicação das normas, impondo-as coercitivamente dentro de um determinado espaço geográfico, bem como fazer frente a eventuais injunções externas. Ela é, assim, tradicionalmente tida como una, indivisível, inalienável e imprescritível. Neste viés, pode-se dizer que a soberania moderna é aquela típica do Estado Nação. Aquela caracterizada por uma estrutura de poder centralizado e que exerce o monopólio da força e da política – legislativa, executiva e jurisdicional – sobre um determinado território – como um espaço geográfico delimitado por suas fronteiras – e a população – como um conjunto de indivíduos que é reconhecido como cidadão/nacional – que o habita. [...] Mas ao lado de tais circunscrições, outras assumem relevância. Neste viés, pode-se apontar, além dos vínculos criados pelo Estado Constitucional, a crise do Estado Moderno em apresentar-se tradicionalmente como centro único e autônomo de poder, sujeito exclusivo da política, único protagonista na arena internacional e ator supremo no âmbito do espaço territorial de um determinado ente estatal nacional. [...] Ou seja, o que se quer referir aqui é que o modelo de Estado construído na modernidade, com sua tríplice caracterização – sem esquecermos o quarto elemento proposto por alguns doutrinadores, o finalístico, como função a ser cumprida – já não consegue dar conta da complexidade das (des)estruturas institucionais que se superpõem hoje. Em vez da unidade estatal própria dos últimos cinco séculos, tem-se uma multipolarização de estruturas, ou da falta delas – locais, regionais, nacionais, continentais, internacionais, supranacionais, mundiais; públicas, privadas, semipúblicas; oficiais, inoficiais, marginais; formais, informais, paraformais; democráticas, autocráticas; etc.”

⁸⁵ SILVA, Almiro Couto e. Os indivíduos e o estado na realização de tarefas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 209, jul./set. 1997, p. 62-63. Neste ensaio, o autor aponta o gigantismo do Estado, nestes termos: “De outra parte, entretanto, é irrecusável que, em todo o mundo, há enorme preocupação com o gigantismo do Estado e com a qualidade de alguns dos serviços que ele presta. Tal preocupação traduziu-se numa retração das fronteiras do Estado, que passou a devolver a particulares terreno por ele ocupado ou que até mesmo a

pelas desafiadoras posturas que a globalização e, por conseguinte, as crises do Estado⁸⁶ têm exigido, a exemplo da redefinição e relativização do seu poder “soberano”.

3.1 A mudança de estratégia de atuação do Estado: a Administração Pública Gerencial

Da Administração Pública Burocrática à Gerencial, não é novidade afirmar que o cenário global traz imensuráveis desafios ao povo brasileiro. O rearranjo estrutural da Administração Pública, provocado pela Reforma do Estado, tem

entregar a particulares tarefas que anteriormente só ele desempenhava. O pêndulo que oscilava para o setor público torna, agora, para o setor privado. Para isso contribuiu grandemente o fato de as empresas públicas e as sociedades de economia mista não terem tido, em muitos casos, desempenho satisfatório. Seus dirigentes eram tentados a abusar da relativa liberdade de que gozavam, no regime preponderantemente privado que as disciplinava. [...] Todas essas circunstâncias, aliadas ao imenso custo do Estado Social ou do Estado Providência, causador de déficits públicos quase insuperáveis, e às correntes ideológicas que se viram reforçadas pelas bruscas mudanças políticas no leste europeu, acabaram por empurrar também o Brasil para o rumo hoje trilhado pela grande maioria das nações democráticas. A privatização, no sentido estrito do termo, e a terceirização são as ilustrações mais significativas dos caminhos a que se inclina o Estado, neste final de século. Mais do que uma vitória da doutrina neoliberal, a onda privatizante que bate atualmente em todos os continentes tem que ser vista como um triunfo do pensamento pragmático ou problemático sobre o pensamento estruturado em bases puramente racionais, de cunho axiomático, dogmático ou sistemático, que tanto seduziu a filosofia e a ciência até tempos bem recentes. Muito embora existam radicais nos dois extremos, pois há os que julgam que privatizar a qualquer custo é sempre um bom negócio e os que acreditam que o Estado nunca deve desfazer-se do seu patrimônio, a verdade, como em tantas outras situações, parece estar no meio termo. O certo é que as privatizações tem sido feitas não apenas em países de acentuada tradição liberal e defensores antigos e ardorosos do sistema capitalista, como também até mesmo em países comunistas, muito embora no último caso se trate de privatização parcial, pois essas alienações restringem-se à parte minoritária do capital de empresas públicas. Cuba, para ficar num exemplo que diz tudo, em 1994 vendeu ao grupo mexicano Domos 49% das ações de sua empresa estatal de telecomunicações, a Emtel/Cuba.”

⁸⁶ MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 34-57. Dentre as crises do Estado, o autor trata da crise estrutural ou o fim do Estado do Bem-Estar Social, anunciando, por conseguinte, as crises fiscal, ideológica e filosófica que permeiam o Estado Social. Também podem ser vislumbradas, na esteira do autor, a crise constitucional (institucional), a crise funcional (perda da exclusividade) e a crise política e da representação.

início no governo Fernando Henrique Cardoso, como forma de enfrentar a crise fiscal.⁸⁷

A necessária reorganização do Estado, fruto da globalização, compreende posições antagônicas em sede doutrinária. Para José María Gómez, as reformas do Estado “não fazem mais do que agravar o déficit de *accountability* horizontal (entre os poderes do Estado) e vertical (entre o Estado e a cidadania)”.⁸⁸ Já para Fernando Henrique Cardoso, “impõe-se a reorganização

⁸⁷ LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 146. Neste sentido leciona o autor: “[...] a reforma do Estado Constitucional provocada pelo governo Fernando Henrique Cardoso (no Brasil), tem como base epistemológica e teórica a experiência da nominada Administração Gerencial, emergida na segunda metade do século XX, como resposta à fragilização do Estado Tecnoburocrático, como modo de enfrentar a crise fiscal, como estratégia para reduzir o custo e tornar mais eficiente a administração de imensos serviços outorgados ao Estado e como um instrumento de proteção do patrimônio público contra os interesses do *rent-seeking* ou da corrupção aberta.” No tocante à crise fiscal, ver: MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 40-42. Destaca o autor que a crise fiscal-financeira do Estado está por detrás de todas as outras crises, ou da maioria delas, nestes termos: “Muitas das situações transitórias, para solução das quais este modelo de Estado Social fora elaborado, passaram, dadas as conjunturas internacionais, a ser permanentes ou de longa duração – o caso do desemprego nos países centrais exemplifica caracteristicamente este fato – quando políticas públicas de caráter temporário se transformaram em prestações públicas permanentes ou duradouras, produzindo, em razão disso, uma profunda defasagem entre a poupança pública constituída para fazer frente a tais garantias sociais. Para superar esta situação, duas perspectivas principais são apontadas: aumento na carga fiscal ou redução de custos via diminuição da ação estatal. Há, também, quem sugira, diante de certas situações paradigmáticas, a extensão da incidência tributária via aumento da faixa de contribuintes. Ou seja, conjuga-se o aumento da tributação seja pelo crescimento das alíquotas, seja pela quantificação subjetiva do papel de agente passivo da relação tributária, embora não estejamos aqui considerando as diferenças peculiares a ambas as possibilidades.”

⁸⁸ GÓMEZ, José María. *Política e democracia em tempos de globalização*. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 99-100. Destaca o autor: “Além disso, no quadro dos imperativos e das implicações do novo modelo econômico (endividamento público interno e externo desenfreado, desmonte privatizador do Estado através da dilapidação do patrimônio público e do acúmulo de demissões, contensão dos gastos sociais, sujeição absoluta da política econômica à vigilância dos operadores dos mercados financeiros, etc.), o conjunto das reformas neoliberais debilitaram exponencialmente as capacidades das instituições estatais em termos de ação e coordenação geral das políticas públicas, minando a ação do Estado enquanto agente de desenvolvimento e integração social, de valorização e eficácia dos serviços públicos e do funcionalismo público, desmontando assim as bases da constituição dos atores sociais e da representação simbólica coletiva da comunidade política.”

dos Estados nacionais, para que eles possam fazer frente a esses desafios que estão presentes na conjuntura atual”.⁸⁹

A Reforma do Estado admite um emaranhado de ponderações e leituras. Verifica-se que uma série de atividades, até então desempenhadas pela Administração Pública, foram outorgadas à iniciativa privada, sob a justificativa de reduzir a dívida pública. O Programa Nacional de Desestatização, promovido pela Lei n. 8.031/90, sucedida pela Lei n. 9.491/97, instaurou o movimento de reestruturação econômica do setor público, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo Estado.

O fato é que o Poder Público, diante do seu agigantamento, necessitou readequar-se aos novos tempos, concentrando seus esforços nas atividades em que sua presença mostra-se fundamental, mediante a outorga das atividades empresariais ao setor privado, sob o regime regulatório. Assim, o Estado passou de executor de atividades empresariais a um Estado Regulador.⁹⁰

⁸⁹ CARDOSO, Fernando Henrique. Reforma do Estado. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (Orgs.). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. 6.ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2005, p. 15.

⁹⁰ BARROSO, Luís 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, p. 169. Acerca do novo perfil do Estado e o surgimento das agências reguladoras, destaca Barroso: “A constatação de que o Estado não tem recursos suficientes para todos os investimentos necessários e que, além disso, é geralmente um mau administrador, conduziu ao processo de transferência para o setor privado da execução de ampla gama de serviços públicos. Mas o fato de determinados serviços serem prestados por empresas privadas concessionárias não modifica a sua natureza pública: o Estado conserva responsabilidades e deveres em relação à sua prestação adequada.”

O processo de globalização transformou de forma radical os papéis do Estado, fato este que, na esteira de Cármen Lúcia Antunes Rocha, “enseja e enceta o surgimento de um momento inteiramente novo na América Latina”,⁹¹ ao analisar a integração latino-americana de mercados: o MERCOSUL. Para Alberto Nogueira, o novo contexto da globalização exige que o Estado seja um *global player*, ou seja, planetário, permanente, internacional e imaterial. No entanto, reformar o Estado não importa em desmantelá-lo.⁹²

A Reforma do Estado no Brasil enseja três transformações estruturais que se complementam e não se confundem. Destaca Luís Roberto Barroso que a primeira transformação da ordem econômica brasileira foi a extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro, eis que a Emenda Constitucional n. 6, de 15 de agosto de 1995, suprimiu o artigo 171 da Carta Constitucional de 1988, que trazia a conceituação de empresa brasileira de capital nacional, outorgando à mesma proteção, benefícios especiais e preferências.⁹³

A segunda modificação, que propiciou o movimento de Reforma do Estado, diz respeito à flexibilização dos monopólios estatais, eis que, com a Emenda Constitucional n. 5, de 15 de agosto de 1995, alterou-se a redação do § 2º do

⁹¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Constituição, soberania e Mercosul. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 139, jul./set. 1998.

⁹² NOGUEIRA, Alberto. *Globalização, regionalizações e tributação: a nova matriz mundial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 41-42.

⁹³ BARROSO, Luís 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, p. 164.

artigo 25, possibilitando-se que os Estados-membros outorguem à iniciativa privada a exploração dos serviços públicos locais de distribuição de gás canalizado, hipótese que, até então, incumbia somente à empresa sob controle acionário estatal. Na área do petróleo, a Emenda Constitucional n. 9, de 9 de novembro de 1995, rompeu o monopólio estatal, facultando à União Federal a contratação com empresas privadas que atuam na área petrolífera.⁹⁴

Por final, a terceira fase de transformação do Estado, inaugurada com as privatizações, instaurou-se sem alterações na Carta Magna de 1988, com a edição da Lei n. 8.031, de 12 de abril de 1990,⁹⁵ revogada, *a posteriori*, pela Lei n. 9.491, de 9 de setembro de 1997, que instituiu o Programa Nacional de Desestatização. O referido programa, sob a égide da Reforma do Estado, trouxe, em 1990, inovação significativa: a passagem da Administração Pública Burocrática à Gerencial.

Os objetivos fundamentais da Lei n. 9.491/97, consoante dispõe o seu artigo 1º, consistem em reordenar a posição estratégica do Estado, transferindo

⁹⁴ BARROSO, Luís 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, p. 164-165.

⁹⁵ BARROSO, Luís 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, p. 165-166. No tocante à desestatização, assevera o autor: “Acrescente-se, em desfecho do levantamento aqui empreendido, que, além das Emendas Constitucionais n. 5, 6, 7, 8 e 9, assim como da Lei 8.031/90, os últimos anos foram marcados por uma fecunda produção legislativa em temas econômicos, que inclui diferentes setores, como: energia (Lei 9.247, de 26.12.96), telecomunicações (Lei 9.472, de 16.07.97) e petróleo (Lei 9.478, de 6.08.97), com a criação das respectivas agências reguladoras; modernização dos portos (Lei 8.884, de 11.06.94); concessões e permissões (Leis 8.987, de 13.02.95 e 9.074, de 7.07.95), para citar alguns exemplos.”

à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público (inciso I); reestruturar a economia do setor público, mediante a redução da dívida pública líquida (inciso II); retomar os investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada (inciso III); reestruturar a economia do setor privado, modernizando a infra-estrutura e o parque industrial do País (inciso IV); permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais (inciso V) e contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais (inciso VI). Em seu artigo 2º, III, refere a citada legislação de regência que podem ser objeto de desestatização os serviços públicos objeto de concessão, permissão ou autorização.

Desta forma, perpassa na atual conjuntura do Estado Brasileiro a migração da Administração Pública Burocrática, centrada no processo, na definição de contratação de pessoal para a compra de bens e serviços, na satisfação de demandas dos cidadãos, para a Administração Pública Gerencial, orientada em resultados.⁹⁶

A primeira etapa ou fase da Reforma do Estado, na migração da Administração Pública Burocrática à Gerencial, diz respeito à redução dos gastos públicos. Assim, a política de desestatização surge como reação à crise

⁹⁶ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (Orgs.). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. 6.ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2005, p. 28.

do Estado. Bresser Pereira destaca que é por este fator que o neoliberalismo passou a ser identificado com cortes nos gastos e com o projeto de reduzir o tamanho do Estado.⁹⁷

O objetivo principal da Administração Pública Gerencial é descentralizar. Os serviços públicos, enquanto serviços não-exclusivos,⁹⁸ podem ser também desempenhados pela iniciativa privada e pelo setor público não-estatal (não-governamental).

O modelo da Administração Pública Gerencial vai de encontro ao burocratismo estatal, que defende o controle e o desempenho dos serviços públicos pelo Estado e tem dificuldade de conviver com o ideário da desestatização. O modelo gerencial de Estado sustenta que o financiamento ou subsídio dos serviços públicos incumbe ao Poder Público, desde que

⁹⁷ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (Orgs.). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. 6.ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2005, p. 32. Acerca da Reforma Gerencial do Estado, ver também: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo: Ed. 34, 1998, p. 20. Nesta obra, merece relevo a consideração tecida por Bresser Pereira: "A Reforma Gerencial em curso entende que o regime democrático, apesar de todas as suas limitações reais, está consolidado no Brasil, nega o pressuposto do egoísmo intrínseco do ser humano, e não encontra base empírica para a afirmação neoliberal de que as falhas do Estado são sempre piores do que as do mercado. Por isso, está muito longe de ser neoliberal. Por outro lado, critica a alternativa estatista e burocrática, porque a vê como intrinsecamente ineficiente e historicamente autoritária. Sabe, entretanto, que essas falhas do Estado são grandes, como são fortes as tendências autoritárias da burocracia. Por isso, oferece uma combinação de instrumentos administrativos e políticos, apostando que dessa forma logrará superar a ineficiência e o autoritarismo da burocracia e oferecer uma alternativa ao individualismo radical da nova direita neoliberal."

⁹⁸ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (Orgs.). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. 6.ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2005, p. 34. Para Bresser Pereira, "serviços não-exclusivos são todos aqueles que o Estado provê, mas que, como não envolvem o exercício do poder extroverso do Estado, podem ser também oferecidos pelo setor privado e pelo setor público não-estatal ('não-governamental'). Esse setor compreende os serviços de educação, saúde, culturais e de pesquisa científica."

controlados pela sociedade. Logo, a Reforma do Estado não propõe um Estado Liberal ou Mínimo, consoante leciona Luís Roberto Barroso:

A redução expressiva das estruturas políticas de intervenção direta na ordem econômica não produziu um modelo que possa ser identificado com o de Estado Mínimo. Pelo contrário, apenas deslocou-se a atuação estatal do campo empresarial para o domínio da disciplina jurídica, com a ampliação de seu papel na regulação e fiscalização dos serviços públicos e atividades econômicas. O Estado, portanto, não deixou de ser um agente econômico decisivo. Para demonstrar a tese, basta examinar a profusão de textos normativos editados nos últimos anos.

De fato, a mesma década de 90, na qual foram conduzidas a flexibilização de monopólios públicos e a abertura de setores ao capital estrangeiro, foi cenário da criação de normas de proteção ao consumidor em geral e de consumidores específicos, como os titulares de planos de saúde, os alunos de escolas particulares e os clientes de instituições financeiras. Foi também nesse período que se introduziu no país uma política específica de proteção ao meio ambiente, limitativa da ação dos agentes econômicos, e se estruturou um sistema de defesa e manutenção das condições de livre concorrência que, embora longe do ideal, constituiu um considerável avanço em relação ao modelo anterior. Nesse ambiente é que despontaram as agências como instrumento da atuação estatal.⁹⁹

A constatação de que o Estado não detém recursos financeiros suficientes para a realização dos investimentos públicos necessários implicou a transferência, para a iniciativa privada, da execução dos serviços públicos, sob a ingerência do Poder Público. A assunção das atividades inerentes aos serviços públicos por empresas privadas não transmuda a natureza pública destes serviços de interesse social. O Estado, neste contexto, atua como

⁹⁹ BARROSO, Luís 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, p. 166.

gestor dos serviços públicos outorgados às empresas privadas, ou seja, conserva responsabilidades e deveres em relação à adequada prestação dos serviços essenciais à população. Eis as lições de Luís Roberto Barroso:

Daí a privatização haver trazido drástica transformação no papel do Estado: em lugar de protagonista na execução dos serviços, suas funções passam a ser as de planejamento, regulação e fiscalização. É nesse contexto histórico que surgem, como personagens fundamentais, as *agências reguladoras*.

É bem de ver que a relação que se tem feito entre as agências reguladoras e serviços públicos executados por particulares é apenas histórica, já que nada impede a existência de agências para regulação de atividades puramente privadas, como instrumento de realização da disciplina jurídica do setor. Quanto aos serviços públicos, as funções transferidas para as agências reguladoras não são novas: o Estado sempre teve o encargo de zelar por sua boa prestação. Ocorre todavia que, quando os serviços públicos eram prestados diretamente pelo próprio Estado ou indiretamente por pessoas jurídicas por ele controladas (como as sociedades de economia mista e as empresas públicas), estas funções não tinham visibilidade e, a rigor, não eram eficientemente desempenhadas. Agora, todavia, a separação mais nítida entre o setor público e o setor privado revigora esse papel fiscalizador.¹⁰⁰

A transferência, ao setor privado, da execução dos serviços públicos significou, no ano de 2002, a criação de uma série de agências de regulação no âmbito nacional: ANA – Agência Nacional de Águas, ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica, dentre outras. No Estados-Membros também foram criadas agências reguladoras, a exemplo da AGERGS – Agência Estadual de Regulação dos

¹⁰⁰ BARROSO, Luís 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, p. 170.

Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul, instituída pela Lei Estadual 10.931, de 9 de janeiro de 1997.

A Reforma do Estado, nesta ordem de idéias, surge como consequência do fenômeno da desestatização, que dista de ser tarefa simples, porquanto trata de acontecimento de grande complexidade, que alterou, de maneira substancial, os papéis do Poder Público, mediante a outorga dos serviços públicos ao setor privado, com vistas ao desempenho de atribuições de relevante interesse social.

3.2 A outorga dos serviços públicos à iniciativa privada

Diante da necessidade de arrecadar maior numerário aos cofres públicos, o Estado adentrou no desempenho de atividades econômicas, dada a incapacidade de manutenção das finanças públicas através da receita proveniente da tributação. Juan Manuel Barquero Estevan salienta que o Estado deve desempenhar, em caráter excepcional ou restrito, o desempenho de atividade econômica lucrativa, esta inerente à iniciativa privada, nestes termos:

Partiendo del presupuesto de que en el “Estado impositivo” el impuesto es la fuente de ingresos dotada de mayor legitimidad, se negará al poder público, o se le reconocerá sólo de manera restringida, la posibilidad de desarrollar una actividad económica lucrativa en concurrencia con la economía privada. Y algo más adelante, se utilizará para fijar límites a la posibilidad de recurrir a las exacciones parafiscales

(*Sonderabgaben*), y en general, para exigir una justificación especial para el recurso a los tributos distintos del impuesto.¹⁰¹

É nesta ordem de idéias que o Estado, paulatinamente, passou a ocupar espaço que até então incumbia à iniciativa privada. Dada a insuficiente arrecadação de tributos para o implemento de políticas públicas, a Administração Pública viu-se carente de fontes outras de receitas financeiras, porquanto as cifras oriundas da tributação eram insuficientes para a manutenção do Estado e de seus respectivos direitos sociais.

Foi nesta circunstância que o Estado inseriu-se na exploração de atividades econômicas, passando a interferir nos meios de produção da sociedade. Isto trouxe à lume grande transformação no modelo até então existente de Estado, que tinha providas suas necessidades – sistema de financiamento público – através da arrecadação tributária.

Não obstante as investidas do Estado sobre atividades antes circunscritas ao setor privado, com o advento da globalização houve a necessidade de o Estado reestruturar-se, ou seja, migrar da Administração Pública Burocrática à Gerencial. As justificativas para a Reforma do Estado encontram-se na Lei n. 9.491/97, que criou o Programa Nacional de Desestatização. Tal diploma legal

¹⁰¹ ESTEVAN, Juan Manuel Barquero. *La función del tributo en el estado social y democrático de derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 32. E o autor, na p. 34 da obra mencionada, assim prossegue em seus ensinamentos: “Todavía en 1917, en un libro que llevaba el muy gráfico título de *Staatsocialismus oder Staatkapitalismus*, Goldscheid profetizaba que el Estado no sería capaz de enjugar esas deudas por medio de impuestos y que para sanear sus arcas tendría que recurrir a los ingresos empresariales, lo que implicaba que habría de procurarse una creciente participación en los medios de producción.”

inaugurou a concepção de desestatização, prevista em seu artigo 2º, § 1º, alíneas *a* e *b*.

Segundo leciona Dinorá Adelaide Musetti Grotti, a nova lógica do Estado adota a descentralização como estratégia; impõe a diminuição do seu tamanho, envolvendo as questões de privatização, terceirização e publicização; a recuperação da sua capacidade financeira e administrativa; a necessidade de fortalecimento de sua função reguladora, fiscalizadora e fomentadora; o desmonte do Estado prestador, produtor, interventor e protecionista; e o aumento da governabilidade. Eis as lições da autora:

No direito brasileiro a idéia de privatização, tomada no seu sentido amplo, abrange todas as medidas tomadas com o fim de reduzir a presença do Estado, compreendendo: a) a desmonopolização de atividades econômicas; b) a concessão de serviços públicos, com a devolução da qualidade de concessionário à empresa privada e não mais à empresa estatal; c) a terceirização, mediante a qual a Administração Pública busca a parceria com o setor privado, através de acordos de variados tipos; d) a desregulação, com a diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico; e) a desestatização ou desnacionalização, com a venda de empresas estatais ao setor privado.¹⁰²

A reforma administrativa buscada pelo Brasil perfilha as mesmas diretrizes traçadas pela Administração Pública em vários países: maior eficiência no desempenho das atividades da Administração, maior agilidade e capacidade gerencial, maior legitimidade e transparência, maior aproximação com a

¹⁰² GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 150.

sociedade, seja através da proposição de formas de colaboração, ou parceria, seja através da instituição de novos mecanismos de controle social.

O Estado, em sua conformação atual, encontra-se impossibilitado de implementar as políticas públicas que se fazem necessárias. Neste passo, mister se faz redefinir os papéis do Estado, objetivando transferir-se à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo Poder Público. Isto quer significar que o Estado não deve explorar, diretamente, os serviços não-exclusivos, os quais podem ser ofertados ao setor privado, sob a gerência e controle da Administração Pública. Nicolás María López Calera assim retrata esta problemática:

[...] es evidente que la realidad del Estado es hoy altamente problemática. No se sabe exactamente a dónde va el Estado a finales del siglo XX. Nuestras libertades y el destino de la humanidad están seriamente comprometidos por lo que es y sobre todo lo que pueda ser el Estado en el próximo siglo. [...] Concretamente creo que *el Estado no debe ni puede desaparecer*, pero sobre todo estoy convencido de que se deben reinventar teóricamente sus fundamentos y determinar el papel que le corresponde en un momento histórico lleno de cambios espectaculares y de perplejidades teóricas y prácticas muy fuertes. La trayectoria del Estado moderno ha sido en general, aunque lenta, progresiva. Se ha culminado con el Estado social de derecho, con el Estado intervencionista y de bienestar.

[...]

En consecuencia se vuelve a insistir en la necesidad de recuperar el viejo modelo económico del liberalismo y se apuesta decisivamente por el mercado para resolver los problemas de desarrollo y de distribución de la riqueza: *more Market, less State*. Esto es, se exige <<desestatalizar>> y despolitizar la economía y dar paso de nuevo y con renovado vigor a la iniciativa privada.¹⁰³

¹⁰³ CALERA, Nicolás María López. *Yo, el Estado*. Madrid: Editorial Trotta, 1992, p. 15-17.

A temática da desestatização tem suscitado grandes debates em diversas esferas da sociedade. A revolução havida no que toca aos papéis do Estado na implementação de políticas públicas, instrumentalizadas através dos serviços públicos, concerne à paulatina transferência, ao setor privado, de tarefas até então adstritas ao Poder Público, situação que sinaliza a Reforma do Estado, corolário da globalização e das transformações ocorridas na economia capitalista mundial.

A desestatização, fruto do fenômeno da globalização,¹⁰⁴ teve início, no Brasil, após o desenrolar das políticas de desestatização ocorridas na Europa. Neste sentido, Cristiane Derani critica que o Brasil, quando do início das políticas de desestatização, pouco de social imprimia ao governo, se estabelecido o cotejo comparativo com as políticas sociais desenvolvidas pelos países europeus. Eis as considerações da Autora:

De fato, enquanto na Europa se escrevia sobre alguns problemas da retirada do Estado Social, naquelas paragens, o tom monocórdico da superioridade do mercado e da falência do Estado imperava no discurso político, universitário e na mídia. Ademais, a despeito de toda retórica, o Brasil iniciou o desmanche de um Estado que pouco de social tinha, ao contrário do gordo Estado providência nos países como a Inglaterra, França e Alemanha.¹⁰⁵

¹⁰⁴ SUNFELD, Carlos Ari. A administração pública na era do direito global. *In*: SUNFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 160. Em estudo específico, o autor tece comentário sobre aspecto pontual da globalização: “O fenômeno da globalização supõe a abdicação, pelos Estados, justamente do direito à livre escolha de seu sistema econômico, pois não devem mais existir ‘sistemas econômicos nacionais’, e sim um único sistema: o mundial, de inspiração neoliberal. Isso evidentemente implica radical limitação, para o Estado, na escolha do conteúdo de suas normas, as quais passam a ser moldadas em função de políticas que escapam de seu controle e influência.”

¹⁰⁵ DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 114. A autora leciona, na página 115 da obra

O Estado Democrático de Direito, para dar consecução a políticas públicas adequadas aos cidadãos e para minorar os impactos de suas dívidas, além da instituição de tributos, socorreu-se também dos meios de produção, através de sua atuação em atividades tipicamente empresariais, desenvolvidas pela iniciativa privada.

No entanto, o Programa Nacional de Desestatização – Lei n. 9.491/97, previu, em seu artigo 1º, dentro outros aspectos fundamentais, a necessidade de o Estado Brasileiro não mais explorar atividades de cunho econômico, no escopo de transferir à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público, assim contribuindo para a redução da dívida pública líquida.

O processo de desestatização na França teve início com as leis de privatização francesas n. 86-793, de 2 de junho de 1986 e n. 86-912, de 6 de agosto de 1986. Cristiane Derani realiza breve cotejo entre a reforma do Estado que se desencadeou no Brasil e a ocorrida na França, nestes termos:

Segundo parecer do Conselho Constitucional francês, estão fora do processo de privatização as empresas que geram serviços públicos previstos pela Constituição. Existe um limite constitucional ao processo de privatização francês: “todo bem, toda empresa, cuja exploração tenha ou adquira características

em relevo, que o fenômeno das privatizações não deve ser compreendido somente sob o prisma econômico, tendo em vista que a desestatização não consiste, tão somente, em expandir fronteiras de mercado: “Não se pode compreender privatização simplesmente pela sua mecânica econômica. Privatizar não é somente abrir fronteiras de mercado. Sob o ponto de vista jurídico, privatizar é eliminar deveres do poder público, no que concerne à atuação do Estado no domínio econômico. As questões de privatização, dos serviços públicos e da concorrência situam-se no entroncamento da economia com o direito e a política. A exploração de um serviço público substitui, a princípio, a concorrência, porque sua produção é uma necessidade social e, portanto, independe dos estímulos produzidos pelo mercado.”

de um serviço público nacional ou de um monopólio de fato, deve se tornar propriedade da coletividade.

De uma parte, as empresas públicas que exploram um serviço público, cuja existência e funcionamento seriam exigidos pela Constituição, não podem ser privatizadas. De outra parte, a referência à existência de um monopólio de fato se opõe igualmente a uma privatização.

Esta comparação com o direito francês sobreleva a necessária reflexão sobre a constitucionalidade da venda de empresa pública prestadora de serviço público constitucional. O art. 175 da CF é claro na faculdade de transferência do Estado para o agente privado do exercício da atividade, que, por sua vez, continua sendo privativa do poder público. O art. 22 da Constituição, por exemplo, outorga à União o dever de explorar os serviços de telecomunicações, ela própria ou mediante concessão. Este dever é ratificado no art. 175 – “*Incumbe ao Poder Público ... a prestação de serviços públicos*”. O dever de prestar serviço público é uma norma constitucional, um poder intransferível outorgado pela Carta Magna. A Constituição prevê que o poder público contrate com o agente privado, para que ele realize este dever do Estado, durante um certo tempo e observadas certas condições.¹⁰⁶

A política de desestatização advinda com a Lei n. 9.491/97 trouxe significativas mudanças no âmbito do Estado brasileiro. As transformações engendradas nos serviços públicos com o advento do Programa Nacional de Desestatização – PND podem ser vislumbradas sob várias perspectivas, dentre as quais destaca-se o novo modelo de prestação dos serviços essenciais, através das concessionárias e permissionárias de serviços públicos.

Em que pese a Constituição Brasileira de 1988 ser permeada por diretrizes que salientam serem os serviços públicos de interesse social, Cristiane Derani adverte que, se estabelecida comparação entre o modelo francês e o brasileiro, verifica-se que a legislação de regência francesa atinente à desestatização

¹⁰⁶ DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 123.

estabelece uma série de limitações a este processo, com vistas a salvaguardar os interesses nacionais. No entanto, como assevera a mencionada estudiosa, o Programa Nacional de Desestatização do Brasil não se manifesta nos termos do modelo francês, ou seja, não protege, de maneira efetiva, os interesses (e dos) nacionais.¹⁰⁷

Destarte, no escopo de perquirir os influxos que a globalização e a desestatização exercem no contexto do Estado Democrático de Direito brasileiro, merecem relevo algumas formas de outorga dos serviços públicos ao setor privado no Brasil, notadamente após o advento das Leis ns. 8.031/90 e 9.491/97, que implantaram a desestatização e fomentaram a Reforma do Estado. Ademais, no ano de 2004, com a Lei das Parcerias Público-Privadas (PPP), adveio nova modalidade de contratação entre o Poder Público e a iniciativa privada, situação que vem a confirmar as tendências contemporâneas do Estado rumo ao perfil gerencial.

3.3 (Algumas) formas de outorga dos serviços públicos à iniciativa privada

Muito embora o setor privado, com o advento da Reforma do Estado, tenha assumido o desempenho de algumas atividades de interesse social, necessário salientar que o papel da Administração Pública mostra-se imprescindível. O

¹⁰⁷ DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 133.

Estado, que até então geria e executava os serviços públicos, agora, preponderantemente, os regula, vigia, inspeciona e, se necessário for, sanciona.¹⁰⁸

Conforme estatui o artigo 175 da Constituição Federal brasileira de 1988, o serviço público pode ser prestado diretamente pelo Poder Público, através da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, ou sob o regime das concessões e permissões. Logo, a exploração da prestação destes serviços indispensáveis à coesão e à interdependência social pode ser delegada a empresas privadas ou mesmo vinculadas à Administração Pública, através de empresas públicas ou sociedades de economia mista. Cumpre sinalar-se que a titularidade dos serviços públicos é sempre do Poder Público, por força de disposição constitucional.¹⁰⁹

¹⁰⁸ REBOLLO, Luis Martín. Servicios públicos y servicios de interes general: la nueva concepción y operatividad del servicio público em el derecho administrativo español. *In*: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 111. Ainda destaca o autor: “Y es que liberalizar no es equivalente ni a privatizar, ni mucho menos a desregular. La administración puede que gestione directamente menos. Pero va a regular más. A fijar condiciones, criterios, pautas en beneficio de la competencia, esto es, al final, de los derechos de los usuarios. Y vigilará también el cumplimiento de las condiciones de la autorización otorgada a las empresas que presten el servicio.”

¹⁰⁹ BARROSO, Luís 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, p. 168-169. Luís Roberto Barroso assim destaca as possibilidades de enfrentamento do serviço público pelo Estado, no tocante à prestação indireta: “Na prestação indireta abrem-se duas possibilidades: pode o Estado constituir pessoas jurídicas públicas (autarquias e fundações públicas – as chamadas ‘fundações autárquicas’) ou privadas (sociedades de economia mista e empresas públicas) e, mediante lei (CF, art. 37, XIX), *outorgar* a tais entes a prestação do serviço público, seja de educação, água, eletricidade ou qualquer outro. Ou pode, por outro lado, *delegar* à iniciativa privada, mediante contrato ou outro ato negocial, a prestação do serviço. Serve-se aí o Estado de figuras jurídicas como a concessão e a permissão. Mais recentemente, têm sido concebidas diferentes formas de delegação, identificadas genericamente como *terceirização*, que incluem espécies negociais como a franquia e o contrato de gestão, entre outros. O *caput* do art. 175 provê sobre o tema: *Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos*. A exploração da atividade econômica,

Existem pontos de intersecção entre a permissão e a concessão de serviços públicos. Dentre as similitudes existentes entre a permissão e a concessão, destacam-se: ambas afiguram-se prestações indiretas de serviço público; são passíveis de certame licitatório prévio e perfectibilizam-se no mundo jurídico mediante contrato.

Por outro lado, as diferenças existentes entre as concessões e permissões dos serviços públicos consistem em que a permissão, contrariamente à concessão, é precária, ou seja, pode ser extinta a qualquer tempo pela Administração Pública, de forma unilateral, não gerando qualquer sorte de indenização ao permissionário do serviço público; a concessão requer concorrência, podendo, nos casos de privatização de serviços públicos federais, ser precedida de leilão, ao passo que a permissão pode ser efetuada através de qualquer espécie de licitação; e a concessão entabula-se entre o Poder Público e pessoa jurídica ou consórcio de empresas, ao passo que a permissão pode ser realizada através de pessoa física.

No tocante ao intuito personalíssimo que norteia as diretrizes contratuais da concessão de serviços públicos, destaca-se que esta é entregue a pessoa

por sua vez, não se confunde com a prestação de serviços públicos, quer por seu caráter de subsidiariedade, quer pela existência de regras próprias e diferenciadas. De fato, sendo o princípio maior o da livre iniciativa, somente em hipóteses restritas e constitucionalmente previstas poderá o Estado atuar diretamente, como empresário, no domínio econômico. Tais exceções se resumem aos casos de: a) imperativo da segurança nacional (CF, art. 173, *caput*); b) relevante interesse coletivo (CF, art. 173, *caput*); c) monopólio outorgado à União (*v.g.*, CF, art. 177). [...] a reserva de atividades econômicas à exploração direta e monopolizada da União foi substancialmente alterada e flexibilizada. E, quando não se trate de monopólio, o Estado deverá atuar diretamente no domínio econômico sob o mesmo regime jurídico das empresas privadas, como deflui do § 1º do art. 173 da Carta Federal.”

determinada, conforme os ditames constitucionais e legais definidos, não podendo ser conferida a quem o deseje o administrador público, mas àquele que o processo administrativo determine, em obediência às estritas balizas da legalidade. Neste sentido, destaca Cármen Lúcia Antunes Rocha:

Nem poderia ser diferente em face dos princípios constitucionais da Administração Pública, mormente o da impessoalidade, que, fundamentando a própria República Democrática, faz as vezes de base sustentadora do modelo administrativo adotado. Logo, a condição de concessionário há de ser obtida por quem comprove atender às condições postas para que o interesse público especificamente buscado com a prestação do serviço público, objeto daquela, seja integralmente satisfeito. Não é concessionário quem quer, mais quem é escolhido, nos termos impessoais da lei, para ocupar essa condição. Amizade ou inimizade do administrador com as pessoas que compõem uma pessoa jurídica não é título para se obter a concessão, no primeiro caso, tampouco se para deixar de obtê-la, no segundo. Daí a exigência constitucionalmente estabelecida de processo licitatório prévio para a contratação da concessão (art. 175), repetida no art. 2º, II e III, da Lei n. 8.987/95. Nesse dispositivo legal elege-se a modalidade de licitação a ser adotada para a concessão, a saber, a da concorrência.¹¹⁰

O caráter temporal da concessão dos serviços públicos importa no lapso que medeia entre o início e o término do contrato entabulado entre a concessionária do serviço público e a Administração Pública. Destaca-se que necessário se faz um prazo mais elástico para os contratos de concessão de serviços públicos, tendo em vista os investimentos vultosos que necessitam ser realizados pelo concessionário.

¹¹⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 45-46.

Assim, a concessão de serviços públicos sempre se dá por tempo determinado, premissa que decorre por força de disposição legal, insculpida no artigo 18, I, da Lei n. 8.987/95. O contrato de concessão de serviços públicos sempre é entabulado por prazo certo, afigurando-se desalbergada, pelo ordenamento jurídico brasileiro, a possibilidade de eternizarem-se as concessões, porquanto a perenização destes contratos representaria a transferência não da prestação, mas sim do próprio serviço público objeto da concessão.

Outra característica de fundamental importância é que os contratos de concessão de serviços públicos são precários, ou seja, são efêmeros, instáveis, de breve duração e incertos quanto à permanência, característica esta decorrente da temporariedade da concessão, prevista no artigo 42, § 2º, da Lei n. 8.987/95.

A concessão dos serviços públicos é retratada por Fritz Fleiner¹¹¹ como prerrogativa que compete à iniciativa privada em casos excepcionais,

¹¹¹ FLEINER, Fritz. *Instituciones de derecho administrativo*. Tradução de Sabino A. Gendin. Madrid: Editorial Labor S.A., 1933, p. 275. Eis as lições do autor, página 278-279 da obra em destaque: "Sin embargo, la ley puede permitir a las autoridades administrativas que concedan a un particular el ejercicio de una actividad monopolizada, sea compitiendo con la Administración pública o sustituyéndola. Pero esto es solamente admisible cuando existen garantías de que también por la explotación privada (escuelas, tráfico) se alcanza el fin público. Con esto, la autoridad concede al particular un derecho que no había tenido hasta entonces; su esfera jurídica individual se ensancha. Con razón se caracteriza este proceso como una concesión de soberanía: concesión de ferrocarriles, concesión de telégrafos, concesión de caminos, concesión de servicios de pasajes fluviales, etc. [...] Por lo general, depende del arbitrio de la autoridad competente el otorgar una concesión propiamente dicha. Sólo excepcionalmente otorga la ley un derecho al particular para reclamar una concesión, si se cumplen ciertas condiciones. La concesión se obtiene por un acto unilateral de la soberanía del Estado, por un decreto. A tal efecto se puede prescribir, de una manera excepcional, la forma de ley. La concesión es un acto administrativo que origina derechos. El concedente otorga al concesionario un derecho público subjetivo para establecer y explotar una determinada

porquanto a regra é que a prestação dos serviços públicos seja praticada pelo Estado. No entanto, dada a conjuntura advinda com o fenômeno da globalização econômica, traduzindo-se pelo rompimento do poder soberano do Estado, pela inexistência de fronteiras ou barreiras entre países e através da virtualização do capital, o Estado, em nome de sua crise fiscal,¹¹² tem conferido à iniciativa privada o exercício de pressupostos até então de sua exclusividade – a execução de serviços públicos.

empresa. La concesión de otorga, por lo general, después de haber sido examinado, en el procedimiento tramitado al efecto, si la empresa reúne los requisitos generales de policía. Sin embargo, este examen puede ser reservado a un procedimiento especial. El pliego de condiciones fija, con arreglo a la ley, los derechos y obligaciones (por ejemplo obligaciones del servicio, etc.) de la empresa frente a la Administración pública. Mas en caso de duda no origina un derecho exclusivo a favor del concesionario, en el sentido de prohibirse al concedente que autorice también a otros la actividad otorgada a la empresa, o que actúe el mismo en competencia con el concesionario.”

¹¹² FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 37. Nesta obra, o autor anuncia os reflexos que a globalização tem impingido ao Estado, exigindo, por conseguinte, uma série de ajustamento de condutas pelos administradores públicos e até mesmo pelos cidadãos, diretamente afetados pela nova ordem que se inaugura com o advento da globalização. Eis as lições do mencionado jurista: “No âmbito dessa ordem, as estruturas administrativas, políticas e jurídicas do Estado-nação não desaparecem, é óbvio. Mas vêem relativizados alguns dos instrumentos básicos que caracterizam sua ação nas últimas décadas, como a ‘gestão normalizadora’ dos mercados; a intervenção nas negociações entre o capital e o trabalho para mantê-los dentro dos limites com níveis de crescimento de pleno emprego; a produção direta de insumos e a prestação direta de serviços por meio de empresas públicas; o estabelecimento de barreiras legais à entrada e saída de capitais e produtos; a imposição de determinadas restrições ao regime de propriedade privada em face de sua ‘função social’; e, por fim, a utilização da política tributária com vistas à indução do comportamento e decisões dos agentes econômicos, ao financiamento dos programas sociais e à distribuição de renda. Tornando-se vulneráveis à disciplina estabelecida por opções e decisões econômicas feitas em outros lugares por pessoas, grupos empresariais e instituições sobre as quais têm escasso poder de controle, as estruturas administrativas, políticas e jurídicas do Estado-nação são reformadas e redimensionadas por processos de deslegalização e privatização formulados e justificados em nome da ‘governabilidade’, da resolução da ‘crise fiscal’, da adequação dos mecanismos de formação de preços aos custos econômicos reais, da ‘flexibilização’ das relações salariais, da captação de recursos externos para investimentos produtivos, do acesso a tecnologia de ponta e a novos produtos e processos, do aumento da produtividade industrial e da competitividade comercial e da inserção da economia nacional na economia transnacionalizada. Com o drástico ‘enxugamento’ das restrições governamentais sobre a atividade econômica e a subsequente ‘desregulamentação’ do mercado propiciados pela reforma e pelo redimensionamento do Estado-nação, suas estruturas administrativas, políticas e jurídicas passam a exercer novos papéis e novas funções.”

A doutrina, tanto nacional quanto estrangeira, diverge sobre a natureza jurídica da concessão dos serviços públicos. A corrente unilateralista,¹¹³ adotada no século XIX, posiciona-se no sentido de o serviço público estar fora do comércio, constituindo-se mera exteriorização do poder soberano do Estado. Por outro lado, a doutrina atual vislumbra na concessão dos serviços públicos a reunião dos elementos constitutivos de autêntico contrato de direito público, tendo em vista seus objetivos, finalidades e relações estabelecidas entre a Administração Pública, o concessionário do serviço público e a sociedade. A natureza jurídica da concessão dos serviços públicos é bem retratada por Cármen Lúcia Antunes Rocha,¹¹⁴ porquanto anuncia as três

¹¹³ WALD, Arnaldo. *O direito de parceria e a lei de concessões: (análise das Leis ns. 8.987/95 e 9.074/95 e legislação subsequente)*. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 100-101. Neste sentido, Arnaldo Wald elenca, como partidários da corrente unilateralista, Otto Mayer e Fritz Fleiner, na Alemanha; Dufour e Batbie, na França; Cammeo, Santi-Romano e Merla, na Itália e Alcides Cruz, no Brasil.

¹¹⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 34-37. Destaca a autora: “Atualmente, anotam-se três correntes que predominaram quanto ao tema e que foram classificadas em teorias unilaterais, contratuais e mistas. Pelas primeiras se considerava, basicamente, a concessão um ato da Administração Pública ou dois atos isolados, ou seja, um desta e outro do concessionário, mas autônomos e suficientes. Os adeptos dessas teorias consideravam que, estando a coisa – objeto da concessão – fora do comércio, não poderia constituir matéria a ser contratada, pelo que, somente por um “ato de poder de império”, seria possível a sua formalização, que, então, se subsumia às normas inerentes a esta condição unilateral e soberana do ente público. [...] Há, mesmo entre os partidários dessas teorias unilaterais, divergências profundas, porquanto alguns vêem na concessão um ato administrativo de direito público, enquanto outros a tomam como um ato de legislação, uma vez que cria direitos, inovando a esfera individual de prerrogativas inerentes ao concessionário. Pelas segundas se explicava a concessão como um contrato, considerando-o público ou privado, conforme o posicionamento do autor que tratava do tema, quanto à natureza do contrato firmado pela entidade pública. É que determinados autores não acreditam na existência de contrato de Direito público, ou contrato regido fundamentalmente pelas normas de Direito Público. Daí ser a concessão, para alguns, um contrato de Direito Privado, enquanto outros acordam em que seria ela um contrato, mas submetido a normas de Direito Público. Outros, ainda, nela reconhecem um contrato misto, quer dizer, com normas que não se regem por qualquer desses ramos do Direito especificamente. As teorias mistas consideravam a concessão mais que apenas um ato, mas um conjunto de comportamentos administrativos, aperfeiçoados por um ato administrativo unilateral seguido de um contrato. Todas essas teorias, mormente as bilaterais contratuais, tiveram seus momentos de predominância e seus argumentos de acerto e desacerto, tal como posteriormente se mostrou. [...] A teoria que tem prevalecido, contudo, é a do ‘contrato de direito público’, conquanto não haja unanimidade entre os doutrinadores, ainda hoje, quanto a esta natureza jurídica da concessão.”

correntes que vigoram na doutrina e que predominam no que concerne à concessão de serviços públicos.

A temática da garantia econômica da concessão dos serviços públicos no Brasil, também conhecida como o custo dos serviços públicos, é retratada por Caio Tácito, que, através de estudo de direito comparado entre os modelos francês e norte-americano, leciona que deve haver justo equilíbrio econômico entre a empresa prestadora do serviço público – concessionária – e os cidadãos.¹¹⁵

A relação entre custo e serviço prestado também é uma das grandes polêmicas que norteiam os contratos de concessão de serviços públicos no Brasil. Com o advento da desestatização, muitas vezes se direcionaram no sentido de que o custo dos serviços públicos, a exemplo do fornecimento de

¹¹⁵ TÁCITO, Caio. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 232-233. Eis as lições do administrativista: “Na França, a garantia da equação econômica da concessão traduz-se, a princípio, na obrigação de indenizar, ou seja, como forma *a posteriori* de proteção ao equilíbrio financeiro da empresa. Somente em época recente, com a adoção das cláusulas de variação e de revisão de tarifas, a feição preventiva passou a predominar. Ao contrário, nos Estados Unidos, a crescente ação regulatória do poder público, tendente a coibir, em sua origem, a política de preços excessivos, instituiu um regime de tarifas flexíveis, em que são ponderados os índices constitutivos do custo dos serviços de utilidade pública. Ao mesmo tempo em que velam pelos interesses dos usuários, mediante a fiscalização qualitativa do serviço e a vedação de preços exorbitantes, as comissões administrativas têm, igualmente, a diretriz de preservar a estabilidade financeira das empresas, tanto para fornecer-lhes os meios de manutenção e expansão do serviço, como para proteger os interesses dos investidores (acionistas, ou debenturistas). A legalidade do exercício do poder de tarifação (*rate making power*) afere-se pelo postulado constitucional do direito de propriedade e as regras da igualdade perante a lei (*equal protection of the laws*) e do processo legal adequado (*due process of law*). O abuso de poder que possa ocorrer, através de tarifas confiscatórias ou arbitrarias terá o imediato corretivo judicial. A competência das cortes norte-americanas para apreciação da justiça e razoabilidade das tarifas estipuladas pelas agências administrativas aprofunda-se no exame da matéria de fato e de direito. A regulamentação é meio de vitalizar o interesse público na continuidade e desenvolvimento de um serviço adequado. Não é instrumento de asfixia, ou de depauperamento dos capitais investidos. Deve ser o termômetro do justo equilíbrio entre os interesses contraditórios do público e da empresa capitalista: nem lucros excessivos, nem remuneração insuficiente, ou nula.”

energia elétrica e água, sofreu grande majoração se estabelecido o comparativo à época em que a prestação era de incumbência do Estado.

Neste contexto de globalização, necessária se faz a participação democrática dos usuários de serviços públicos na formação das políticas tarifárias. Determinar a tarifa razoável e a justa remuneração do investimento é ato regulamentar relevante no controle do Estado sobre as empresas concessionárias.

O custo dos serviços públicos concedidos deve observar a participação democrática dos usuários,¹¹⁶ a teor do conteúdo inscrito no artigo 175, parágrafo único, II, da Constituição Federal de 1988. O diploma legislativo que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175 da Constituição Federal – Lei 8.987/95 – também contempla, em seus artigos 5º e 29, XII, respectivamente, a publicidade e a formação de associações de usuários para a defesa de interesses inerentes aos serviços públicos prestados.

¹¹⁶ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 94. A autora, ao lecionar sobre a participação democrática dos cidadãos na gestão dos serviços públicos, menciona que devem ser observados os princípios da igualdade, impessoalidade, imparcialidade e neutralidade, *in litteris*: “Dentre os direitos dos usuários exsurge o da participação democrática, que vem na esteira dos princípios constitucionais que modelam o Estado brasileiro (art. 1º, *caput*, e seu parágrafo único, embutido, ainda em nível fundamental, no inciso II do parágrafo único do art. 175, para o caso específico do exercício cidadão na matéria de prestação de serviços públicos). Esse direito impõe-se qualquer que seja a forma de prestação daquela atividade eleita pelo Poder Público, direta ou indiretamente. Em qualquer hipótese, o cidadão tem o direito constitucionalmente assegurado de participar de sua gestão, de sua fiscalização e de seu controle, independentemente de sua qualidade de usuário, direto e freqüente de determinado serviço, pois a sua condição de cidadão e usuário em potencial desse serviço o habilita à condição de titular daquele direito.”

Corolário dos custos dos serviços públicos é a razoabilidade nas tarifas praticadas pelas concessionárias, impedindo-se, destarte, o efeito confiscatório aos cidadãos. Neste viés, as tarifas devem ser parametrizadas em termos razoáveis, permitindo-se a difusão do serviço público a todos do povo e, por conseguinte, possibilitando que o concessionário do serviço público obtenha lucro na exploração, *conditio sine qua non* para a melhoria dos serviços prestados aos cidadãos.

Grande celeuma, que gera debates calorosos em nossos Tribunais, concerne à suspensão no fornecimento de serviços públicos básicos aos cidadãos para os casos de inadimplemento contratual – falta de pagamento. Nesta perspectiva, a universalização do acesso aos serviços públicos essenciais impede que a prestação seja elitizada. Cármen Lúcia Antunes Rocha salienta que, em nome do princípio da igualdade na prestação dos serviços públicos, deve ser observada a desigualação nos valores tarifários aos que não suportam contra-prestar na forma exigida. Eis as lições da eminente constitucionalista:

Por isso é que se enfatiza o princípio da igualdade no serviço público, permitindo-se que as desigualdades legitimem desigualações de valores tarifários, numa política imposta constitucionalmente, que pretende evitar as cargas vultosas sobre os menos capazes de suportá-las e reforçando-as sobre aqueles que melhor são aquinhoados economicamente e podem, então, a elas fazer jus. É para ser igual que se impõe ser neutro o serviço público, fazendo-se, assim, como que prevaleça a impessoalidade nesse desempenho.¹¹⁷

¹¹⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 97.

A mudança de perfil da Administração Pública também trouxe outra forma de contratação entre o Poder Público e a iniciativa privada: a chamada Lei das Parcerias Público-Privadas – PPP (Lei Federal n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004).

Um dos principais problemas enfrentados pelo Brasil é a infra-estrutura deficiente, o que vem a desencadear a ineficiência econômica pelas seguintes razões: os produtores precisam manter a produção em estoque por maior tempo, as estradas precárias aumentam os custos de transporte, há deficiência da malha ferroviária para o escoamento da produção a baixos custos e os portos estão em sua capacidade limite.¹¹⁸

As parcerias público-privadas significam, pois, os “múltiplos vínculos negociais de trato continuado estabelecidos entre a Administração Pública e particulares para viabilizar o desenvolvimento, sob a responsabilidade destes, de atividades com algum coeficiente de interesse geral”.¹¹⁹ Segundo estabelece o artigo 2º da Lei das PPP, *parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.*

O legislador, ao criar o sistema das parcerias público-privadas, nominou de *concessões patrocinadas* as concessões de serviço público que envolvem o

¹¹⁸ PINTO, Marcos Barbosa. Parcerias público-privadas: panorama da nova disciplina legislativa. In: JUSTEN, Monica Spezia; TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 29.

¹¹⁹ SUNFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 18.

pagamento adicional de tarifa pela Administração Pública. Destarte, com o advento da Lei das PPP, as concessões de serviço público da Lei de Concessões (Lei n. 8.987/95) foram divididas em duas modalidades: as *patrocinadas*, em que existe o adicional de tarifa e as *comuns*, em que a tarifação adicional não existe.

Com a Lei das PPP, destaca-se a intenção do legislador em viabilizar um volume de investimentos superior ao que seria possível mediante os mecanismos tradicionais, ou seja, as PPP são implementadas em áreas em que não teria investimento privado e tampouco público, tendo em vista que esta espécie de contratação entre o Estado e o setor privado envolve investimentos mais vultosos, que não podem ser inferiores a R\$ 20 milhões (artigo 2º, § 4º, I, da Lei n. 11.079/2004). Ademais, tendo em vista o grande volume de investimentos realizados pelo setor privado nesta modalidade de contratação, o serviço será prestado por, no mínimo, 5 anos (artigo 2º, § 4º, II e artigo 5º, I) e, no máximo, por 35 anos (artigo 5º, I).

O programa das PPP possui quatro riscos fundamentais: o primeiro, no tocante ao comprometimento irresponsável de recursos públicos futuros, podendo assumir o setor privado compromissos impagáveis; o segundo consiste na possibilidade de a Administração Pública, por pressa ou incapacidade técnica, vir a comprometer-se com contratações de longo prazo mal planejadas e estruturadas; o terceiro pode recair no abuso populista no que tange ao patrocínio estatal destas concessões e o quarto risco apontado é o

desvio no uso da concessão administrativa.¹²⁰

Outra inovação trazida pela Lei das PPP diz respeito às novas formas de concessão. A concessão comum, consoante prevê o artigo 2º, § 3º, não envolve contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, ou seja, a remuneração do concessionário poderá incluir tanto a cobrança de tarifas como outras receitas alternativas, a teor da previsão inscrita na Lei n. 8.987/95, desde que estas receitas não envolvam pagamentos de natureza pecuniária do Poder Público ou concedente. Aliás, a ressalva contida na Lei das PPP indica que a esta modalidade de concessão – comum, aplica-se a Lei n. 8.987/95.

A concessão patrocinada, regulada pela Lei n. 11.079/2004 (artigo 2º, § 1º), conjuntamente com a Lei n. 8.987/95, possui como caráter peculiar o seu regime remuneratório, isto é, tarifa-se tanto os usuários quanto o poder concedente, ou seja, existe também a contraprestação pecuniária do parceiro público.

No tocante à concessão administrativa (artigo 2º, § 2º), esta subdivide-se em duas modalidades. A concessão administrativa de serviços públicos é aquela a que se refere o artigo 175 da Constituição Federal brasileira de 1988, ou seja, prestam-se os serviços públicos diretamente aos cidadãos, independentemente da cobrança de qualquer tarifa, remunerando-se o

¹²⁰ SUNFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 25-26.

concessionário por contraprestação versada em pecúnia pelo concedente. Logo, a Administração Pública, enquanto poder concedente, será a usuária indireta dos serviços públicos. Já a concessão administrativa de serviços ao Estado é aquela que objetiva os mesmos serviços elencados no artigo 6º da Lei das Licitações, e.g., o oferecimento de utilidades ao Poder Público, que será considerado como usuário direto dos serviços e a quem incumbirá a respectiva contra-prestação pelos serviços experimentados.

É nesta perspectiva – de outorga da execução de parcela dos serviços públicos à iniciativa privada – que reside a Reforma do Estado, cuja causa fundamental encontra-se em sua crise fiscal, ou seja, a transformação das políticas públicas de caráter temporário em permanentes ou de longa duração, ampliando a defasagem entre a poupança pública e os custos para a implementação dos direitos sociais.

A crise do Estado impôs a necessidade de reformá-lo. Antes do advento da globalização, os Estados protegiam suas economias da competição internacional. Com os influxos da nova ordem global, o controle exercido pelo Estado em relação à sua economia reduziu-se drasticamente.

O papel que incumbe ao Estado, nesta quadra histórica, é a garantia da universalidade no acesso à educação, à saúde, enfim, aos serviços públicos essenciais, de interesse geral, necessários para a garantia da coesão e da

interdependência sociais, com vistas a assegurar, no âmbito do Estado Democrático de Direito, a justiça e a solidariedade sociais.

Não obstante a Carta Constitucional brasileira de 1988 encartar uma série de direitos sociais, necessário sopesar também os deveres dos cidadãos, ínsitos aos direitos, representados pelo dever fundamental de pagar impostos.

Destarte, não existe Estado sem financiamento público. O imposto, no contexto do Estado Democrático de Direito, é instrumento fundamental, condição de possibilidade para a concretização de políticas públicas, instrumentalizadas através dos serviços públicos.

4 O DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR IMPOSTOS COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Do *État Gendarme*, em que predominava o absenteísmo e o perfil negativo do Estado, a nítida separação entre sociedade civil e o Poder Público, a garantia das mais amplas liberdades de iniciativa individuais, a extrema limitação das funções estatais, que garantiam aos cidadãos tão somente a ordem e a segurança sociais, sobreveio momento histórico caracterizado por grandes transformações sob os mais variados aspectos, tais como o cultural, o econômico, o social e o internacional.¹²¹

O novo período inaugurado na história do Estado trouxe uma conotação de justiça e solidariedade sociais, a exemplo do Estado do Bem-Estar Social ou *Welfare State*, implantado nos países europeus. Neste passo, se fazia necessária uma maior atuação do Estado, até então dominado pelas forças do Liberalismo, em prol das necessidades coletivas, com vistas à promoção do bem comum. O viés prestacional do Estado Social imprimiu a possibilidade de

¹²¹ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. 2.ed. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 13.

exigir-se a implementação dos direitos fundamentais sociais através do Poder Público, e não contra o mesmo.

Por força da Constituição Cidadã de 1988, momento histórico para o Brasil pós-ditadura, inaugurou-se um discurso de Estado voltado à promoção do bem-estar social, implantando-se um Estado Democrático de Direito, consoante dispõe a Carta Magna, em seu artigo 1º.

Nesta perspectiva, os direitos sociais receberam tratamento diferenciado, no intuito de assegurar a concretização destes direitos de interesse geral, tais como o bem-estar, a igualdade, a justiça, a dignidade da pessoa humana, dentre outras diretrizes eleitas como caras pelo legislador constituinte de 1988.

As conseqüências trazidas pela inauguração, no âmbito do Estado Social, do Estado Democrático de Direito, determinaram uma série de mutações nos papéis que até então o Poder Público estava a desempenhar. Esta evolução do Estado brasileiro, mormente na passagem do século XX ao século XXI, é assim retratada por Ricardo Lobo Torres:

Assiste-se, nesta virada do século XX para o XXI, à passagem do modelo do Estado Social de Direito (ou Estado de Bem-estar Social, Estado da Sociedade Industrial, Estado Pós-Liberal, etc.) para o Estado Democrático de Direito (ou Estado Subsidiário, Estado da Sociedade de Risco, Estado de Segurança, etc.), com a conseqüente alteração da estrutura da fiscalidade, máxime daquela referente aos ingressos contraprestacionais, ou seja, dos tributos e preços públicos

exigidos como contrapartida pela entrega de prestações de serviço público essencial ou concedido.¹²²

Do recém inaugurado Estado Social, cujo objetivo precípua consistia em promover políticas públicas aos cidadãos, no escopo de diminuir as desigualdades sociais e distribuir renda de forma mais equânime, verificou-se que o Estado rapidamente migrou, em virtude da desestatização, para uma reforma econômica orientada para o mercado.

Não obstante a nova ordem política e social que se instaurou pós-1988, a partir de 1990, o recente Estado Democrático de Direito recebia os influxos do complexo fenômeno da globalização, situação que desencadeou uma série de modificações na estrutura organizacional do Poder Público, fato este que determinou a Reforma do Estado, implantando-se o modelo da Administração Pública Gerencial.

Sob a égide desta nova formatação do Estado, talhada, no Brasil, através do Programa Nacional de Desestatização – Lei n. 9.491/97, uma série de conseqüências e reflexos puderam ser percebidos pelos cidadãos, sob os objetivos fundamentais de transferir à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo Poder Público, a redução da dívida pública, dentre outros aspectos apontados pela referida legislação de regência.

¹²² TORRES, Ricardo Lobo. A fiscalidade dos serviços públicos no estado da sociedade de risco. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Serviços públicos e direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 122.

Diante de tais aspectos, sobretudo pelas novas perspectivas sinalizadas pela Reforma do Estado, mister se faz o cotejo entre o papel da tributação diante das tendências da crescente política de desestatização, situações essas que vêm a calhar na reestruturação da Administração Pública, sobretudo pela fixação dos limites referentes aos gastos públicos.¹²³

O capítulo que ora se inaugura procura investigar o papel da tributação, sobretudo dos impostos, no financiamento das políticas públicas; o perfil liberal-individualista do Direito Tributário pátrio na conformação dos direitos sociais em mínimo existencial; a função do tributo no Estado Democrático de Direito, dentre outros aspectos atinentes à temática, que se encontram contemplados, fundamentalmente, nas obras de José Casalta Nabais, Juan Manuel Barquero Estevan e Ricardo Lobo Torres.¹²⁴

4.1 A implementação dos direitos sociais no contexto do mínimo existencial: o perfil liberal-individualista do direito tributário pátrio

A história do Estado é a história dos tributos ou, na esteira de Alberto Nogueira, “o tributo é o nervo da República”.¹²⁵ Afinal, existe Estado, mesmo que em sua feição mínima, que não tribute os indivíduos? Em recente estudo,

¹²³ ESTEVAN, Juan Manuel Barquero. *La función del tributo en el estado social y democrático de derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 9-10.

¹²⁴ Para a investigação da temática do presente capítulo, utiliza-se, especialmente, os autores acima referidos, mormente pelo nível de abordagem sobre o tema em relevo.

¹²⁵ NOGUEIRA, Alberto. *Globalização, regionalizações e tributação: a nova matriz mundial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 262.

sustenta Victor Uckmar: “La storia dei popoli, le lotte politiche, il consenso dei cittadini, la buona amministrazione pubblica, lo sviluppo dell’economia, l’assistenza sociale e più di recente la globalizzazione, sono strettamente collegati al fatto fiscale”.¹²⁶

A garantia da boa convivência em sociedade requer um mínimo de financiamento do Estado (*Staatfinanzierung*) através da imposição tributária, *conditio sine qua non* para o equilíbrio das finanças públicas e para o custeio dos direitos sociais. Aliás, a idéia de Estado Social se confunde com a própria necessidade de pagar tributos como meio através do qual podem ser concretizadas as políticas públicas.

Os escritos em Direito Tributário, bem como o ideário que norteia a tributarística pátria, não labora com a idéia de tributo, em especial do imposto, como meio de viabilizar a justiça e a solidariedade sociais, fato esse que pode ser verificado pela intensa preocupação desta específica área do Direito Público com o denominado planejamento tributário ou comportamento elisivo.

Não se faz necessário empreender grande desforço intelectual para perceber-se que, diante desta circunstância, o Direito Tributário debruça-se, enfaticamente, em prol do contribuinte, sinalizando condutas muitas vezes

¹²⁶ UCKMAR, Victor. La giusta imposta. In: TÔRRES, Heleno Taveira. *Tratado de direito constitucional tributário: estudos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 3.

questionáveis sob a ótica da justiça e da solidariedade sociais, no escopo de ver minorados os impactos fiscais sobre as suas atividades.¹²⁷

Necessário esclarecer-se que não está a se vedar ou criticar comportamentos elisivos, muitas vezes necessários à própria manutenção da empresa, faculdade que o próprio arcabouço tributário disponibiliza aos contribuintes; conduta esta, portanto, que não se afigura *contra legem*.

Não obstante a legislação, em certas ocasiões, permitir comportamentos elisivos ou a possibilidade da realização do planejamento tributário para determinado fato imponible, o que causa estranheza é que, do muito que se produz em terras brasileiras em matéria tributária, analisa-se, perfunctoriamente, o papel do imposto na sociedade hodierna. Afinal, por que tributar?

Agrega-se a esta crise da justiça e solidariedade sociais o grande catalisador, que majora as tentativas de comportamento não só elisivo, mas também evasivo: a lamentável crise política instaurada no ano de 2005 no

¹²⁷ NOGUEIRA, Alberto. *Globalização, regionalizações e tributação: a nova matriz mundial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 264-265. No tocante ao comportamento elisivo, destaca Alberto Nogueira que alguns empresários chegam a cogitar da possibilidade de instalarem as sedes das empresas em navios, no meio do oceano, acaso o Estado queira interferir em seus negócios. No entanto, lapidarmente pondera: “De uma forma ou de outra, mais dia, menos dia, a globalização atingirá a área da tributação de forma diversa da atual, onde impera, absoluta, a regra diabólica da sonegação sob os mais variados aspectos. O ‘deslocamento’ da base impositiva das multinacionais, fenômeno equivalente a uma apátria tributária às avessas (ou seja, aqui o ‘apátrida’ se beneficia com as delícias de um ‘paraíso fiscal’), é algo incompatível com os mais elementares princípios de Justiça e de convivência humana. Trata-se, disso estamos convictos, de mais uma das distorções que usualmente perturbam a triunfante marcha dos homens na busca de uma ordem social justa.”

Brasil, em que se verifica a gestão perdulária das verbas públicas e um grande simulacro dos representantes políticos brasileiros.

Para que(m) tributar diante deste estado de coisas no cenário político brasileiro? Isto, de forma inequívoca, vem a acarretar certo repúdio ao poder tributário estatal, o que denota comportamento que subverte o real papel do tributo no Estado Democrático de Direito inaugurado pela Constituição brasileira de 1988: o financiamento do Estado, mormente para a implementação de políticas públicas, que visam o atendimento aos direitos sociais.

Conforme leciona Andreas Joachim Krell, a prática e efetividade/eficácia dos direitos fundamentais sociais, tendentes à implementação de políticas públicas pelo Estado, instrumentalizadas através dos serviços públicos, dependem de recursos públicos disponíveis.¹²⁸ Daí sustentar-se a necessidade de tributar como forma intransponível de financiamento do Estado.

É cediço que o Estado, para implementar políticas públicas adequadas aos cidadãos, necessita de financiamento público, tendo em vista que, de outra forma, não haveria suporte financeiro suficiente para alcançar aos cidadãos padrões razoáveis de segurança, saúde, educação, saneamento, dentre outros direitos sociais.

¹²⁸ KRELL, Andreas Joachim. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 29.

A questão que se põe em sede doutrinária, sobretudo pelo perfil liberal-individualista do Direito Tributário brasileiro, é a implementação dos direitos sociais em um contexto de mínimo existencial, situação retratada no Brasil por Ricardo Lobo Torres.¹²⁹

Foi no contexto da Alemanha pós-guerra, com o advento da Lei Fundamental de Bonn, que surgiu o mínimo existencial ou social para a fruição de uma vida digna, que garanta ao cidadão padrões mínimos e razoáveis de direitos sociais.

Considerando-se que a Constituição brasileira de 1988 previu a concretização dos direitos sociais através dos serviços públicos, tais como educação, saúde e segurança, dentre outros, necessário se faz que o Estado garanta a efetividade destas políticas públicas aos indivíduos, sob pena de transgredir o Texto Constitucional.

Logo, a idéia do mínimo existencial que sustenta a doutrina brasileira advém do direito alemão, tendo em vista a Corte Constitucional alemã assegurar o direito a um *mínimo de existência*, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, I, da Lei Fundamental de

¹²⁹ No tocante à temática em exame, ver, por todos: TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. *In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1-46; TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. *In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Teoria dos direitos fundamentais*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 243-342; TORRES, Ricardo Lobo. Os mínimos sociais, os direitos sociais e o orçamento público. *Revista Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: Central Universidade Gama Filho, 1997, p. 227-241.

Bonn, na época em que aquele país vivia os efeitos da grande guerra mundial. Andreas Joachim Krell salienta que a jurisprudência alemã recepcionou a existência do direito fundamental a um *mínimo vital*.¹³⁰

A teoria do mínimo existencial, cuja função consiste em atribuir ao cidadão o exercício do direito subjetivo contra o Estado nos casos de prestação de serviços públicos essenciais, que garantam uma vida digna, não recebeu, na esteira de Cármen Lúcia Antunes Rocha,¹³¹ o devido tratamento pela doutrina e jurisprudência pátrias.

A existência do direito a um mínimo existencial também pode ser verificada na obra de Robert Alexy intitulada *Teoría de los Derechos Fundamentales*, em que o jurista alemão destaca que “existen, por lo menos, algunos derechos fundamentales a prestaciones fácticas positivas, por ejemplo, el derecho a un mínimo existencial [...]”.¹³²

Forçoso, a partir da perspectiva da teoria do mínimo existencial vigente no Brasil, utilizar, de forma preponderante, as lições de Ricardo Lobo Torres, porquanto é este autor que desenvolve a idéia da *metamorfose dos direitos*

¹³⁰ KRELL, Andreas Joachim. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 42.

¹³¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Interesse Público*, São Paulo, n. 4, out./dez. 1999, p. 38.

¹³² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 362.

sociais em mínimo existencial no direito brasileiro. Eis as lições do eminente tributarista:

A jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial, em seu duplo aspecto de proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas e de proteção positiva consubstanciada na entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres. Os direitos sociais máximos devem ser obtidos na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático. Esse é o caminho que leva à superação da tese do primado dos direitos sociais prestacionais (ou direitos a prestações positivas do Estado, ou direitos de crédito – *droit créance* – ou *Teilhaberechte*) sobre os direitos da liberdade, que inviabilizou o Estado Social de Direito, e ao desfazimento da confusão entre direitos fundamentais e direitos sociais, que não permite a eficácia destes últimos sequer na sua dimensão mínima.¹³³

A transformação dos direitos sociais em mínimo existencial, nas lições de Ricardo Lobo Torres, significa a metamorfose dos direitos da justiça em direitos da liberdade, o que vem a ratificar o postulado fundamental do Estado Liberal: a liberdade. Com esteio na filosofia de John Rawls, Ricardo Lobo Torres salienta que “as necessidades básicas (*basic needs*), isto é, os mínimos sociais, integram o primeiro princípio – da liberdade – e por isso são *fundamentos constitucionais* e não se confundem com as questões de *justiça básica (basic justice)*”.¹³⁴

¹³³ TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1-2.

¹³⁴ TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 3.

As condições de liberdade para a manifestação do mínimo existencial representam, para Ricardo Lobo Torres, a liberdade de expressão, ou seja, o exercício da leitura e da escrita. Daí concluir-se que a leitura e a escrita consistem em pressupostos para a doutrina do mínimo existencial. Afirma ainda o autor que “sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as *condições iniciais da liberdade*”.¹³⁵

Manuel García-Pelayo busca traçar os valores e os fins perseguidos pelo Estado Social, tergiversando do modelo instaurado no período do Liberalismo, em que havia a garantia mínima – perfil negativo do Estado ou absenteísmo estatal – na consecução de políticas públicas, nestes termos:

Si el Estado social significa un proceso de estructuración de la sociedad por el Estado (correlativo a un proceso constante de estructuración del Estado por la sociedad), hay que preguntarse sobre los valores y fines que los orientan. Los valores básicos del Estado democrático-liberal eran la libertad, la propiedad individual, la igualdad, la seguridad jurídica y la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal a través del sufragio. El Estado social democrático y libre no sólo no niega estos valores, sino que pretende hacerlos más efectivos dándoles una base y un contenido material y partiendo del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca de tal modo que no puede realizarse el uno sin el otro. Así, no hay posibilidad de actualizar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañadas de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real; mientras que en los siglos XVIII y XIX se pensaba que la libertad era una exigencia de la dignidad humana, ahora se piensa que la dignidad humana

¹³⁵ TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 5.

(materializada en supuestos socioeconómicos) es una condición para el ejercicio de la libertad.¹³⁶

Fator de destaque, que vem a representar a maior polêmica gerada em torno da teoria do mínimo existencial, diz respeito aos limites da prestação de políticas públicas pelo Estado, ou seja, o que efetivamente alberga o mínimo existencial. Tal problemática é revelada por Ricardo Lobo Torres no seguinte excerto: “O problema mais difícil da temática do mínimo existencial é o da sua *quantificação*”.¹³⁷

Sustenta Ricardo Lobo Torres que a extensão do mínimo existencial em países como o Brasil, que não possui sistema de segurança social símile aos padrões europeus, é maior. Conseqüência lógica desta situação é que nos países em desenvolvimento, a interpretação conferida ao mínimo existencial possui forte tendência ampliativa, ou seja, o tratamento dado aos cidadãos, no que toca aos direitos sociais, é ampliado. Dando continuidade à sua teoria, assim prossegue o estudioso:

O problema da quantificação do mínimo existencial e a possibilidade técnica de mensuração da qualidade de vida abrem o caminho para algumas questões candentes: a) o mínimo existencial vai deixando de exhibir apenas a problemática ligada a aspectos qualitativos da definição de interesses fundamentais ou de jusfundamentalidade para se deixar envolver também pelos aspectos quantitativos de uma qualidade de vida mensurável; b) o Judiciário passa a examinar

¹³⁶ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. 2.ed. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 26.

¹³⁷ TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 30.

e controlar a face quantitativa do mínimo existencial, como ocorre com o limite inferior da tabela do IR, imune ao tributo, que começa a escapar da discricionariedade do Legislativo.

Por tudo isso é que se torna tão problemática a tensão entre qualidade e quantidade em tema de mínimo existencial. A doutrina suíça fala em 'direitos sociais mínimos' (*kleinen Sozialrechte*) e a americana adere à expressão *minimum protection*. Mas é cada dia mais difícil estremar o mínimo existencial, em sua região periférica, do máximo de utilidade (*maximum welfare, Nutzenmaximierung*), que é princípio ligado à idéia de justiça e aos direitos sociais. Os direitos sociais da cidadania que sobreexcedem os mínimos sociais devem se maximizar até o ponto em que não se prejudique o processo econômico nacional, não se comprometa a saúde das finanças públicas, não se violem direitos fundamentais nem se neutralizem as prestações por conflitos internos.¹³⁸

Não obstante a manifestação diuturna da população, no sentido de exigir a implementação de políticas públicas, instrumentalizadas através dos serviços públicos, há quem sustente a hemorragia dos direitos sociais no contexto do Estado Democrático de Direito brasileiro. Em ensaio intitulado *A cidadania multidimensional na era dos direitos*, Ricardo Lobo Torres, em tom lamentoso, vislumbra “a desinterpretação dos mínimos sociais e da necessidade de maximização dos direitos sociais, com o emburilhamento das garantias que os cercam”.¹³⁹

Para o mesmo autor, as promessas contidas no bojo do Texto Constitucional de 1988, e.g., o acesso universal à saúde, contemplado nos artigos 196 e seguintes, proclama, de forma demagógica, o caráter gratuito e

¹³⁸ TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 32-33.

¹³⁹ TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 287.

igualitário na prestação de serviços de saúde, o que vem a gerar expectativas utópicas e inalcançáveis aos cidadãos.¹⁴⁰

Para Ingo Wolfgang Sarlet, a negativa de recursos materiais mínimos à subsistência ou a falta de recursos financeiros para a aplicação em prestações públicas, sobretudo para o direito à saúde, significa eximir-se da prestação do mais essencial direito social, senão vejamos:

Não nos parece absurda a observação de que negar ao indivíduo os recursos materiais mínimos para manutenção de sua existência (negando-lhe, por exemplo, uma pensão adequada na velhice, quando já não possui condições de prover seu sustento) pode significar, em última análise, condená-lo à morte por inanição, por falta de atendimento médico, etc.¹⁴¹

Andreas Joachim Krell leciona que a efetividade na prestação de serviços públicos básicos e de assistência social no Brasil não desembocaria em assistencialismo ou na relação de dependência do cidadão face às prestações do Estado. Salienta o autor que os pretórios pátrios mostram fortes objeções em formular mandamentos no escopo de direcionar os governos rumo à adequada atividade prestacional de serviços públicos.¹⁴²

¹⁴⁰ TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 287-288.

¹⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 352.

¹⁴² KRELL, Andreas Joachim. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 44.

Em que pese o Direito Tributário pátrio laborar, maciçamente, em prol da perspectiva liberal-individualista da tributação, despreocupado com o valor social e com a finalidade extrafiscal do imposto, a exemplo da explicitação da teoria do mínimo existencial de Ricardo Lobo Torres, de cariz eminentemente liberal, há voz em sentido contrário na doutrina pátria, que lamenta a posição de Lobo Torres.¹⁴³

Na esteira de Alberto Nogueira, o tema da tributação é de extrema complexidade, mormente na nova ordem mundial, em que a crise se agudiza pelo fenômeno da globalização. O autor chama a atenção para o *novo direito tributário* que se coloca, em que devem ser incorporados os *direitos sociais*, dentre estes os *mínimos sociais*. Para a estruturação do *novo direito tributário*, integrado ao Estado Democrático de Direito, Alberto Nogueira entende que o princípio da capacidade contributiva tem papel essencial.¹⁴⁴

A análise da teoria do mínimo existencial de Ricardo Lobo Torres, de nítido viés liberal-individualista, limita-se à prestação do mínimo que garanta aos cidadãos a subsistência. Nesta perspectiva, o mínimo existencial ou vital tem como valor primordial a liberdade, baliza fundamental do Estado Liberal, em que eram garantidos ao povo a ordem e a segurança estatais, assegurando-se o máximo de liberdade ao indivíduo.

¹⁴³ NOGUEIRA, Alberto. *Globalização, regionalizações e tributação: a nova matriz mundial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 265-267. Nesta obra, o autor revela inconformismo com a tese do mínimo existencial, capitaneada no Brasil por Ricardo Lobo Torres.

¹⁴⁴ NOGUEIRA, Alberto. *Globalização, regionalizações e tributação: a nova matriz mundial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 267-273.

No entanto, com o advento da Carta Constitucional brasileira de 1988, impregnou-se no Texto Supremo o Estado Democrático de Direito, elevando ao patamar de direitos sociais uma série de políticas públicas, que a doutrina do mínimo existencial busca criticar e rotular de “proclamação demagógica”.¹⁴⁵

A proteção constitucional do mínimo existencial envolve a implementação de serviços públicos, mecanismos através dos quais concretizam-se os direitos sociais encartados no Texto Fundamental de 1988.

Em que pese Ricardo Lobo Torres salientar que o direito à saúde, enquanto direito social, é tratado com liberdade normativa, podendo ter suas garantias aperfeiçoadas pelo poder regulamentar do Executivo,¹⁴⁶ necessário frisar-se que “os direitos subjectivos a prestações, mesmo quando não

¹⁴⁵ TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 287-288. Eis o exemplo utilizado pelo autor, através do qual sustenta a proclamação demagógica dos direitos sociais: “Veja a questão da saúde pública. A saúde *preventiva*, tratada como direito fundamental pelo art. 196 da CF, confundiu-se com a saúde *curativa*, claramente definida como direito social pelo art. 6º, criando-se um sistema único de saúde que seria universal e gratuito, mas que acabou por transferir para terceiros a responsabilidade do seu financiamento e por empurrar para os planos privados de assistência a classe média, tornando-se utópico e ineficaz. Com efeito, o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, assegurado no art. 196 da Constituição, transformado em gratuito pela legislação infraconstitucional, é utópico e gera expectativas inalcançáveis para os cidadãos. As prestações de medicina curativa, compreendidas no âmbito dos direitos sociais (art. 6º da Constituição), devem ser analisadas a partir dos critérios elaborados pela teoria da justiça. Dependem de escolhas orçamentárias, sempre dramáticas num ambiente de escassez de recursos financeiros, que conduzem inexoravelmente à exclusão de alguns – a depender das opções por investimentos em hospitais, sanatórios ou postos médicos que atendam à população segundo as condições de idade, sexo ou domicílio. Qual é o cardíaco brasileiro que tem o direito de ser operado pelo Dr. Jatene? Qual o critério de justiça que deve presidir as opções fundamentais em torno da saúde? Essas questões, que constituem o cerne da discussão em torno da justiça local, estão inteiramente obscurecidas entre nós pela proclamação demagógica da universalidade e da igualdade no atendimento!”

¹⁴⁶ TORRES, Ricardo Lobo. Os mínimos sociais, os direitos sociais e o orçamento público. *Revista Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: Central Universidade Gama Filho, 1997, p. 232.

concretizados, existem para além da lei por virtude da constituição, podendo ser invocados contra as omissões inconstitucionais do legislador”.¹⁴⁷

Outrossim, a garantia do mínimo existencial denota, como cediço, conseqüências orçamentárias, ou seja, prévio financiamento para a implementação de políticas públicas. Logo, para custear os direitos sociais, necessário se faz a arrecadação de impostos, enquanto espécie tributária não afetada a atividade estatal específica, objetivando o custeio das despesas públicas, *conditio sine qua non* para a concretização dos direitos sociais.

Para Ricardo Lobo Torres, estremam-se da problemática do mínimo existencial os direitos econômicos (artigos 174 a 179 da Constituição brasileira de 1988) e os direitos sociais (artigos 6º e 7º). Tais direitos distinguem-se dos fundamentais, na esteira do autor, porque dependem da concessão do legislador, carecendo de oponibilidade *erga omnes*. Destaca também que a emergência dos direitos sociais não os metamorfoseou em autênticos direitos fundamentais.¹⁴⁸ Para o autor, as normas constitucionais que versam sobre

¹⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 371.

¹⁴⁸ TORRES, Ricardo Lobo. Os mínimos sociais, os direitos sociais e o orçamento público. *Revista Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: Central Universidade Gama Filho, 1997, p. 233. Em sentido contrário: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 371. Destaca o jurista lusitano: “[...] os direitos subjectivos públicos, sociais, económicos e culturais, mesmo na parte em que pressupõem prestações do Estado, são direitos originários a prestações (fundados na constituição) e não são direitos a prestações derivados da lei.” Também destaca o autor: “A força imediatamente vinculante que hoje se atribui a uma parte dos direitos fundamentais (os direitos, liberdades e garantias e os direitos de natureza análoga) pode e deve ser interpretada, no que respeita aos direitos a prestações, no sentido de fundamentar originariamente esses direitos, mesmo que não haja imposição constitucional dirigida expressamente ao legislador.”

direitos econômicos e sociais cingem-se a orientar o legislador e têm eficácia contida, sem qualquer efeito vinculante. Eis as considerações de Ricardo Lobo Torres:

As prestações positivas para a proteção desses direitos implicam sempre despesa para o ente público, insuscetível de ser imputada à arrecadação de impostos ou, sem lei específica, aos ingressos não-contraprestacionais. Por isso mesmo carecem de *status* constitucional, eis que a Constituição não se envolve com autorizações de gastos públicos, não se imiscui com problemas econômicos conjunturais nem procede à discriminação das despesas e dos serviços entre a União, os Estados e os municípios, assuntos reservados com exclusividade à lei ordinária de cada qual das três esferas de governo. Os direitos econômicos e sociais existem sob a 'reserva possível' ou da 'soberania orçamentária do legislador'.¹⁴⁹

Logo, sustenta Ricardo Lobo Torres que os direitos sociais existem sob a *reserva possível*,¹⁵⁰ dependendo, para a concretização destes direitos, do

¹⁴⁹ TORRES, Ricardo Lobo. Os mínimos sociais, os direitos sociais e o orçamento público. *Revista Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: Central Universidade Gama Filho, 1997, p. 238.

¹⁵⁰ No tocante à relevância dos direitos sociais prestacionais e o limite da reserva do possível, ver, por todos: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 286-290. Leciona o autor, à página 288-289: "Já há tempo se averbou que o Estado dispõe apenas de limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais, de tal sorte que a limitação dos recursos constitui, segundo alguns, em limite fático à efetivação desses direitos. Distinta da disponibilidade efetiva dos recursos, ou seja, da possibilidade material de disposição, já que o Estado (assim como o destinatário geral) também deve ter a capacidade jurídica, em outras palavras, o poder de dispor, sem o qual de nada lhe adiantam os recursos existentes. Encontramo-nos, portanto, diante de duas facetas diversas, porém intimamente entrelaçadas, que caracterizam os direitos fundamentais sociais prestacionais. É justamente em virtude destes aspectos que se passou a sustentar a colocação dos direitos sociais a prestações sob o que se denominou de uma 'reserva do possível', que compreendida em sentido amplo, abrange tanto a possibilidade, quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma." Acerca dos direitos fundamentais como direitos a prestações e a reserva do possível, ver: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 364-365. Eis as lições do autor: "O problema dos direitos fundamentais como direitos de <<quota-parte>> e <<direitos a prestações>> (*Teilhaberechte*) é, mesmo para quem o considera um <<passepout>>, terminológico ou mero <<epifenómeno do verbalismo e vandalismo participatório>>, uma

orçamento que o Estado dispõe para a prestação de políticas públicas. Neste contexto, destaca-se o papel desempenhado pelo imposto como condição de possibilidade para a implementação do mínimo existencial.

Afinal, quais os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil? Conforme estatui o artigo 3º da Carta Magna de 1988, consiste em objetivo fundamental do Estado brasileiro, dentre outros, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais.

Para a garantia dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro, o legislador constituinte de 1988, no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo II – Dos Direitos Sociais, elencou uma série de direitos

questão que não só coloca com acuidade a necessidade de se precisar a *força dirigente dos direitos fundamentais*, como vem tornar polémicos alguns dos alicerces sobre os quais se tinha construído o Estado de Direito burguês. A *força dirigente e determinante* dos direitos a prestações (económicos, sociais e culturais) inverte, desde logo, o objecto clássico da pretensão jurídica fundada num direito subjectivo: de uma *pretensão de omissão* dos poderes públicos (direito a exigir que o Estado se abstenha de interferir nos direitos, liberdades e garantias) transita-se para uma *proibição de omissão* (direito a exigir que o Estado intervenha activamente no sentido de assegurar prestações aos cidadãos). A <<polemização>> dos fundamentos do Estado é também patente: os direitos a prestações suscitam a discussão do tipo de Estado (capitalista, socialista) que melhor os pode assegurar; pressupõem uma tarefa de conformação social activa por parte dos poderes públicos, sobretudo do legislador; reclamam nova distribuição de bens e rendimentos, e, até, uma transformação social de estruturas económicas. Conjugando este último aspecto – *legitimação do Estado* – com o primeiro – *força determinante dos direitos a prestações* – logo se descortina o *punctum saliens* da questão: a insuficiência da estrutura política, constitucional e jurídica do Estado Liberal (e daí também a insuficiência, já referida, de um argumentar estritamente jurídico-estadual, isto é, *rechtsstaatlich*) e os subsequentes problemas que a substituição ou complementação arquitectónica do Estado Liberal coloca quando se deseja efectivamente transitar para um Estado Democrático-Constitucional. No campo dos direitos a prestações se evidencia, igualmente, a *aporia* da constituição dirigente: a um máximo de <<desejabilidade constitucional>> de direitos económicos, sociais e culturais, corresponde, em geral, uma relativização dos mesmos direitos, derivada da *interpositio* necessária do legislador e da subordinação da efectividade constitucional à proclamada *reserva do possível* (em termos económicos, sociais e, naturalmente, também políticos).”

sociais (fundamentais, segundo exsurge do Título II da Carta Constitucional de 1988), garantindo-se aos brasileiros, destarte, o mínimo existencial, ou seja, direitos sociais mínimos para a existência de uma vida digna a todos.

Não obstante estar encerrado no Texto Constitucional brasileiro de 1988 o alto valor conferido aos direitos sociais, cumpre salientar que a previsão destes direitos em um contexto de mínimo existencial, conforme sustentado por Ricardo Lobo Torres, diverge da atribuição de sentido conforme a Constituição (*Verfassungskonforme sinngebung*¹⁵¹).

A conformação dos direitos sociais em um contexto de mínimo existencial deve buscar a atribuição de sentido no Texto Constitucional, ou seja, “o intérprete adjudica sentido, a partir de sua condição de ser-no-mundo, numa dada situação hermenêutica e sua *Wirkungsgeschichtles Bewusstsein* (consciência dos efeitos da história)”¹⁵².

Considerando-se que os direitos sociais, enquanto direitos e garantias fundamentais, encontram-se albergados no Texto Fundamental de 1988,

¹⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 579.

¹⁵² STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 580. Lenio Luiz Streck prossegue em seus ensinamentos: “[...] enquanto a hermenêutica clássica trabalha com a perspectiva de uma *Auslegung* (arrancar um sentido “acoplado” ao texto, como se a lei tivesse um sentido-em-si-mesmo, objetificado), a filosofia hermenêutica dá um salto em direção a uma *Sinngebung* (produção de sentido) [...]” Na página 581 da mencionada obra, prossegue o autor: “O que ocorre no processo interpretativo é sempre uma *Sinngebung* (produção de sentido). Assim, mais adequado seria falar em ‘atribuição de sentido conforme a Constituição’, e não meramente em ‘interpretação conforme a Constituição’, se quisermos nos manter fiéis à origem tedesca do instituto.”

imperiosa se faz a conformação destes direitos e, por conseguinte, do mínimo existencial, à luz da Constituição, que “passa a ser, em toda a sua substancialidade, o *topos* hermenêutico que conformará a interpretação do restante do sistema jurídico”.¹⁵³

Para além de o Texto Fundamental de 1988 prever uma série de direitos fundamentais sociais, os quais podem ser reclamados por grande parcela da população brasileira, dada a imensidão de brasileiros que vivem à margem da sociedade e de políticas públicas de caráter essencial, necessário cotejar-se a previsibilidade dos referidos direitos com a imposição tributária, requisito intransponível para a manutenção do Estado e para a implementação de políticas públicas. Enfim, qual a função do imposto no contexto do Estado Democrático de Direito?

4.2 O Estado Democrático de Direito e os custos dos direitos sociais: compatibilizando a prestação de serviços públicos com o dever fundamental de pagar impostos

O Estado Democrático de Direito, instaurado na República Federativa do Brasil com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, inaugurou nova

¹⁵³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 245. Dada a primazia que deve ser conferida ao Texto Constitucional, assevera Streck: “A Constituição é, assim, a materialização da ordem jurídica do contrato social, apontando para a realização da ordem política e social de uma comunidade, *colocando à disposição os mecanismos para a concretização de objetivos traçados no seu texto normativo deontológico.*”

fase na vida política, econômica e sobretudo social do país. Como intitula Paulo Bonavides, a Constituição é o “certificado da cidadania dos povos, o compromisso de seu futuro, o monumento da sua maioria, a Carta de seus direitos, o compêndio de suas liberdades, a garantia de sua proteção fundamental”.¹⁵⁴

A ruptura ocorrida entre a Constituição brasileira de 1969 e o Texto Fundamental de 1988 trouxe aos cidadãos brasileiros uma série de direitos sociais até então marginalizados. Menciona-se, neste ínterim, que se inaugurou, pós-1988, um novo período na história do Brasil, marcado pela primazia aos direitos sociais, no âmbito do Estado Democrático de Direito. A amplitude da Magna Carta brasileira de 1988 na previsão de direitos fundamentais sociais carrega o “pressuposto básico da *dignidade da pessoa humana*, princípio fundante do nominado *Estado Democrático de Direito*”.¹⁵⁵

A inauguração deste novo período na história do Brasil encontra-se no pórtico da Carta Constitucional de 1988, que prevê, em seu artigo 1º, III, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Considera também como objetivo fundamental, em seu artigo 3º, III, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais.

¹⁵⁴ BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 58.

¹⁵⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de. De sonhos feitos, desfeitos e refeitos vivemos a globalização. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 49.

Após o extenso rol dos direitos e garantias fundamentais insculpidos no artigo 5º, segue a dedicação de capítulo específico da Norma Fundamental, intitulado *Dos Direitos Sociais*, em que estão previstos como tais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

Não bastasse a extensa lista de direitos sociais previstos no intróito da Constituição brasileira de 1988, o legislador constituinte deu tratamento específico à *Ordem Social*, elencando a saúde e a educação, dentre outros, como diretrizes caras, de fundamental importância para o gozo efetivo dos direitos fundamentais sociais.

A temática em relevo – implementação de políticas públicas, instrumentalizadas pelos serviços públicos – enseja a efetividade dos direitos fundamentais sociais e o exercício do poder de tributar do Estado, na esteira de José Souto Maior Borges:

A dignidade da pessoa humana, com todas as suas implicações axiológicas (justiça, segurança, direito à habitação, à sadia qualidade de vida, ao meio ambiente ecológico equilibrado etc.), está caracterizada por amplíssima conotação (aquilo que a dignidade mesma da pessoa humana normativamente significa) e denotação (as implicações efectuais dessa dignidade da personalidade humana). É impossível prefixar-lhe, i. é, demarcar *a priori* o seu conteúdo normativo, as suas virtualidades de aplicação, a significação objetiva desse princípio fundamental.

Os vínculos entre a tributação e os direitos humanos não se manifestam ao primeiro e superficial exame exegético. Mas se ocultam nas dobras do ordenamento constitucional brasileiro, ao longo dos princípios e normas que o integram. Para identificá-los, será necessário correlacionar, p. ex., as normas

constitucionais que dispõem sobre a seguridade social, instrumentada por contribuições (tributárias) que a custeiam (art. 195). O direito à previdência social está constitucionalmente posto a serviço da dignidade de vida de todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País. Sem o direito à vida, nenhuma dignidade da existência humana. Mostra-se ainda coerente a Constituição Federal quando proíbe a pena de morte (art. 5º, XLVII). Direito à vida e pena de morte são entre si incompatíveis. A saúde é direito de todos e dever do Estado (art. 196). *Idem*, quanto aos direitos sociais: educação, saúde, trabalho, lazer etc. (art. 6º). A casa é o abrigo inviolável do indivíduo (art. 5º, XI), expressão constitucional mais fortemente protegida contra o confisco tributário (art. 5º, XXII a XXIV, c/c o art. 150, IV). São praticamente inesgotáveis as regras constitucionais preservadoras da dignidade da existência humana e disciplinadoras das implicações entre esse princípio fundamental e o exercício do poder de tributar.¹⁵⁶

Exsurge da Constituição Federal de 1988 cristalina preocupação com o tema dos direitos humanos e dos direitos fundamentais sociais, no escopo de garantir aos cidadãos uma qualidade de vida razoável, mediante a implementação de políticas públicas realizadas pelo Estado na busca do bem-estar geral. Neste sentido são as considerações que Ingo Wolfgang Sarlet tece acerca dos direitos prestacionais sociais, *in litteris*:

Já se assentou, neste contexto, que, enquanto os direitos de defesa se identificam por sua natureza preponderantemente negativa, tendo por objeto abstenções do Estado, no sentido de proteger o indivíduo contra ingerências na sua autonomia pessoal, os direitos sociais prestacionais (portanto, o que está em causa aqui é precisamente a dimensão positiva, que não exclui uma faceta de cunho negativo) têm por objeto precípua conduta positiva do Estado (ou particulares destinatários da norma), consistente numa prestação de natureza fática. Enquanto a função precípua dos direitos de defesa é a de limitar o poder estatal, os direitos sociais (como direitos a prestações) reclamam uma crescente posição ativa do Estado

¹⁵⁶ BORGES, José Souto Maior. Direitos humanos e tributação. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, n. 40, set./out. 2001, p. 189-190.

na esfera econômica e social. Diversamente dos direitos de defesa, mediante os quais se cuida de preservar e proteger determinada posição (conservação de uma situação existente), os direitos sociais de natureza positiva (prestacional) pressupõem seja criada ou colocada à disposição a prestação que constitui seu objeto, já que objetivam a realização de igualdade material, no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais.¹⁵⁷

O Estado Democrático de Direito representa, em verdade, um acréscimo em relação ao Estado Social, porquanto neste tem-se uma melhoria nas condições sociais de existência. Naquele, o conteúdo extrapola o bem-estar social, através da efetivação de uma vida digna ao homem, buscando fomentar a participação pública, traço marcante que vigora nos regimes democráticos.

Portanto, o modelo de Estado instaurado no Brasil traz, para além de um extenso rol de direitos fundamentais sociais, protetivos da dignidade da pessoa humana, a garantia da participação de todos os cidadãos na vida política e social da nação.

O grande desafio que se coloca, dada a precariedade de enfrentamento pela doutrina pátria, e por ser temática deveras angustiante, diz respeito ao dever fundamental de pagar impostos como condição de possibilidade para o implemento ou efetivação de políticas públicas, decorrentes dos direitos elencados na Carta Constitucional brasileira de 1988.

¹⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 284.

O Estado Democrático de Direito brasileiro e seu sistema econômico capitalista utilizam a via impositiva como marco fundamental, *conditio sine qua non* para o implemento de políticas públicas, instrumentalizadas através dos serviços públicos. Na esteira de Liam Murphy e Thomas Nagel, os impostos “são também o instrumento mais importante por meio do qual o sistema político põe em prática uma determinada concepção de justiça econômica ou distributiva”.¹⁵⁸

Nesta esteira, inequívoco o raciocínio que sinaliza ser a imposição tributária requisito indispensável para a concretização do Estado Democrático de Direito inscrito na Constituição Federal brasileira de 1988, notadamente pelos direitos fundamentais sociais lá insculpidos, que requerem prévio financiamento público para que a efetividade destes direitos reste implementada.

A doutrina do Direito Tributário brasileiro instila timidamente discussões do ponto de vista da justiça tributária, no tocante à relação tributo – políticas públicas. Neste sentido as lições de Murphy e Nagel:

Quanto cada qual deve pagar? Para que deve ser usado o dinheiro? Quais produtos ou serviços devem ser isentos de impostos ou dedutíveis da base tributária? Quais são as desigualdades legítimas e admissíveis na renda líquida da população ou nos impostos pagos por pessoas diversas? São essas perguntas – carregadas de implicações morais e ardentemente disputadas – acerca das obrigações que temos

¹⁵⁸ MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *O mito da propriedade*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 5.

uns para com os outros através das operações fiscais do governo que rege a todos.

Mas, embora esteja claro que essas questões têm alguma relação com a justiça, elas não têm dado azo, do ponto de vista moral, a uma discussão tão sofisticada quanto a que foi desencadeada por outras questões públicas dotadas de uma dimensão moral – questões acerca da liberdade de expressão, da pornografia, do aborto, da igualdade de proteção legal, da ação afirmativa, da regulamentação da conduta sexual, da liberdade religiosa, da eutanásia e do suicídio assistido.¹⁵⁹

Situações como a hipertrofia do setor público, que reclam(ou)a reformas emergenciais, dada a incapacidade de prover, da maneira como a população brasileira necessita, políticas públicas adequadas, que supram as necessidades daqueles necessitados; o alto grau de incerteza acerca das conseqüências advindas das políticas tributárias, traço marcante do sistema fiscal brasileiro; a alta carga tributária; a gestão perdulária dos recursos públicos; a grande crise política brasileira e, por final, o déficit na prestação de serviços públicos essenciais, demonstram a relação ou vinculação direta existente entre a tributação e as políticas públicas, estas à mercê da efetividade insculpida na Carta Constitucional brasileira de 1988.

Perdura o desinteresse, o ocultamento ou a baixa densidade nas discussões acerca das dimensões éticas das estratégias de governo, para verificar-se a compatibilidade ou correspondência entre a implementação de políticas públicas e a tributação, sobretudo no contexto atual do Estado brasileiro, que sofre os reflexos da globalização, da desestatização dos serviços públicos, enfim, da Reforma do Estado.

¹⁵⁹ MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *O mito da propriedade*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 5-6.

Para falar-se em direitos fundamentais sociais, já que as políticas públicas são possíveis de se materializarem pela via impositiva, há que se lembrar também dos deveres fundamentais, categoria que José Casalta Nabais ressalta em sua obra *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Eis as considerações que o jurista lusitano empreende no tocante ao esquecimento dos deveres fundamentais:

Expressão superlativa desse desprezo pelos deveres fundamentais é-nos fornecida pela *Grundgesetz* da República Federal da Alemanha que, ao não empregar uma única vez sequer ao longo de todo o seu texto o termo dever fundamental, revela alguma peculiaridade e mesmo um evidente radicalismo bem compreensível nesse *tempus aedificandi*, em que, reagindo contra o nacional-socialismo e vindicando bem o carácter provisório e transitório da Lei Fundamental, se regressou ao entendimento da época das declarações revolucionárias de direitos do homem e do cidadão, que não conheciam outros deveres senão os correlativos dos direitos que acompanharam o homem na sua passagem do estado de natureza para o estado civil. Na verdade e ao contrário, por um lado, do que estabelecia a Constituição de Weimar e do que já então dispunham diversas constituições dos *Länder* e, por outro, do que prevê a generalidade das constituições do seu género (designadamente as outras constituições há pouco referidas), a Lei Fundamental não conhece qualquer capítulo, título ou parte subordinada à epígrafe 'direitos e deveres fundamentais', mas tão só um capítulo (*rectius*, uma divisão sem qualificação) intitulado 'direitos fundamentais'.¹⁶⁰

No âmbito do Estado Democrático de Direito impõe-se questionar: como compatibilizar o gozo efetivo das políticas públicas sem o prévio financiamento do Estado, através da tributação via impostos? Dentre os deveres

¹⁶⁰ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 18-19.

fundamentais, consoante leciona José Casalta Nabais, a exemplo do dever de voto, situa-se o dever de pagar impostos.¹⁶¹

Nos tempos atuais, corriqueiramente, reclama-se pela efetividade dos direitos fundamentais. De outra banda, ocultam-se os deveres fundamentais dos cidadãos e a responsabilidade pelos custos que materializam os referidos direitos. Afinal, como implementar somente direitos sem os co-respectivos deveres?

Em ensaio publicado acerca da face oculta dos direitos fundamentais, José Casalta Nabais destaca que o esquecimento dos deveres fundamentais deve-se à conjuntura política, social e cultural que se emoldurou após a Segunda Guerra Mundial, dada a necessidade de exorcizar o passado dominado pelo Liberalismo, em que se dava primazia aos deveres. Destaca que tal episódio da história ocorre a partir dos anos 20 do século XX, “mais precisamente nos finais dos anos quarenta em Itália e na então República Federal da Alemanha, depois nos anos setenta na Grécia, Portugal e Espanha e já nos anos oitenta no Brasil”.¹⁶²

Surge, pois, premissa de grande relevância para o estudo em foco, que reclama um (re)pensar: direitos e deveres fundamentais devem ser alçados ao

¹⁶¹ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 20.

¹⁶² NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*. Disponível em: http://www.agu.gov.br/Publicacoes/Artigos/05042002JoseCasaltaAfaceocultadireitos_01.pdf. Acesso em: 14 nov. 2005, 11h30min.

mesmo patamar, ou seja, é preciso que se confira a mesma importância tanto aos direitos quanto aos deveres fundamentais.

Nesta ordem de idéias, por que reclamar o implemento de direitos fundamentais sociais se não há o sinalagma com os deveres fundamentais?¹⁶³ José Casalta Nabais compara a relação direito-dever fundamental como um “direito *boomerang*”, ou seja, “eles são, por um lado, direitos e, por outro lado, deveres para o respectivo titular activo, ou seja, direitos que, de algum modo, acabam por se voltar contra os próprios titulares”.¹⁶⁴

O esquecimento dos deveres fundamentais, sem os quais não se efetivam ou concretizam direitos, consiste em assunto que não tem despertado a atenção da doutrina. Da mesma forma como na relação tributo – implemento de políticas públicas predomina a baixa densidade de debates ou o ocultamento da doutrina e da jurisprudência, no tocante aos deveres fundamentais verifica-se o mesmo silêncio.

¹⁶³ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 80. Na obra em relevo, destaca o autor que, no tocante aos direitos sociais, somente mencionam-se os deveres do Estado. Quanto aos deveres do cidadão, o silêncio predomina. Eis a doutrina mencionada, *in litteris*: “Por seu turno, no que concerne aos direitos sociais, temos apenas deveres do estado, cujo titular é o legislador e que são: os deveres (negativos) de não pôr em causa a consagração e o conteúdo constitucional dos direitos (ou seja, o *an*, o *quid* e o *quantum* constitucional), o dever (positivo) de concretização jurídico-política do respectivo conteúdo, e ainda o dever (negativo) de, uma vez concretizado o direito social, não revogar pura e simplesmente a respectiva lei concretizadora e de não afectar aquele nível de concretização legal que haja obtido uma clara ‘sedimentação’ na consciência jurídica comunitária.”

¹⁶⁴ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 53.

Por que exacerbar direitos sem ressaltar, na via contrária, os deveres dos cidadãos? Cumpre mencionar que não se está a defender a minoração dos direitos fundamentais sociais, arduamente conquistados pelo povo brasileiro, condição indispensável para a instauração do bem-estar geral e para uma distribuição mais igualitária de renda. Mas por que não se inflamam os debates acerca dos deveres fundamentais, mormente do dever fundamental de pagar impostos?

Os debates que circundam os direitos fundamentais sociais e a implementação de políticas públicas, de um lado, e o esquecimento dos deveres fundamentais, de outro, rumam ao ponto nevrálgico que atinge o cerne do Estado hodierno: a crise fiscal, que revela o descompasso entre receitas e despesas públicas.

A problemática do esquecimento dos deveres fundamentais, da escassez de tratamento dos mesmos ou da assinalagmaticidade entre o estudo dos direitos e deveres fundamentais, na esteira de José Casalta Nabais, é verificável na generalidade dos países, porquanto o tratamento dos deveres fundamentais está longe de ser equiparado ao dos direitos fundamentais. Afirma que, para além de os deveres fundamentais carecerem de uma regulamentação, os mesmos não dispõem “de um regime constitucional(mente traçado) minimamente parecido com o previsto para os direitos (*maxime*, para os direitos fundamentais em sentido estrito ou os, entre nós, designados

‘direitos, liberdades e garantias’)”.¹⁶⁵

Os deveres fundamentais encontram-se consagrados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a saber: o dever de obediência (art. 7º), o dever de pagar impostos (art. 13) e o dever de suportar a privação da propriedade em caso de expropriação por utilidade pública (art. 17).

A previsão dos direitos fundamentais extravasa os clássicos direitos de liberdade e passa a integrar os direitos a prestações sociais, os direitos ecológicos e os direitos de participação política, sobretudo com o advento do Estado Democrático de Direito. Nesta senda, José Casalta Nabais destaca a importância na convocação de deveres fundamentais frente aos direitos que a coletividade exige do Poder Público:

Ora, todos estes direitos, se por um lado, como direitos que são, exprimem exigências do indivíduo face ao estado, assim alargando e densificando a esfera jurídica fundamental do cidadão, por outro lado, também limitam de algum modo essa mesma esfera através da convocação de deveres que lhes andam associados ou coligados.¹⁶⁶

¹⁶⁵ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 23. Na página 36 da referida obra, José Casalta Nabais leciona: “Por outro lado, os deveres fundamentais, ao contrário do que o seu esquecimento ou fraco tratamento constitucional parecem sugerir, não são, nem um aspecto – o aspecto dos limites – dos direitos fundamentais, nem um aspecto – o aspecto dos reflexos individuais – dos poderes estaduais, mas sim uma categoria constitucional própria colocada ao lado da dos direitos fundamentais.”

¹⁶⁶ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 18-19.

José Luis Bolzan de Moraes destaca que o gérmen da crise fiscal do Estado remonta aos anos de 1970, época em que houve um aumento das demandas perante o Estado, aliado à depressão econômica mundial – crise da matriz energética – fatos estes que trouxeram impactos inexoráveis às nações. Neste contexto, houve a diminuição da capacidade da população em suportar suas despesas, com a conseqüente transferência deste ônus ao Estado, situação em que houve notável aumento das despesas públicas. Neste estado de coisas, ocorreu a majoração do déficit público, porquanto o jogo de tensões sociais sugere uma menor incidência tributária, o que significa menor arrecadação aos cofres públicos, maior necessidade da população no que toca às prestações públicas, acirrando-se, por final, o círculo vicioso entre a crise econômica, a debilidade pública e as necessidades sociais.¹⁶⁷

O caráter fundamental da incidência de impostos sobre as atividades tributáveis consiste, na esteira de Juan Manuel Barquero Estevan, em instrumento indispensável do Estado, que dele necessita para o adequado desempenho de suas funções. Por expressa disposição constitucional, trata-se o imposto de instrumental financeiro por excelência, fonte maior de ingressos/receitas ao Estado, incluindo-se a totalidade ou o restante das exações incidentes sobre as atividades (taxas, contribuições, etc.). Eis as lições do referido autor:

¹⁶⁷ MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 41-42.

[...] puede afirmarse que la idea de fondo de esa “teoría del Estado fiscal” es o al menos ha sido generalmente compartida en buena parte de los países que han acogido sistemas de Estado de bienestar o Estado social, en los que se ha venido considerando el impuesto como el instrumento más adecuado para la financiación de las tareas públicas y como vehículo de intervención y redistribución.¹⁶⁸

Num Estado Democrático de Direito, ressalta José Casalta Nabais, encontram-se basicamente três modalidades de custos *lato sensu* que necessitam de suporte, a saber: os custos atinentes à própria existência e sobrevivência do Estado, materializados pelo dever de defesa da pátria; o dever de votar e, enfim, os custos *stricto sensu* ou custos financeiros públicos, que necessitam de concretização mediante o dever de pagar impostos. E assim destaca Nabais, no sentido de que todos os direitos têm custos públicos:

[...] os direitos, todos os direitos, porque não são dádiva divina nem frutos da natureza, porque não são auto-realizáveis nem podem ser realisticamente protegidos num estado falido ou incapacitado, implicam a cooperação social e a responsabilidade individual. Daí que a melhor abordagem para os direitos seja vê-los como liberdades privadas com custos públicos. Na verdade, todos os direitos têm custos comunitários, ou seja, custos financeiros públicos. Têm portanto custos públicos não só os modernos direitos sociais, aos quais toda a gente facilmente aponta esses custos, mas também custos públicos os clássicos direitos e liberdades, em relação aos quais, por via de regra, tais custos tendem a ficar na sombra ou mesmo no esquecimento. Por conseguinte, não há direitos de borla, apresentando-se todos eles como bens públicos em sentido estrito.

Não tem, por isso, o menor suporte a ideia, assente numa ficção de pendor libertário ou anarquista, de que a realização e protecção dos assim chamados direitos negativos, polarizados no direito de propriedade e na liberdade contratual, teriam

¹⁶⁸ ESTEVAN, Juan Manuel Barquero. *La función del tributo en el estado social y democrático de derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 30.

apenas custos privados, sendo assim imunes a custos comunitários.¹⁶⁹

José Casalta Nabais também destaca que os deveres fundamentais se fazem necessários pelas posições jurídicas passivas (caráter passivo) ou pela situação de dependência dos indivíduos perante o Estado, justificando-se, destarte, o dever de pagar impostos como fruto da atuação do Estado, que implementa políticas públicas mediante instrumental que possui chancela constitucional: os serviços públicos.

Os custos dos direitos sociais necessitam de financiamento público, notadamente em se tratando de despesas que visam a consecução e a implementação de políticas públicas essenciais à população. Neste diapasão, forçoso mencionar-se que o gozo dos direitos fundamentais sociais, para que os cidadãos desfrutem da mais ampla esfera de direitos e liberdades, não se concretiza mediante custos sociais passíveis de individualização, ou seja, mediante tributação referente à atividade estatal específica, mas sim através de impostos,¹⁷⁰ que deságuam no financiamento de custos gerais inerentes à

¹⁶⁹ NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*. Disponível em: http://www.agu.gov.br/Publicacoes/Artigos/05042002JoseCasaltaAfaceocultadireitos_01.pdf. Acesso em: 14 nov. 2005, 11h30min.

¹⁷⁰ NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 15.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 159. Destaca o autor: “Portanto, tratando-se de imposto, o Estado não precisa criar nenhum serviço, nem dispor de qualquer atividade especial para oferecer ao contribuinte em troca do que este irá pagar, pois não há, no imposto, a contrapartida que vamos encontrar na taxa. Basta que a pessoa jurídica de direito público tenha competência, crie o imposto por lei, naturalmente escolhendo, em boa técnica, as situações que revelem, direta ou indiretamente, capacidade contributiva.” Acerca do papel do imposto no sistema tributário brasileiro, ver também: BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 197. Assim destaca o autor: A definição do art. 16 encerra conceito puramente jurídico, mas que coincide com a noção teórica. Por esta, a nosso ver, imposto é a prestação de dinheiro que, para fins de interesse coletivo, uma pessoa jurídica de Direito Público, por lei, exige coativamente de quantos lhe estão sujeitos e têm capacidade contributiva, sem que lhes

efetividade dos direitos sociais, à realização, à promoção e à proteção dos indivíduos.

Neste passo, importa mencionar que os custos dos direitos sociais necessitam prévio financiamento público via instituição de impostos, enquanto espécie tributária. Estes, por sua vez, pelo fato de não possuírem afetação, por expressa disposição legal, a atividade estatal específica, são destinados à captação de riqueza para o tesouro público, não havendo correspondência ou equivalência entre o imposto recolhido pelo Erário e a vantagem que o Estado oferta ao sujeito passivo da obrigação tributária.

Neste sentido, Alfredo Augusto Becker assinala que “a lei (direito positivo) é o único instrumento – criado pela atividade artística do homem – que até hoje se mostrou eficaz e capaz de, nas mãos do Estado, *promover e manter* o Bem Comum”.¹⁷¹ Assim, o imposto, desde que instituído por lei e constituído de forma hígida, é o instrumental tributário por excelência que objetiva, através de recursos carreados ao Erário, a satisfação dos direitos fundamentais sociais.

assegure qualquer vantagem ou serviço específico em retribuição desse pagamento. No mundo contemporâneo, cessaram quase as prestações em natureza: paga-se imposto em dinheiro, embora o CTN pareça admitir outra coisa estimável em dinheiro (art. 3º). Só as pessoas jurídicas de Direito Público, o país, o Estado federado ou Província, os Municípios e subdivisões locais (nos Estados Unidos, p. ex., cidades, condados, distritos escolares etc.) dispõem de poder político para tornar efetiva a obrigação de pagar imposto, independentemente de qualquer contraprestação por parte de quem suporta esse dever. Essas pessoas podem cometer a cobrança e aplicação de imposto a outra entidade estatal ou paraestatal, que, então, arrecada os gravames em seu nome, para determinado fim, igualmente público. É a ‘parafiscalidade’.”

¹⁷¹ BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3.ed. São Paulo: Lejus, 2002, p. 214.

A falta de sensibilidade dos cidadãos no tocante à não afetação do imposto, como espécie tributária, a atividade estatal específica, porquanto não há prévia ciência acerca da destinação que o tributo (imposto) irá tomar após adentrar os cofres públicos, traz questionamentos à população: para que recolher impostos se os recursos não serão aplicados diretamente a algum fim específico?

Em que pese haver, no senso comum, perguntas desta natureza, atípicas ao tecnicismo tributário, é preciso que se atente para uma avaliação normativa da política tributária, ou seja, o papel do imposto na concretização do Estado Democrático de Direito brasileiro, instaurado pós-1988. Para Liam Murphy e Thomas Nagel:

Quando nos posicionamos contra ou a favor de uma redução nos impostos, não pensamos somente nos efeitos dessa redução sobre a renda que teremos à disposição, mas também em suas conseqüências sociais e econômicas mais amplas.

[...]

Os impostos têm de ser avaliados como um elemento do sistema geral de direitos de propriedade que eles mesmos ajudam a criar. A justiça ou injustiça na tributação não pode ser outra coisa senão a justiça ou injustiça no sistema de direitos e concessões proprietárias que resultam de um determinado regime tributário.¹⁷²

Outra distinção que se faz necessária na temática em exame é aquela pertinente aos impostos diretos e os indiretos. Para os impostos diretos, é

¹⁷² MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *O mito da propriedade*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 10-11.

possível graduar-se diretamente a soma devida pelo contribuinte, em conformidade com a sua capacidade contributiva, a exemplo do imposto incidente sobre a renda (IR). Já os impostos indiretos, diversamente, trazem o ônus tributário a evento jurídico que não mensura a capacidade contributiva do cidadão, e.g., o imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços (ICMS), o imposto de importação (II) e o imposto sobre produtos industrializados (IPI), dentre outros.

Refere José Casalta Nabais que os impostos diretos são facilmente sentidos. Já os indiretos, dada a anestesia fiscal, não são percebidos pelos indivíduos. No que concerne à anestesia fiscal, importante a contribuição de Padre Antônio Vieira, referida por Nabais, *in verbis*:

A costa de que se havia de formar Eva, tirou-a Deus a Adão dormindo e não acordado, para mostrar quão dificultosamente se tira aos homens, e com que suavidade se deve tirar, ainda o que é para seu proveito. Da criação e fábrica de Eva dependia não menos que a conservação e propagação do género humano; mas repugnam tanto os homens a deixar arrancar de si aquilo que se lhes tem convertido em carne e sangue, ainda que seja para bem de sua casa e de seus filhos, que por isso traçou Deus tirar a costa de Adão, não acordado, senão dormindo; adormeceu-lhe os sentidos, para lhe escusar o sentimento. Com tanta suavidade como isto, se há-de tirar aos homens o que é necessário para sua conservação. Se é necessário para a conservação da Pátria, tire-se a carne, tire-se o sangue, tirem-se os ossos, que assim é razão que seja; mas tire-se com tal modo, com tal indústria, com tal suavidade, que os homens não o sintam, nem quase o vejam. Deus tirou a costa a Adão, mas ele não viu nem sentiu; e se o soube, foi por revelação. Assim aconteceu aos bem governados vassallos do imperador Teodorico, dos quais por grande glória sua dizia ele: *Sentimus auctas illationes, vos addita tributa nescitis*: 'Eu sei que há tributos, porque vejo as minhas rendas acrescentadas;

vós não sabeis se os há, porque não sentis as vossas diminuídas' [...].¹⁷³

Os direitos fundamentais sociais e o dever fundamental de pagar impostos devem coexistir, ou seja, para a realização do Estado Democrático de Direito, é preciso que haja reciprocidade entre direitos e deveres fundamentais, porquanto o financiamento das políticas públicas deve obter-se, fundamentalmente, através de impostos. Por final, assevera José Casalta Nabais:

[...] os deveres fundamentais outra coisa não são, ao fim e ao cabo, senão direitos a uma repartição universal ou geral dos encargos comunitários, dos encargos que a existência e funcionamento da comunidade estadual implicam. Direitos esses que, para não serem meros privilégios, têm de possuir a nota ou a característica da universalidade.¹⁷⁴

As necessidades financeiras crescentes do Estado não podem prescindir do imposto como instrumento central de sustentabilidade do imenso gasto ou custo social, próprio dos regimes sociais e democráticos de Direito. Em obra dedicada à teoria pura da imposição, Aníbal Almeida acentua ser necessário que haja entre os cidadãos o dever cívico de contribuir para o financiamento das despesas públicas como um dever fundamental.¹⁷⁵

¹⁷³ NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*. Disponível em: http://www.agu.gov.br/Publicacoes/Artigos/05042002JoseCasaltaAfaceocultadireitos_01.pdf. Acesso em: 14 nov. 2005, 11h30min, p. 13.

¹⁷⁴ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 139.

¹⁷⁵ ALMEIDA, Aníbal. *Teoria pura da imposição*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 75-76. Nesta obra, destaca o autor: "Da perspectiva da administração fiscal – da 'ilusão financeira' (e das suas alegadas <<vantagens>>, é claro que para o fisco...), para recorrer à expressão epónima de um livro de um autor usualmente tido por <<infra-marginal>> e actualmente ressuscitado, A.

O arcabouço tributário, desde que pautado por políticas adequadas, consiste em importante e insubstituível sustentáculo do Estado, sobretudo para a efetividade dos direitos fundamentais sociais, no escopo de minorar as desigualdades, objetivando distribuir renda de forma mais equânime. Na esteira de Juan Manuel Barquero Estevan, “la financiación por medio de tributos debe constituir una pieza básica, en términos cuantitativos, en la financiación del Estado”.¹⁷⁶

Afinal, qual é a espécie tributária que garante maior justiça e solidariedade sociais no contexto do Estado Democrático de Direito? Seriam os impostos, que não possuem afetação a atividade estatal específica, ou as taxas, que se caracterizam pela utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição?

Puviani –, o IRS que, actualmente, cumpre, por excelência, de modo universal, a referida figura do ‘imposto progressivo *por escalões*’ no domínio crucial dos impostos directos, assustará observadores irreflectidos (como se observou), mas *irracionalmente* (como se viu). Da *perspectiva cívica* é, no entanto, uma realização *quase perfeita* do *ideal* dos mais consequentes dos promotores do *estado de direito*, que concebiam o *dever cívico* de *contribuir* para o financiamento das despesas públicas como um *dever fundamental* a exercer *esclarecidamente*, de olhos bem abertos – nunca <<iludidos>> e, muito menos, <<anestesiados>> por um fisco insaciável, ínvio e nocturno, manhoso e videirinho –, com clara consciência das decisões políticas *quantificadas* (como que <<materializadas>>) em receitas e despesas públicas *patentes*, e dos critérios que devam presidir a essas decisões, o que, logicamente, exigiria a unicidade da imposição sob essa mesma espécie, leal e escancarada, tão acessível e discutível como escorreita e racional. Mas, como vimos extensamente, a multiplicidade fiscal, decerto labiríntica, a que chegamos hoje parece quase irredutível, e o remédio é sofrê-la como fatalidade, segundo o dito bem conhecido e já idoso de Benjamin Franklin sobre *ambas as fatalidades* (a *morte* e os *impostos*). Resta, porém, ainda e sempre, o exercício de uma cidadania que pressupõe conhecimento e pensamento problemático, sob todos os ângulos, mais ou menos *visíveis*, da <<matéria fiscal>>.”

¹⁷⁶ ESTEVAN, Juan Manuel Barquero. *La función del tributo en el estado social y democrático de derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 59.

4.3 Estado de impostos ou Estado de taxas?

A grande polémica que se estabelece no tocante à tributação e a implementação de políticas públicas diz respeito à impossibilidade de mensuração do gozo dos direitos sociais frente à imposição tributária.¹⁷⁷ Tal situação é conhecida pela doutrina como o princípio da equivalência, do benefício ou da contraprestação.

A efetividade e realização do Estado Democrático de Direito importa na deverosidade social,¹⁷⁸ categoria que José Casalta Nabais trata pelo dever fundamental de pagar impostos como requisito intransponível para o suporte dos custos sociais.

Afinal, o financiamento dos gastos públicos deve estar fundado com base em ingressos tributários impositivos – impostos – observado o princípio da capacidade contributiva, ou através da idéia de equivalência, benefício ou contraprestação, mediante a cobrança de taxas, contribuições ou preços públicos?

¹⁷⁷ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 185. Assim leciona Nabais: “[...] o imposto não pode ser encarado, nem como *mero poder* para o estado, nem simplesmente como *mero sacrifício* para os cidadãos, mas antes como o contributo indispensável a uma vida em comum e próspera de todos os membros da comunidade organizada em estado.”

¹⁷⁸ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 90.

Eis a questão que se coloca: devem os custos dos direitos sociais serem objeto de socialização (financiamento coletivo) ou as referidas despesas devem ser assumidas de forma individual, conforme se apresentar a necessidade de cada cidadão?¹⁷⁹

Destaca Juan Manuel Barquero Estevan que existem propostas de financiamento do Estado mediante tributos causais, os quais deveriam custear a totalidade das tarefas estatais. Neste contexto, um reduzido número de tarefas seriam financiadas via impostos, tais como as prestações administrativas gerais (polícia).¹⁸⁰ Segundo esta proposta, o sistema de financiamento seria baseado no princípio da contraprestação ou equivalência, ou seja, tributa-se aquilo que o cidadão realmente for usufruir, diferentemente da lógica do imposto, que objetiva carrear recursos aos cofres públicos, não havendo afetação da exação a atividade estatal específica, no intuito de (re)distribuir renda e minorar as desigualdades sociais.

As taxas, em conformidade com o artigo 77 do Código Tributário Nacional, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia ou a utilização,

¹⁷⁹ SACCHETTO, Cláudio. O dever de solidariedade no direito italiano: o ordenamento italiano. In: GODOI, Marciano Seabra de; GRECO, Marco Aurélio (Coord.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 32. Cláudio Sacchetto, de forma singular, responde a pergunta formulada: “Se a exigência se dirige a sujeitos socialmente frágeis, ofende-se não só o mínimo vital, a *Existenzminimum* mas também a função social da propriedade porque, neste caso, ela cumpre uma função social de sobrevivência. [...] nem sempre tem sentido ‘tirar’ com a cobrança para depois redistribuir, se os destinatários são aproximadamente as mesmas pessoas de quem se tirou: em outros termos, torna-se conveniente deixar com eles os recursos necessários e algo a mais, absolutamente não tributá-los. Um tipo de imposto negativo, que se traduz em equidade, mas também em eficiência.”

¹⁸⁰ ESTEVAN, Juan Manuel Barquero. *La función del tributo en el estado social y democrático de derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 89.

efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição. Assim, entende-se que a taxa, como espécie tributária, consiste em prestação afetada a um ato de fruição, aproveitamento ou uso de atividade estatal, em nítido caráter de contraprestação ou equivalência.

O exemplo mais presente do pagamento de taxas pela utilização específica de serviço público no âmbito europeu é o caso das autopistas. Tendo em vista o fluxo exacerbado em algumas rodovias europeias, sobretudo na Espanha, o Poder Público local houve por instituir a espécie tributária taxa, objetivando evitar o congestionamento destas vias em momentos de grande fluxo.

Tal situação é retratada por José Andrés Rozas Valdés, quando ressalta que “la provisión de autopistas en nuestro caso, a partir de un supuesto real, el del País Vasco, que es un buen ejemplo del difícil equilibrio que entre lo público y lo privado caracteriza este orden de cosas”.¹⁸¹ A contraprestação pela utilização das autopistas, na esteira de Juan Manuel Barquero Estevan, deve ser instituída pela via das taxas, nos seguintes termos:

En realidad, en tal caso, la contraprestación por el uso se integra en un concepto más amplio, que es la contraprestación por la posibilidad de uso de una determinada instalación o servicio, con independencia de su uso efectivo. Las contribuciones especiales serían “precios de opción”, pagos exigidos por la autorización básica para el uso de una

¹⁸¹ VALDÉS, José Andrés Rozas. Una aproximación a la financiación de autopistas, desde la experiencia española. In: TÓRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Serviços públicos e direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 565.

instalación o servicio, con independencia de su uso efectivo. Volviendo al ejemplo de las autopistas, su financiación a través de contribuciones especiales implicaría que los ciudadanos adquirirían una autorización básica para su utilización en virtud del pago de la contribución. Para el caso de sobrecarga se debería abonar además una tasa, pero en caso de ausencia de sobrecarga los sujetos que hubieran abonado la contribución disfrutarían del uso de la autopista sin necesidad de satisfacer tasa alguna. En este esquema teórico, las contribuciones especiales deben servir para cubrir los costes fijos de las instalaciones, costes que se imputan a la mera disponibilidad para el uso, y que son independientes de la medida del uso efectivo.¹⁸²

No âmbito do Direito Tributário Ambiental também discute-se a melhor espécie tributária aplicável à eco-tributação. Ricardo Lobo Torres salienta que o princípio do poluidor-pagador¹⁸³ orienta-se no sentido de que os potenciais poluidores devem custear as despesas estatais concernentes à precaução e à prevenção de riscos ao meio ambiente. Já o princípio do consumidor-pagador¹⁸⁴ aponta que o indivíduo que usufruir dos bens de consumo comum do povo deve pagar por eles.

¹⁸² ESTEVAN, Juan Manuel Barquero. *La función del tributo en el estado social y democrático de derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 90-91.

¹⁸³ TORRES, Ricardo Lobo. Valores e princípios no direito tributário ambiental. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 27-28. Assim destaca o autor: “O princípio do poluidor-pagador sinaliza no sentido de que os potenciais poluidores devem arcar com a responsabilidade pelo pagamento das despesas estatais relacionadas com a precaução e a prevenção dos riscos ambientais. É princípio de justiça porque busca evitar que repercuta sobre a sociedade a obrigação de suportar os custos da sustentação do meio ambiente sadio. O princípio do poluidor-pagador está ligado à idéia de internalização de eventuais prejuízos ambientais, sem a qual seria repassada para terceiros a responsabilidade pela carga tributária necessária a garantir os riscos ambientais. O poluidor, que se apropria do lucro obtido em suas atividades poluentes, não pode externalizar negativamente a poluição que produz. [...] O princípio do poluidor-pagador se concretiza no direito tributário por intermédio das regras atinentes à instituição de multas, de taxas ou de contribuições.”

¹⁸⁴ TORRES, Ricardo Lobo. Valores e princípios no direito tributário ambiental. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 28. No tocante ao princípio do consumidor-pagador, salienta o autor: “O princípio do consumidor-pagador aponta no sentido de que aquele que usufrui os bens de uso comum do povo deve pagar por eles. O princípio emana também da passagem do Estado de Impostos ao Estado de Taxas, que atua de preferência através de tributos contraprestacionais, deixando os impostos para a remuneração das despesas gerais do Estado.” Por final, na página 30, invoca o autor o

Em que pese as discussões instauradas acerca da melhor espécie tributária aplicável – impostos ou taxas – cumpre esclarecer que o imposto desempenha papel extrafiscal no Estado Democrático de Direito, porquanto possui natureza nitidamente (re)distributiva, ou seja, angaria recursos aos cofres estatais para implementar os direitos fundamentais sociais inscritos na Magna Carta brasileira de 1988.

O imposto exerce papel fundamental na realização do Estado (Social e) Democrático de Direito, porquanto atua como equalizador das desigualdades sociais, redistribui renda e proporciona o bem-estar geral. Ademais, acaso implementado o Estado de taxas, o princípio do benefício que lhe é inerente acarretaria um problema fundamental, na esteira de Liam Murphy e Thomas Nagel: a miopia.¹⁸⁵

princípio do custo benefício, *in litteris*: “O princípio do custo benefício se aplica aos tributos contraprestacionais, sendo que, no Direito Tributário Ambiental, se adapta perfeitamente às taxas cobradas em razão do exercício do poder de polícia (art. 145, CF c.c. art. 77 do CTN). O princípio do custo/benefício, que mede os aspectos quantitativos das taxas, se compagina inteiramente com o princípio do poluidor-pagador, que define quem deve pagar o tributo ambiental.” A defesa da espécie tributária taxa também pode ser verificada em: TABOADA, Carlos Palao. El principio “quien contamina paga” y el principio de capacidad económica. *In*: TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 81. Leciona o autor: “La relación entre el principio “quien contamina paga” y el de equivalencia ya sugiere que el tipo de tributo más adecuado para la realización del primero es la tasa más que el impuesto.” No sentido do cabimento de taxas e, em especial, das contribuições de intervenção no domínio econômico, verificar: TÔRRES, Heleno Taveira. Da relação entre competências constitucionais tributária e ambiental – os limites dos chamados tributos ambientais. *In*: TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 136. A negativa acerca da instituição de impostos ambientais é também verificada na doutrina de Heleno Taveira Tôrres, nestes termos: “E como negamos qualquer espaço para recurso à espécie de criação de ‘impostos’ ambientais, admitindo somente cabimento de taxas e especialmente das contribuições de intervenção no domínio econômico, [...] visto que as taxas estarão sempre vinculadas às atividades de poder de polícia ou de serviços públicos pertinentes, sem qualquer inovação que mereça especial demora meditativa.”¹⁸⁵ MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *O mito da propriedade*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 26. Eis a constatação dos autores: “Mas o princípio do benefício tem um problema ainda mais fundamental: quer nos recomende a tributação proporcional, quer não, ele não pode nos dizer nada acerca de quais devem ser as alíquotas, pois nada nos diz acerca de qual o nível adequado de gastos do governo. Toma os

O cerne da problemática de financiamento do Estado, que requer a instituição de impostos, vai de encontro ao princípio do benefício ou da equivalência, típico de um Estado de taxas. A característica predominante de um Estado de taxas é a redução dos direitos sociais, o que vem a traduzir a idéia de um Estado Mínimo, ideário típico do Liberalismo.

O Estado de impostos é entendido, muitas vezes, de forma errônea, eis que as prestações públicas que a população desfruta sem contraprestação direta são vistas como gratuitas, fato este que leva a uma fruição irresponsável das mesmas. Neste sentido destaca Juan Manuel Barquero Estevan:

[...] el impuesto se percibe como ingreso sin contraprestación, como una especie de pago a fondo perdido, lo que promueve los comportamientos elusorios de todo orden. La motivación de los responsables públicos se ve igualmente afectada, dado que el control de los ciudadanos pueden ejercer en un Estado de impuestos es siempre menor que en un Estado de tasas.

[...] Los ciudadanos carecen de la posibilidad de establecer una comparación de costes-beneficios con las concretas prestaciones recibidas de un ente público [...].¹⁸⁶

Portanto, pode-se concluir que um Estado de impostos envia esforços no tocante à implementação dos direitos sociais (a concretização destes direitos demanda custos sociais). Contrariamente, em um Estado de taxas vige o princípio do benefício ou equivalência, em nítido caráter de contraprestação.

gastos como dados e distribui os impostos proporcionalmente aos benefícios resultantes. Esse é um exemplo daquilo que chamamos de miopia.”

¹⁸⁶ ESTEVAN, Juan Manuel Barquero. *La función del tributo en el estado social y democrático de derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 98.

O montante arrecadado pelo Erário em um Estado de impostos tem por objetivo a implementação de políticas públicas, no escopo de melhor (re)distribuir renda, diminuir as desigualdades sociais e proporcionar o bem-estar àqueles do povo necessitados, que não podem suportar o pagamento de taxas para o gozo dos direitos sociais.

Neste quadrante, exerça-se o seguinte raciocínio: em um Estado de taxas, quem pode suportar a tributação (pagamento de taxas) não necessita de prestações públicas efetivas (direitos sociais), ao passo que os cidadãos que mais necessitam do Estado não podem arcar com a tributação através das taxas.¹⁸⁷

Destarte, aquele que não suporta financeiramente a tributação, em um Estado de taxas, não pode esperar que outrem arque com o pagamento do tributo. Isto denota, por conseguinte, que em um Estado de taxas ocorre, expressamente, uma renúncia a prestações públicas positivas, o que significa um retrocesso ao modelo de Estado instaurado em grande parcela das Constituições contemporâneas, sobretudo naquelas em que vigoram regimes sociais e democráticos de Direito.

¹⁸⁷ ESTEVAN, Juan Manuel Barquero. *La función del tributo en el estado social y democrático de derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 117-118. O autor, de forma lapidar, elucida a problemática: “Ahora bien, allí donde el interés general o la cláusula de Estado social excluyan que una determinada necesidad quede en manos del sector privado, se plantea la pregunta de si esos mismos intereses generales no se verán lesionados si esa concreta necesidad sólo puede verse satisfecha cuando quien la experimenta tiene capacidad de pago suficiente para ello. De ahí se deriva una exigencia dirigida para cualesquiera fórmulas de financiación basadas en tributos causales: deben solucionar el problema de cómo realizar las tareas públicas allí donde existe demanda de los ciudadanos pero no existe capacidad de pago. Porque para muchas de esas tareas se cumple que quien necesita la prestación, no la puede financiar, y quien la puede financiar no la necesita.”

Desta forma, verifica-se que o imposto é a espécie tributária adequada para o financiamento do Estado (Social e) Democrático de Direito. Em que pese esta afirmação, destaca Juan Manuel Barquero Estevan que existe certa resistência ao pagamento de tributos que não prevêem contraprestação:

La resistencia a los tributos sin contraprestación es tan intensa, como consecuencia de la altura de la cuota impositiva global, que si no produce ese cambio, habrá importantes tareas estatales que comenzarán a verse progresivamente perjudicadas. En concreto, se pone seriamente en peligro el mantenimiento de la inversión pública en infraestructuras. La globalización y la competencia impositiva entre Estados hará más acuciante este problema.¹⁸⁸

Como implementar, por exemplo, saúde, educação e segurança aos cidadãos menos abastados aplicando-se o princípio do benefício ou da contraprestação? Seria possível a efetividade dos direitos fundamentais sociais, inscritos na Constituição Cidadã brasileira de 1988, no contexto de um Estado de taxas? Garantir-se-ia de que forma a manutenção de serviços públicos essenciais àqueles indivíduos que se situam em condições financeiras desprivilegiadas, que não revelam capacidade contributiva?

A contraprestação pelos direitos sociais, típica de um Estado de taxas, romperia com o ideário de redistribuição de renda e de diminuição das desigualdades sociais. Enfim, tal modelo de Estado viria a debelar os direitos

¹⁸⁸ ESTEVAN, Juan Manuel Barquero. *La función del tributo en el estado social y democrático de derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 101.

fundamentais sociais arduamente conquistados pelos cidadãos nas Cartas Constitucionais hodiernas, a exemplo do Texto Fundamental brasileiro de 1988.

Característica fundamental de um Estado que objetiva a justiça e a solidariedade sociais, insuscetível de verificação em um Estado de taxas, é o princípio da capacidade contributiva, em que predomina a contribuição de cada indivíduo para as despesas da coletividade em razão de sua força econômica, ideal de justiça distributiva formulada na longínqua história da civilização. Em última análise, a capacidade contributiva “é aferida mediante a relação que se estabelece entre a riqueza de um indivíduo e a carga tributária por ele suportada”.¹⁸⁹

Sustentar um Estado de taxas consiste em negar o direito à educação, dentre outros direitos fundamentais sociais, ao cidadão que não disponha de numerário suficiente para contraprestar o benefício auferido, situação esta que vem a transgredir o princípio da capacidade contributiva (dentre outros), diretriz de capital importância para um sistema tributário cuja filosofia insira-se em um contexto de justiça e solidariedade sociais. E Juan Manuel Barquero Estevan lança o seguinte questionamento:

¿Es razonable o, mejor, es acorde com los principios que están en la base de nuestro Estado social descargar sobre las familias de personas con necesidades educativas y asistenciales especiales el coste de esas necesidades?¹⁹⁰

¹⁸⁹ BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3.ed. São Paulo: Lejus, 2002, p. 496.

¹⁹⁰ ESTEVAN, Juan Manuel Barquero. *La función del tributo en el estado social y democrático de derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 105.

Desta forma, a predominância de impostos é a forma mais justa de (re)distribuição de renda e de equilíbrio social, porquanto consentânea com o princípio da capacidade contributiva e com o ideário de justiça distributiva.

Cláudio Sacchetto¹⁹¹ salienta que a crise do princípio da capacidade contributiva deve-se à crise do princípio da solidariedade, sua matriz político-ideológica. A idéia que predomina é de que os direitos dos indivíduos e os deveres de solidariedade são antagônicos, isto é, o indivíduo realiza os seus direitos sem vincular-se aos deveres de solidariedade social.

A reprimar as características que norteiam o Direito Tributário pátrio, de cariz liberal-individualista, bem como o instrumental jurídico ensinado nos bancos acadêmicos, Cláudio Sacchetto ressalta:

Provocativamente, direi que tem sentido falar de solidariedade hoje porque independente do posicionamento positivo ou negativo que se possa *a priori* ter perante o tema, poucos são aqueles que dele têm um conhecimento mais profundo.

Nas classes universitárias, pouco dela se fala porque não há tempo, pois prefere-se tratar – em coerência com a visão *funcionalista* e instrumental do saber jurídico, dos docentes de Direito Tributário – apenas da técnica fiscal, porque existem os *créditos* a serem respeitados.

Caberia dizer, citando Sêneca, que ‘na escola não se tem tempo para aprender o necessário porque se ensinam muitas coisas supérfluas’.

Os estudantes são apáticos ou céticos quanto a questões constitucionais tributárias. Não há mais tempo para falar sobre elas com adequação e tranqüilidade. Porque não é mais tarefa

¹⁹¹ SACCHETTO, Cláudio. O dever de solidariedade no direito italiano: o ordenamento italiano. In: GODOL, Marciano Seabra de; GRECO, Marco Aurélio (Coord.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p.10. Destaca o jurista italiano no ensaio em relevo, na página 11: “É um fato cultural, histórico, desconfiar do Estado e ver a arrecadação dos impostos como ‘subtração’, ao invés de contribuição a um Erário comum.”

das universidades formar homens de cultura e de cultura humanista, global, tampouco fazer educação cívica.

Em suma, tem sentido falar de solidariedade porque hoje existe o risco de perder o conceito de responsabilidade pública, que os cidadãos deixem de ter consciência que uma parte de suas vidas deve ser gerida em comum com os outros: este é o significado real da solidariedade, como ensina a etimologia do termo (do latim 'in sólido').¹⁹²

É neste sentido que reside o fim extrafiscal e o caráter ubíquo da espécie tributária imposto: para além de cumprir sua função estritamente fiscal – arrecadação tributária aos cofres do Erário como condição de possibilidade para a implementação de políticas públicas, instrumentalizadas através dos serviços públicos – atua também como mecanismo que visa (re)distribuir renda e riqueza, minorando-se, assim, as desigualdades sociais, o que significa dizer que um Estado de impostos aproxima-se mais, se comparado a um Estado de taxas, dos ideais de justiça e solidariedade sociais. Afinal, a solidariedade, antes de ser um dever/direito, é um valor.

Logo, o fundamento para a instituição de impostos nos Estados (Sociais e) Democráticos de Direito é o dever de financiamento das necessidades coletivas, em nítida política tributária conforme aos ditames da capacidade contributiva e do interesse social, em cumprimento ao caráter extrafiscal e ubíquo do imposto.

¹⁹² SACCHETTO, Cláudio. O dever de solidariedade no direito italiano: o ordenamento italiano. In: GODOI, Marciano Seabra de; GRECO, Marco Aurélio (Coord.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 10-11.

A “debilidade fundamental”¹⁹³ do imposto reside no fato de o cidadão não vislumbrar, em sua instituição, qualquer sorte de benefício passível de ser individualizado, associando-se a este fator o sacrifício econômico experimentado ao efetuar-se o pagamento da referida exação. Contrariamente à insensibilidade dos indivíduos quanto ao real caráter da espécie tributária imposto, cumpre esclarecer que a arrecadação de impostos destina-se, consoante já ressaltado, a financiar as tarefas estatais ou a prestação de políticas públicas, afigurando-se indispensável a manutenção desta espécie tributária para a promoção e realização do Estado (Social e) Democrático de Direito.

Outro aspecto importante para a instituição de impostos como mecanismo de financiamento geral, já que não afetado a atividade estatal específica, concerne à mobilidade e independência que a referida espécie tributária traz para o financiamento das tarefas públicas, situação que não se verifica nas taxas, cujo fato gerador tem supedâneo na utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível. Desta forma, o imposto presta-se a que o Poder Público disponha livremente do numerário arrecadado, aplicando-o em áreas em que haja prioridade de investimentos estatais em prol da sociedade.

¹⁹³ ESTEVAN, Juan Manuel Barquero. *La función del tributo en el estado social y democrático de derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 109. O autor também destaca, na página 110, que o imposto mostra carência constitutiva, ou seja, o imposto contrapõe os interesses geral e individual. Destaca também que o cidadão não se conscientiza que a tributação, através de impostos, é pressuposto para as vantagens implementadas pelo Estado, e que as políticas públicas devem-se ao recolhimento de impostos. Destaca o autor, por final, que o imposto separa/afasta o indivíduo do Estado.

O financiamento do Estado através de impostos dá suporte a um sistema tributário mais justo e solidário, que prima pela capacidade contributiva, em que aos cidadãos necessitados é possibilitado o acesso às políticas públicas independentemente de qualquer sorte de contraprestação. Aliás, no contexto de um Estado de taxas, não há que se falar em direitos sociais e, por conseguinte, em políticas públicas, dado o nítido viés contraprestacional que permeia este modelo de Estado.

É nesta perspectiva que reside o dever fundamental de pagar impostos, requisito intransponível para a manutenção do Estado Democrático de Direito, balizado pela justiça e solidariedade sociais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No contexto de um Estado (Social e) Democrático de Direito, a teor do que se encontra preconizado na Carta Constitucional brasileira de 1988, a temática dos serviços públicos ocupa lugar de destaque, sobretudo pelo relevo que o legislador constituinte confere aos direitos sociais.

Em um Estado Democrático de Direito, em que se prevêem a realização de direitos e garantias fundamentais, *e.g.*, os direitos sociais à educação e à saúde, as políticas públicas, instrumentalizadas pelos serviços públicos, confundem-se com a própria idéia de Estado. Afinal, é da essência do modelo de Estado inscrito na Constituição brasileira de 1988 a prestação de políticas públicas, no claro intuito de constituir uma sociedade livre e solidária, com vistas a reduzir as desigualdades sociais.

A passagem do Estado Liberal ao Social incorporou à ordem jurídica uma série de direitos até então desconhecidos, que sofreram modificações em grau, intensidade e sentido. Nesta perspectiva, o Estado Mínimo conferia aos indivíduos a proteção da liberdade individual, da segurança e da ordem sociais.

Com o advento do Estado Social, o Poder Público, em nítido caráter prestacional e interventivo, houve por concretizar uma série de políticas públicas, objetivando, destarte, a realização dos direitos sociais, atuando pró-sociedade, no escopo de minorar as desigualdades e proporcionar um ambiente de justiça e solidariedade sociais.

No Brasil, país que ostenta grandes desigualdades nas mais vastas esferas da sociedade, os serviços públicos, enquanto mecanismos que viabilizam a implementação de políticas públicas, exercem papel de fundamental relevo para a concretização do Estado Democrático de Direito, sobretudo pela extensa nomeada de direitos sociais esgrimidos pelo legislador constituinte.

Nesta ordem de idéias, imperioso traçar, tópica e sistematicamente, as considerações finais do presente trabalho, cuja evolução perpassa o nascedouro dos serviços públicos na França; o tratamento conferido ao instituto pelo Texto Constitucional brasileiro de 1988; a evolução conceitual dos serviços públicos no contexto da desestatização; a mudança de perfil da Administração Pública e, por final, o dever fundamental de pagar impostos como requisito intransponível para a concretização de políticas públicas. Eis as seguintes constatações:

1) O Estado Mínimo, típico do período histórico do liberalismo, limitou os papéis do Poder Público à garantia da liberdade, da segurança e da ordem sociais. Já com o advento do Estado Social, houve alteração significativa no

seio do Estado, porquanto este, a partir do reconhecimento dos direitos sociais, passou a realizar políticas públicas em prol da sociedade.

2) A transição ocorrida – do Estado Liberal ao Social – significa que o Poder Público deixa de ser apenas o poder soberano para ser o principal responsável pelo direito à vida, mediante a concretização de políticas públicas. Agrega-se a este *status quo* o fato de a sociedade hodierna exigir um maior empenho do Estado na prestação de políticas públicas.

3) Os serviços públicos, surgidos na França do século XIX, através do mais consagrado precedente envolvendo a temática (*arrêt Blanco*), adquirem relevo nos anos 30 do século XX, na etapa denominada de intervencionismo público, sistematizada por Léon Duguit e Gaston Jèze – Escola do Serviço Público – que concebia o instituto como fundamento da Teoria do Estado, um conjunto de atividades cuja prestação deve ser assegurada porque indispensáveis à coesão e à interdependência sociais. Com Duguit, o elemento soberania é substituído pela noção de serviço público.

4) A noção clássica de serviço público alberga três elementos essenciais: a intervenção de uma pessoa pública, mesmo que esta não assegure a execução direta do serviço; a satisfação de uma atividade de interesse geral e o recurso a um regime jurídico específico, que se adapte à satisfação do interesse geral.

5) Os serviços públicos consistem em instrumento para a concretização de políticas públicas, as quais visam a implementação dos direitos fundamentais sociais.

6) Não há uma noção ou conceito apriorístico de serviço público, porquanto o âmbito de abrangência do instituto se expande ou se retrai em conformidade com a presença do Estado nos domínios da vida social contemporânea.

7) A noção de serviço público, embora ligada a um núcleo de essencialidade, tem sofrido transformações, sobretudo pelos papéis e responsabilidades atribuídas ao Estado no curso da história.

8) As transformações sofridas pelo Estado brasileiro, sobretudo pelas mudanças de perspectiva governamental – migração da Administração Pública Burocrática à Gerencial – ocasionaram rupturas nas concepções material/objetiva, orgânica/subjetiva e formal dos serviços públicos. Destarte, a evolução dos serviços públicos pode ser delineada em virtude da assunção, pela iniciativa privada, de atividades até então desempenhadas, preponderantemente, pelo Poder Público. Assim, o serviço público, em sua visão tradicional ou clássica, significava uma atividade de competência do Estado, excluída do mercado, cuja titularidade incumbia ao Poder Público.

9) A Administração Pública Gerencial tem início, no Brasil, através do Programa Nacional de Desestatização, com o advento da Lei n. 8.031/90,

posteriormente alterada e revogada pela Lei n. 9.491/97. Neste contexto de desestatização ganham relevo as concessões e permissões dos serviços públicos, através das Leis n. 8.987/95 e n. 9.074/95, o que sinaliza o esgotamento do Estado brasileiro no tocante à implementação de políticas públicas, anunciando, assim, a Reforma da Administração Pública. O perfil gerencial do Estado brasileiro também trouxe outra forma de contratação entre o Poder Público e a iniciativa privada: a Lei das Parcerias Público-Privadas (PPP).

10) A Reforma do Estado, consoante exsurge do Programa Nacional de Desestatização, deve-se ao agigantamento do Poder Público, ou seja, tendo em vista o desempenho, pelo Estado, de atividades de caráter nitidamente empresarial, a Administração Pública necessitou readequar-se aos novos tempos, concentrando seus esforços nas atividades em que sua presença mostra-se fundamental.

11) Em que pese a execução dos serviços públicos, sob a perspectiva da Administração Pública Gerencial, incumbir à iniciativa privada, o Estado, diante de seus novos papéis, regula, inspeciona e, se necessário for, sanciona. Assim sendo, o Estado, de executor dos serviços públicos, agora concentra-se, fundamentalmente, na atividade regulatória destas atividades.

12) O fator preponderante para a Reforma do Estado encontra-se na crise fiscal, tendo em vista a transformação das políticas públicas de caráter

temporário em permanentes ou de longa duração, ampliando-se, assim, a defasagem entre a poupança pública e os custos para a implementação dos direitos sociais.

13) Para a implementação de políticas públicas no Estado Democrático de Direito, necessário se faz o financiamento do Estado através da imposição tributária, requisito indispensável para o equilíbrio das finanças públicas e para o custeio dos direitos sociais.

14) Os direitos fundamentais sociais inscritos na Carta Cidadã brasileira de 1988 vão de encontro à teoria do mínimo existencial de Ricardo Lobo Torres, que sustenta a limitação dos direitos sociais aquém do querer do legislador constitucional. Para o renomado tributarista, por exemplo, proclama-se, de forma demagógica, o acesso universal à saúde.

15) Para Alberto Nogueira, a defesa do mínimo existencial de Ricardo Lobo Torres causa estranheza, mormente para o novo direito tributário que se coloca, em que devem ser incorporados os direitos sociais, dentre os quais os mínimos sociais ou existenciais.

16) Contrariamente ao sustentado pela teoria do mínimo existencial de Ricardo Lobo Torres, com a vigência da Carta Constitucional de 1988 impregnou-se no Brasil o Estado Democrático de Direito, elevando-se ao

patamar de direitos sociais uma série de políticas públicas que vão de encontro à defesa do mínimo existencial sob o enfoque liberal-individualista.

17) A conformação dos direitos sociais em um contexto de mínimo existencial, segundo leciona Ricardo Lobo Torres, diverge da atribuição de sentido conforme a Constituição (*Verfassungskonforme Sinngebung*), incumbindo ao intérprete, a partir de sua condição de ser-no-mundo, numa dada situação hermenêutica, a consciência dos efeitos da história (*Wirkungsgeschichtles Bewusstsein*), consoante ressalta Lenio Luiz Streck.

18) Os debates que circundam os direitos fundamentais sociais e a implementação de políticas públicas, de um lado, e o esquecimento dos deveres fundamentais, dentre os quais destaca-se o de pagar impostos, rumam ao ponto nevrálgico que atinge o cerne do Estado hodierno e a sua crise: as conseqüências orçamentárias que norteiam as políticas públicas e o financiamento público. Predomina, assim, a assinalagmaticidade entre direitos e deveres fundamentais, porquanto o tratamento dos deveres está longe de ser equiparado aos direitos.

19) O grande desafio que se coloca, no âmbito do Estado Democrático de Direito, é o dever fundamental de pagar impostos como condição de possibilidade para a implementação de políticas públicas.

20) Os custos dos direitos sociais não podem prescindir do imposto como instrumento central de sustentabilidade do Estado. Assim, o financiamento do Estado por meio de tributos, em especial dos impostos, observado o princípio da capacidade contributiva, consiste em peça chave, *conditio sine qua non* para a concretização do Estado Democrático de Direito.

21) O imposto desempenha papel extrafiscal e ubíquo no Estado Democrático de Direito, porquanto possui natureza nitidamente (re)distributiva, ou seja, destina-se a angariar recursos aos cofres estatais para implementar os direitos sociais, no intuito de minorar as desigualdades e promover a justiça e a solidariedade sociais.

22) O Estado de impostos envida esforços no tocante à implementação de políticas públicas, visando a concretização dos direitos sociais. Contrariamente, no contexto de um Estado de taxas vige o princípio do benefício ou da equivalência, em nítido caráter contraprestacional.

23) Em um Estado de taxas, quem suporta a tributação (taxas) não necessita abrigar-se das políticas públicas, ao passo que os cidadãos que mais necessitam do Estado não podem arcar com este ônus tributário. Esta situação, nitidamente, vem a agravar as desigualdades sociais e romper com o viés social e democrático vigente nos estatutos constitucionais hodiernos.

24) A migração de um Estado de impostos a um Estado de taxas significaria reduzir o papel do Estado na promoção e na implementação de políticas públicas, porquanto os tributos causais (taxas) não ensejam o financiamento das funções (re)distributivas do Estado, mas sim o caráter contraprestacional ou da equivalência, ou seja, paga-se o tributo (taxa) pela tarefa que, efetivamente, o cidadão for usufruir do Poder Público.

Por derradeiro, o financiamento do Estado através de impostos dá suporte a um sistema tributário mais justo e equânime, que prima pela capacidade contributiva e pela (re)distribuição de renda, proporcionando aos cidadãos necessitados o acesso às políticas públicas, instrumentalizadas pelos serviços públicos, independentemente de qualquer contraprestação pelos direitos sociais experimentados. Daí concluir-se que os direitos não são dádiva divina nem frutos da natureza; necessitam, pois, de cooperação social, aqui representada pelo dever fundamental de pagar impostos.

Parafraseando Ronald Dworkin e José Casalta Nabais, levemos a sério os deveres fundamentais e os custos orçamentários de todos os direitos fundamentais, para que reste concretizada a justiça e a solidariedade sociais no contexto do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALMEIDA, Aníbal. *Teoria pura da imposição*. Coimbra: Almedina, 2000.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. *Interesse Público*, São Paulo, ano 2, n. 6, p. 11-47, abr./jun. 2000.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BARROSO, Luís 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. p. 159-193.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3.ed. São Paulo: Lejus, 2002.

BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, estado e constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BLANQUET, Luiz Alberto. *Concessão de serviços públicos: comentários à lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, à lei n. 9.704, de 7 de julho de 1995 com as inovações da lei 9.427 de 27 de dezembro de 1996, e da lei 9.648 de 27 de maio de 1998*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2000.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. vol. I e II. 5.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2004.

BOITEAU, Claudie; LACHAUME, Jean-François; PAULIAT, Hélène. *Grands services publics*. 2.ed. Paris: Armand Colin, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BORGES, José Souto Maior. Direitos humanos e tributação. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, n. 40, p. 188-224, set./out. 2001.

CALERA, Nicolás María López. *Yo, el Estado*. Madrid: Editorial Trotta, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CARDOSO, Fernando Henrique. Reforma do Estado. *In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (Orgs.). Reforma do Estado e administração pública gerencial*. 6.ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2005. p. 15-19.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CHAPUS, René. *Droit administratif général*. t. I. 11.ed. Paris: Montchrestien, 1997.

CHRÉTIEN, Patrice; DUPUIS, Georges; GUÉDON, Marie-José. *Droit administratif*. 6.ed. revue. Paris: Dalloz, 1999.

COMADIRA, Julio Rodolfo. El servicio público como título jurídico exorbitante. A & C - *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 4, n. 12, p. 79-106, abr./jun. 2003.

DALLARI, Adilson Abreu. Privatização, eficiência e responsabilidade. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 211-231.

DELVOLVÉ, Pierre; VEDEL, Georges. *Droit administratif*. t. I. 12.ed. Paris: PUF, 1992.

DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

DEZALAY, Yves; TRUBEK, David M.. A reestruturação global e o direito: a internacionalização dos campos jurídicos e a criação de espaços transnacionais. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 29-80.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 11.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. *Parcerias na administração pública. Concessão, Permissão. Franquia. Terceirização e outras formas*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

DUGUIT, Léon. *Las transformaciones del derecho público y privado*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1975.

_____. *Les transformations du droit public*. Paris: Armand Colin, 1913.

_____. *Traité de Droit Constitutionnel*. t. II. 3.ed. Paris: E. de Boccard, 1928.

ESTEVAN, Juan Manuel Barquero. *La función del tributo en el estado social y democrático de derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

FALLA, Fernando Garrido. *Tratado de derecho administrativo*. vol. II. 10.ed. Madrid: Tecnos, 1992.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Notas sobre contribuições sociais e solidariedade no contexto do estado democrático de direito. In: GODOI, Marciano Seabra de; GRECO, Marco Aurélio. (Coord.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 208-221.

FINGER, Ana Cláudia. Serviço público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, n. 12, p. 141-165, abr./jun. 2003.

FLEINER, Fritz. *Instituciones de derecho administrativo*. Tradução de Sabino A. Gendin. Madrid: Editorial Labor S.A., 1933.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. 2.ed. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

GÓMEZ, José María. *Política e democracia em tempos de globalização*. Petrópolis: Vozes, 2000.

GORDILLO, Agustín A.. *Tratado de derecho administrativo*. t. II. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1991.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRINOVER, Ada Pelegrini *et alli*. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUGLIELMI, Gilles J.; KOUBI, Geneviève. *Droit du service public*. Paris: Montchrestien, 2000.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo: parte I*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 13.ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

_____. *Ser e tempo: parte II*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 11.ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

JÈZE, Gaston. *Les principes généraux du droit administratif*. 3.ed. Paris: Marcel Giard, 1930.

_____. *Principios generales del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1946.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

KRELL, Andreas Joachim. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 25-60.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LIMA, Ruy Cirne. *Pareceres (direito público)*. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1963.

_____. *Princípios de direito administrativo*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MALJAR, Daniel Edgardo. *El estado en la prestación de servicios públicos*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L., 1998.

MARÍN, Antonio Martínez. *El buen funcionamiento de los servicios públicos: los principios de continuidad y regularidad*. Madrid: Tecnos, 1990.

MEDAUAR, Odete. Nova crise do serviço público? *In*: CUNHA, Sérgio Sérvulo da; GRAU, Eros Roberto (Coord.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 527-538.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

_____. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MIGUEZ MACHO, Luis. *Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios*. Barcelona: CEDECS, 1999.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. De sonhos feitos, desfeitos e refeitos vivemos a globalização. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 47-76.

MUÑOZ, Guillermo. Las transformaciones del servicio público. *In*: SUNFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 169-176.

MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *O mito da propriedade*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*. Disponível em: http://www.agu.gov.br/Publicacoes/Artigos/05042002JoseCasaltaAfaceocultadireitos_01.pdf. Acesso em: 14 nov. 2005, 11h30min.

_____. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2004.

NOGUEIRA, Alberto. *Globalização, regionalizações e tributação: a nova matriz mundial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 15.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. *In*: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin (Orgs.). *Reforma do estado e administração pública gerencial*. 6.ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2005. p. 21-38.

_____. *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo: Ed. 34, 1998.

PINON, Stéphane. Le principe de continuité des services publics: du renforcement de la puissance étatique à la sauvegarde de l'expression

démocratique. *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, Bruxelles, n. 51, p. 69-109, 2003.

PINTO, Marcos Barbosa. Parcerias público-privadas: panorama da nova disciplina legislativa. In: JUSTEN, Monica Spezia; TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 28-38.

PORTO NETO, Benedicto. *Concessão de serviço público no regime da Lei n. 8.978/95: conceitos e princípios*. São Paulo: Malheiros, 1998.

REBOLLO, Luis Martín. Servicios públicos y servicios de interes general: la nueva concepción y operatividad del servicio público em el derecho administrativo español. In: NETO, Diogo de Figueiredo Moreira (Cood.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 85-113.

REIGADA, Antonio Troncoso. Dogmática administrativa y derecho constitucional: el caso del servicio público. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 19, n. 57, p. 87-164, sep./dec. 1999.

RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Constituição, soberania e Mercosul. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 139, p. 283-304, jul./set. 1998.

_____. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Interesse Público*, São Paulo, n. 4, p. 23-48, out./dez. 1999.

SACCHETTO, Cláudio. O dever de solidariedade no direito italiano: o ordenamento italiano. In: GODOI, Marciano Seabra de; GRECO, Marco Aurélio (Coord.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 9-52.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 129-173.

SILVA, Almiro Couto e. Os indivíduos e o estado na realização de tarefas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 209, p. 43-70, jul./set. 1997.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SOUVIRÓN MORENILLA, José María. *La actividad de la administración y el servicio público*. Granada: Comares, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. A revolução copernicana do (neo)constitucionalismo e a (baixa) compreensão do fenômeno no Brasil - uma abordagem à luz da hermenêutica filosófica. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Tratado de direito constitucional tributário: estudos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 725-771.

_____; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 5.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. A administração pública na era do direito global. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 157-168.

_____. Guia jurídico das parcerias público-privadas. *In*: SUNFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 15-44.

TABOADA, Carlos Palao. El principio “quien contamina paga” y el principio de capacidad económica. *In*: TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 79-95.

TÁCITO, Caio. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975.

_____. Falta de pagamento: corte de energia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 219, p. 398-399, jan./mar. 2000.

_____. *Temas de direito público: (estudos e pareceres)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TÔRRES, Heleno Taveira. Da relação entre competências constitucionais tributária e ambiental - os limites dos chamados tributos ambientais. *In*: TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 96-156.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 243-342.

_____. A fiscalidade dos serviços públicos no estado da sociedade de risco. *In*: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Serviços públicos e direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 121-159.

_____. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1-46.

_____. Os mínimos sociais, os direitos sociais e o orçamento público. *Revista Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: Central Universidade Gama Filho, 1997. p. 227-241.

_____. Valores e princípios no direito tributário ambiental. *In: TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). Direito tributário ambiental.* São Paulo: Malheiros, 2005. p. 21-54.

UCKMAR, Victor. La giusta imposta. *In: TÔRRES, Heleno Taveira. Tratado de direito constitucional tributário: estudos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho.* São Paulo: Saraiva, 2005. p. 3-14.

VALDÉS, José Andrés Rozas. Una aproximación a la financiación de autopistas, desde la experiencia española. *In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). Serviços públicos e direito tributário.* São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 563-610.

VATTIMO, Gianni. *Introdução a Heidegger.* Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

VILA-CHÃ, João J. A globalização: aspectos teóricos e implicações práticas. *Revista Portuguesa de Filosofia*, Braga, vol. 59, p. 3-31, jan./mar. 2003.

WALD, Arnoldo. *O direito de parceria e a lei de concessões: (análise das Leis ns. 8.987/95 e 9.074/95 e legislação subsequente.* 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.