

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

LETÍCIA GUIMARÃES

O PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

MESTRADO EM DIREITO

**SÃO PAULO
2007**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

LETÍCIA GUIMARÃES

O PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito do Estado, área de concentração em Direito Administrativo, sob a orientação da Professora Doutora Dinorá Adelaide Musetti Grotti.

**SÃO PAULO
2007**

FICHA CATALOGRÁFICA

Guimarães, Letícia.

O Princípio da Continuidade dos Serviços Públicos

Dissertação de Mestrado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC – 2007.
114 p.

Orientadora: Profa. Dra. Dinorá Adelaide Musetti Grotti

Área: Direito do Estado

Subárea: Direito Administrativo

Palavras-chave: Continuidade; Serviços Públicos; Inadimplemento; Greve.

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

É com grande alegria que neste momento presto meu reconhecimento às pessoas que me ajudaram nesta dissertação, um objetivo que me pareceu distante em alguns momentos e que agora se realiza também devido a essas pessoas que estiveram ao meu lado.

Em primeiro lugar, agradeço profundamente aos meus pais, Sonny e Sandra, pelo apoio sem limites, pelo amor e dedicação demonstrados em todos os momentos e por serem sempre minhas referências, meus mais importantes exemplos de vida e de conduta.

Também sou muito grata à minha irmã Deborah, ao Enrico e aos pequenos Leonardo e Carolina, por serem um núcleo de alegria e conforto para mim. À minha irmã agradeço também por suas valorosas contribuições na revisão e na execução deste trabalho.

Ao Rodrigo, companheiro inseparável, deixo aqui meus sinceros agradecimentos pelo amor, compreensão e constante incentivo, contribuindo para alcançar meus objetivos.

Sem o apoio da minha orientadora, Professora Dinorá Adelaide Musetti Grotti, esta dissertação não poderia ser concluída. Sua dedicação é de um valor inestimável, disponibilizando seu tempo, mesmo com todas as atribuições e atividades acadêmicas, para enriquecer este texto. Sua orientação foi fundamental em todas as etapas.

Agradeço também ao Professor Egon Bockmann Moreira e à Andreia Cristina Bagatin, por seus conselhos, pela ajuda na coleta da bibliografia utilizada, mas especialmente pela amizade e encorajamento para enfrentar este desafio.

Por fim, a todos os eméritos professores da PUC-SP e da UFPR que contribuíram na minha formação acadêmica, registro aqui minha sincera gratidão.

RESUMO

GUIMARÃES, Letícia. *O princípio da continuidade dos serviços públicos*. São Paulo, 2007. 112 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

O presente trabalho destina-se ao estudo do princípio da continuidade dos serviços públicos e de temas a ele relacionados. Para permitir a delimitação do âmbito de aplicação do trabalho, foram destacados vários aspectos que caracterizam um serviço público, ressaltando-se que este consiste em atividade desenvolvida pelo Estado no exercício de função administrativa. Delimitado o conceito de serviço público, procurou-se apontar as normas que contemplam o princípio da continuidade, bem como compreender o seu conteúdo. Em seguida, foram identificados alguns mecanismos que asseguram a efetivação do princípio da continuidade dos serviços públicos, mecanismos estes que podem estar atrelados aos contratos administrativos, aos bens utilizados na prestação do serviço público, ou ainda ao exercício da função pública. Maior ênfase foi destinada às hipóteses legais que admitem a interrupção do serviço público. Foram identificadas no ordenamento jurídico as seguintes situações que impõem ou autorizam a sua interrupção: em caso de emergência; quando houver razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; na hipótese de inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade; e a deflagração de greve dos trabalhadores que prestam serviços públicos. Atualmente as hipóteses mais controvertidas na doutrina e na jurisprudência são as interrupções ocasionadas pelo inadimplemento do usuário e pelos movimentos grevistas. A abordagem do tema relativo à interrupção dos serviços públicos em razão da inadimplência do usuário teve por objetivo verificar se tal interrupção viola ou não o princípio da continuidade. Além disso, foram perquiridas as situações que impõem a manutenção do serviço público mesmo diante do inadimplemento, tendo em vista o interesse da coletividade. Com relação à interrupção dos serviços públicos em razão de movimentos grevistas, verificou-se que a matéria necessita de regulamentação específica, principalmente no que se refere à disciplina da greve de servidores públicos civis. No cenário atual, enquanto a matéria não é regulamentada por lei, o Poder Judiciário vem desempenhando papel relevante, assegurando o exercício do direito de greve e, ao mesmo tempo, diante do caso concreto, estipulando regras para minimizar os prejuízos dos usuários. Por fim, foram apresentados dois instrumentos processuais, o mandado de segurança individual e a ação civil pública, utilizados para impor ao Estado o cumprimento do dever de prestar ou garantir a prestação dos serviços públicos de forma contínua.

Palavras-chave: Continuidade; Serviços Públicos; Inadimplemento; Greve.

ABSTRACT

GUIMARÃES, Letícia. *The Principle of Continuity of Public Services*. São Paulo, 2007. 112 p. Masters dissertation - Faculdade de Direito (Law School), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

The present work is aimed at the study of the principle of continuity of public services and of themes related to it. In order to permit the delimitation of the work's range of application, several aspects that characterize public service were given special focus, bearing in mind that this type of service consists of the activity developed by the State in the exercise of the administrative function. Once the concept of public service had been delimited, we sought to point out the norms pertaining to the principle of continuity, as well as to understand their content. Next, a few mechanisms that ensure the enforcement of the principle of continuity were identified, mechanisms such as those that might be linked to administrative contracts, to the properties used in rendering the public service, or to the exercise of the public function. Greater emphasis was placed on the legal hypotheses that allow for the interruption of the public service. In the legal system, the following situations imposing or authorizing such an interruption were identified: when an emergency is declared; technical or safety reasons regarding the workplace; in case of default on the part of the user, taking into consideration the interests of the community; when workers that render a public service go on strike. Currently, the most controversial hypotheses in the doctrine and in the jurisprudence are the interruptions brought about by user default or by labor strikes. Our dealing with the theme regarding the interruption of public services due to user default was meant to check whether or not such an interruption is in violation of the principle of continuity. Also thoroughly examined, were the situations that demanded maintenance of the public service even in case of default, with the interests of the community in mind. Concerning the interruption of public services due to labor strikes, it was observed that the matter requires specific regulations, mainly in what regards the discipline of strikes by civil servants. In the present scenario, while the matter is not yet regulated by law, the Judiciary has been playing a relevant role by ensuring the exercise of the right to strike and, at the same time, faced with the hard fact, by laying down rules to minimize loss on the part of users. Lastly, two procedural instruments were presented – the individual mandatory injunction and the public civil action requiring the State to render, or to guarantee the rendering of the public services in a continuous way.

Keywords: Continuity; Public Services; Default; Strike.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO I – A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E SUAS CARACTERÍSTICAS.....	4
1. A identificação da função administrativa.....	4
1.1 A teoria clássica das funções estatais.....	4
1.2 O critério formal de identificação das funções estatais.....	7
2. O dever do Estado de desempenhar a função administrativa.....	12
2.1 A evolução do conceito de função administrativa: da <i>puissance publique</i> ao serviço público como elemento central do Direito Administrativo.....	12
2.2 A noção de função.....	14
3. O princípio da legalidade e sua importância na caracterização da função administrativa.....	17
CAPÍTULO II – OS SERVIÇOS PÚBLICOS.....	23
1. A prestação de serviços públicos como atividade essencial do Estado.....	23
2. Os elementos subjetivo, material e formal que compõem o conceito de serviço público.....	24
3. O princípio da obrigatoriedade.....	33
CAPÍTULO III – O PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS.....	36
1. A exigência de prestação de serviço adequado.....	36
2. O princípio da continuidade dos serviços públicos.....	38
2.1 A disciplina legal do princípio da continuidade dos serviços públicos.....	41

CAPÍTULO IV – MECANISMOS PARA GARANTIR A CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO..... 48

1. O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos e dever-poder da Administração Pública de alterá-los unilateralmente..... 49
2. A reversão dos bens..... 52
3. A *exceptio non adimpleti contractus* contra a Administração Pública..... 54

CAPÍTULO V – HIPÓTESES LEGAIS DE INTERRUPÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO..... 58

1. A continuidade dos serviços públicos e sua natureza principiológica..... 58
2. A interrupção do serviço público e o seu fundamento normativo..... 60
3. A interrupção do serviço em situação de emergência e por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações..... 62
4. A interrupção do serviço público em razão da inadimplência do usuário..... 64
 - 4.1 O interesse da coletividade como critério para justificar a continuidade ou a interrupção da prestação do serviço público..... 67
 - 4.2 A interrupção dos serviços públicos em razão do inadimplemento do usuário ofende o princípio da dignidade da pessoa humana?..... 75
5. O direito de greve..... 80
 - 5.1 Os mandados de injunção destinados à efetivação do direito de greve dos servidores públicos civis..... 86

CAPÍTULO VI - OS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS PARA EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS..... 93

1. Mandado de segurança individual..... 95
2. Ação civil pública..... 98

CONCLUSÃO	101
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	109

INTRODUÇÃO

A noção de serviço público teve múltiplas serventias, dependendo do setor, no decorrer da história e sua compreensão só é possível diante de um ordenamento jurídico específico, já que cada país lhe concede um tratamento jurídico diferenciado, que também sofre variações de acordo com a época.

Apesar das transformações sofridas ao longo da história e das mutações decorrentes dos tratamentos jurídicos diversos destinados a regulamentar a prestação dos serviços públicos, nota-se que no Brasil permanece vigente o dever do Estado de garantir a prestação contínua dos serviços públicos, dever este que já era ressaltado por Léon Duguit e Gastón Jèze, expoentes da Escola do Serviço Público no primeiro terço do século XX.

O princípio da continuidade dos serviços públicos, principal objeto de estudo desta dissertação, pode ser visualizado sob dois ângulos distintos: para o Estado ou delegatário é um dever a ser cumprido, enquanto para o usuário é um direito que pode ser exigido.

A abordagem do tema do princípio da continuidade conduz ao enfrentamento de questões que envolvem tensão entre os interesses públicos, os interesses dos prestadores do serviço público e dos usuários, tensão esta que se mostra nítida quando analisadas as hipóteses que admitem a interrupção dos serviços públicos.

O presente trabalho está subdividido em seis capítulos. O primeiro é destinado ao estudo da função administrativa e à observação de suas características primordiais, que estão presentes em todas as atividades assim qualificadas.

No segundo capítulo busca-se delinear um conceito de serviço público para enquadrar as atividades que assim podem ser qualificadas. Note-se que os dois primeiros capítulos têm como objetivo delimitar o âmbito de aplicação do trabalho, buscando identificar as atividades que estão subordinadas ao princípio da continuidade.

O princípio da continuidade dos serviços públicos é tratado especificamente no terceiro capítulo, o qual é dedicado ao estudo do seu conteúdo e das normas que o prevêm.

No quarto capítulo são enumerados vários mecanismos previstos legislativamente que contribuem para a efetivação do princípio da continuidade dos serviços públicos, demonstrando-se que alguns desses mecanismos referem-se aos contratos administrativos, outros aos bens empregados na prestação dos serviços públicos e outros ao exercício da função pública. Dentre esses mecanismos, o presente trabalho enfoca o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, a reversão dos bens empregados na prestação dos serviços públicos e a impossibilidade, em regra, de alegar a exceção de contrato não cumprido contra a Administração Pública.

As hipóteses legais que admitem a interrupção dos serviços públicos são tratadas no quinto capítulo. Ressalta-se que no ordenamento jurídico brasileiro estão previstas as seguintes hipóteses que impõem ou autorizam a interrupção dos serviços públicos: em caso de emergência; quando houver razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; na hipótese de inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade; e a deflagração de greve dos trabalhadores que prestam serviços públicos.

Dentre as hipóteses elencadas, nota-se que as questões mais controvertidas envolvem as suspensões de serviço decorrentes do inadimplemento do usuário e da deflagração de movimentos grevistas, razão pela qual tais hipóteses mereceram um estudo mais aprofundado, reunindo-se os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito destes temas.

Em relação à interrupção dos serviços públicos em face do inadimplemento do usuário, analisou-se, primeiramente, se tal interrupção é admissível ou se encontra algum óbice no princípio da continuidade dos serviços públicos.

Posteriormente, considerando que a norma contida no artigo 6º, § 3º, inciso II, da Lei n.º 8.987/95, condiciona a interrupção dos serviços públicos à observância do interesse da coletividade, procurou-se definir as situações em que o interesse da

coletividade é satisfeito pela continuidade dos serviços públicos mesmo diante da inadimplência do usuário.

A propósito do tema da interrupção em razão da inadimplência do usuário foi apreciada ainda a possibilidade de interrupção quando o usuário inadimplente é pessoa comprovadamente de baixa renda. Para o enfrentamento desta questão foram consideradas as competências de cada um dos poderes estatais, especialmente no que tange à definição e implementação de políticas públicas. Analisou-se, também, a possibilidade de ingerência do Poder Judiciário para impor, por meio de decisões judiciais, a prestação de serviços públicos à população de baixa renda mesmo sem a devida contraprestação por parte desta (pagamento de tarifa ou taxa).

Em seguida, foram analisadas as interrupções dos serviços públicos causadas pela deflagração de movimentos grevistas dos trabalhadores que prestam tais atividades. Sistematizando o estudo do tema, distinguiu-se a greve dos trabalhadores em geral e a greve dos servidores públicos civis.

No desenvolvimento do tema foi possível constatar que, apesar da inexistência de lei infraconstitucional regulamentando o exercício do direito de greve dos servidores públicos civis, os movimentos grevistas de tal categoria têm sido constantes, competindo ao Poder Judiciário papel relevante na regulamentação das situações decorrentes de tais movimentos.

No último capítulo foram apontados dois instrumentos processuais, o mandado de segurança individual e a ação civil pública, os quais têm se mostrado hábeis para combater interrupções ilegais e para impor ao Estado o cumprimento do dever de garantir a prestação contínua dos serviços públicos.

Enfatiza-se que os temas relacionados ao princípio da continuidade dos serviços públicos foram escolhidos com o intuito de demonstrar o papel relevante de tal princípio na atualidade e sua influência nos atos legislativos, administrativos e jurisdicionais.

CAPÍTULO I – A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E SUAS CARACTERÍSTICAS

Dentre as várias atividades desenvolvidas pelo Estado no exercício da função administrativa¹, destacam-se os serviços públicos.

Antes de adentrar-se no objeto específico deste trabalho, cumpre buscar identificar a função administrativa, cotejando-a com as demais funções estatais.

Neste primeiro capítulo enfatizam-se, principalmente, a natureza infralegal da função administrativa e o dever do Estado de desempenhá-la, direta ou indiretamente, visto que estes dois aspectos influenciam diretamente o regime jurídico dos serviços públicos.

1. A identificação da função administrativa.

1.1 A teoria clássica das funções estatais.

A idéia de separação de poderes, com antecedentes em Aristóteles e em Locke, consagrou-se e difundiu-se na formulação de Montesquieu, a qual consistia, essencialmente, “em distinguir três funções estatais – legislação, administração e jurisdição – e atribuí-las a três órgãos, ou grupos de órgãos, reciprocamente autônomos, que as exercerão com exclusividade, ou ao menos preponderantemente”².

Essa trilogia não reflete uma verdade, uma essência, algo inexorável que provém da natureza das coisas. Sua formulação foi elaborada da percepção histórica de que a concentração de poderes em uma só pessoa ou em uma junta de pessoas suprime a liberdade dos cidadãos, formando governos tirânicos e

¹ Celso Antônio Bandeira de Mello, partindo da afirmação de que as atividades administrativas são heterogêneas, as agrupa em categorias distintas segundo afinidades jurídicas da seguinte forma: prestação de serviços públicos, intervenção do Estado no domínio econômico e social, “poder de polícia”, imposição de sanções previstas para as infrações administrativas, sacrifícios de direito e gestão dos bens públicos. (*Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 645-647).

² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.135.

opressores.³ Objetivando solucionar este problema, a referida teoria pregava a necessidade de o poder conter o poder, o que se conseguiria mediante a sua divisão e contraposição, para que as partes se freassem reciprocamente.⁴

Considera-se que a grande contribuição de Montesquieu foi ter proposto que cada uma das funções fosse desempenhada de forma exclusiva por um órgão correspondente, denominado “Poder”. Isto é, Montesquieu, além de identificar as funções do Estado (legislativa, jurisdicional e executiva), afirmou a necessidade de elas serem atribuídas a diferentes órgãos com exclusividade, propondo, desta forma, ao lado de uma divisão funcional, uma divisão orgânica.⁵

A teoria formulada por Montesquieu, sugerindo a separação das funções entre órgãos distintos, denominados Poder Legislativo, Poder Judiciário e Poder Executivo, foi adotada por vários países, inclusive pela ordem constitucional brasileira, embora de forma relativizada.

Analisando o princípio da divisão de poderes como princípio fundamental, contido no artigo 2º da Constituição Federal brasileira, o qual dispõe que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, José Afonso da Silva considera que as expressões Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário são empregadas em um duplo sentido. “Exprimem, a um tempo, as funções legislativa, executiva e jurisdicional e indicam os respectivos órgãos, conforme descrição e discriminação estabelecidas no título da *organização dos poderes*”⁶.

³ Montesquieu constata a existência de três espécies de poder: poder legislativo, poder executivo e poder de julgar. Com relação à concentração de poderes observa que: “Quando numa só pessoa, ou num mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo se acha reunido ao poder executivo, não poderá existir a liberdade, porque se poderá temer, que o mesmo monarca ou o mesmo senado, criem leis tirânicas, para executá-las tiranicamente. Não existirá também liberdade, quando o poder de julgar não se achar separado do poder legislativo e do executivo. (...). Tudo então pereceria, se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, o dos nobres, ou o do povo, exercesse êstes três poderes: o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes e as questões dos particulares.” (MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Tradução de Gabriela de Andrada Dias Barbosa. São Paulo: Edições e Publicações Brasil Editora S.A., 1960, v. I, p. 180).

⁴ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 8. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2003, v. I, p. IX – 1.

⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002, p. 560-561.

⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 106.

É preciso ressaltar que no sistema constitucional brasileiro não há uma correspondência rígida entre os órgãos estatais, denominados “Poderes”, e as funções estatais.⁷ Isto ocorre porque os órgãos estatais estão incumbidos de desempenhar, além das funções típicas (características do órgão), funções atípicas.

Esse fenômeno foi descrito por Celso Ribeiro Bastos, ao afirmar que

a separação *rígida* de poderes afigurou-se inviável na prática. Isto basicamente devido à necessidade de impedir que os poderes criados se tornassem tão independentes a ponto de se desgarrarem de uma vontade política central que deve informar toda a organização estatal. Daí a introdução de uma certa coordenação entre eles, (...).⁸

De acordo com o referido autor, cada um dos três poderes – entendidos como órgãos – exerce, em verdade, além da função característica de nome equivalente, atividades que são materialmente correspondentes às outras funções estatais. Para exemplificar, pode-se dizer que o Poder Legislativo, além da função legislativa, que lhe é característica (típica), exerce também atividades que são materialmente administrativas.

Como se pode perceber, a divisão estanque das funções estatais e a sua atribuição com exclusividade a um órgão do Estado não se verifica na prática e, inclusive por essa razão, foi objeto de críticas contundentes por parte de alguns doutrinadores.

Dentre as críticas dirigidas à teoria clássica das funções estatais, destacam-se as elaboradas por Francis-Paul Bénéît⁹, o qual considera que a teoria de

⁷ Augustín Gordillo refere-se a diversos atos materialmente administrativos realizados pelo Poder Legislativo e Judiciário na Argentina, o que demonstra que também naquele país não há uma correspondência exata entre as funções e os “poderes” estatais de mesma denominação. (*Tratado de derecho administrativo*, v. I, p. IX 3-4).

⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, p. 562.

⁹ Francis-Paul Bénéît constrói a sua teoria sob o fundamento de que as missões desempenhadas pelo Estado estão divididas em dois grandes grupos: a) missões do Estado-Nação, concernentes à emissão de normas jurídicas primárias e à direção geral da política do país; b) missões do Estado-Coletividade, estando nelas compreendidos os serviços prestados à coletividade, as missões de polícia e a gestão de domínio. Fixados estes dois grupos de atividades exercidas pelo Estado, o autor prossegue visando à identificação das funções neles abarcadas. De acordo com Bénéît, dentre as missões do Estado-Nação conta-se a existência das seguintes funções: uma função parlamentar, uma função governamental geral e uma função de elaboração de decretos. Por sua vez, o Estado-Coletividade compreenderia: a função administrativa, a função judiciária, a função de ensino e a função de defesa, sendo ainda questionável a existência de uma função de pesquisa. (*Le droit administratif français*. Paris: Dalloz, 1968, p. 27-52).

Montesquieu não possui nenhum valor científico, visto que não está pautada na realidade do direito positivo, e por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello¹⁰.

Embora tais contribuições científicas sejam valiosas, não apenas no que se refere à crítica ao modelo clássico da tripartição das funções, como também à criação de divisões alternativas sobre as funções do Estado, o fato é que a ordem constitucional brasileira se aproxima muito mais da tripartição das funções estatais.

Por esse motivo, e com o intuito de desenvolver esta pesquisa à luz das normas do direito positivo brasileiro, parte-se da hipótese de que o Estado desenvolve três funções: legislativa, jurisdicional e administrativa¹¹. Fixadas as funções do Estado, surge o problema de identificar cada uma delas, em especial a função administrativa.

1.2 O critério formal de identificação das funções estatais.

Vários critérios foram propostos para identificar as funções estatais, dentre eles o critério orgânico (ou subjetivo) e o critério material.

O critério orgânico propõe a qualificação da função estatal de acordo com o órgão que a exerce. Adotando este critério, tem-se que função legislativa é a

¹⁰ Consoante a teoria de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, existem apenas duas funções do Estado: a função administrativa e a função jurisdicional. De acordo com o autor, a função administrativa abrange tanto a ação executiva como a ação legislativa, uma vez que o objeto de ambas as ações “é a utilidade pública a ser alcançada, mediante a promulgação de normas jurídicas e execução de atos jurídicos concretos, com fundamento naquelas, e atividades materiais complementares que constituem formas de sua realização efetiva em cada caso.” Para Oswaldo Aranha Bandeira de Mello a ação legislativa e a ação executiva do Estado-Poder são atividades sucessivas que consistem na realização ou integração da ordem social. A função jurisdicional, por sua vez, preocupa-se com a manutenção da ordem jurídica vigente, em assegurar o respeito ao direito quando este estiver sendo ameaçado ou descumprido. (*Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. I, p. 24-33).

¹¹ Em razão das críticas doutrinárias direcionadas à terminologia “função executiva”, se utilizará neste trabalho a denominação “função administrativa”. Na concepção de Renato Alessi, os termos poder executivo e função executiva são inadequados porque a atividade administrativa não consiste em mera execução da lei. Constata o autor que a lei, freqüentemente, estabelece apenas linhas gerais a ação administrativa, sem indicar precisamente os objetivos a serem alcançados e os meios a serem adotados, permitindo uma discricionariedade administrativa. Observa, ainda, que mesmo nos casos em que a atividade administrativa é vinculada, a autoridade administrativa não age apenas com o propósito de aplicar a lei ao caso concreto, mas também com o objetivo de alcançar um fim prático, embora o alcance deste deva se realizar dentro das linhas gerais estabelecidas pela lei.

atividade desempenhada pelo Poder Legislativo; função jurisdicional, a atividade do Poder Judiciário; e função administrativa, a atividade exercida pelo Poder Executivo.

Compreendido o critério orgânico, prontamente se verifica a sua inadequação, pois os órgãos estatais não se limitam a desenvolver uma única função.

O critério material de identificação das funções estatais, por sua vez, objetiva apreender a natureza/essência da atividade.

Na definição elaborada por Celso Antônio Bandeira de Mello, o critério material, também denominado critério substancial, “busca reconhecer a função a partir de elementos intrínsecos a ela, isto é, que se radiquem em sua própria natural tipologia”¹².

Partindo desse critério, tem-se, usualmente, que a função legislativa consiste na elaboração de normas gerais e abstratas; a função jurisdicional na atividade de solucionar controvérsias, estabelecendo o direito aplicável no caso concreto, com força de coisa julgada; e, por fim, a função administrativa na atuação concreta e individual, destinada à realização da utilidade pública de modo direto.

Uma análise detida das atividades compreendidas em cada uma das funções estatais permite concluir que a utilização apenas do critério material não fornece características capazes de identificar as funções, pois a função administrativa engloba atividades que são materialmente legislativas e jurisdicionais. Basta, para tanto, analisar os regulamentos expedidos pela Administração Pública, os quais “substancialmente” se assemelham às normas gerais e abstratas emitidas no exercício da função legislativa.

Acrescente-se a valiosa contribuição de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernandez que, após constatarem a mobilidade da matéria administrativa, afirmam que as funções e atividades realizadas pela Administração variam historicamente, dependendo da demanda social e do contexto socioeconômico em que são desenvolvidas.¹³

(ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*. Milano: Giuffrè, 1953, p. 9)

¹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 32.

¹³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 11. ed., Madrid: Civitas, 2002, v. I.

Por fim, merece destaque a breve e avassaladora crítica formulada por Celso Antônio Bandeira de Mello, ao afastar o critério material sob o argumento de que “em Direito, uma coisa é o que é por força da qualificação que o próprio Direito lhe atribuiu, ou seja, pelo regime que lhe outorga e não por alguma causa intrínseca, substancialmente residente na essência do objeto”.¹⁴

Como se pode notar, a qualificação e identificação de um elemento comum que permita caracterizar cada uma das funções estatais é uma tarefa árdua, principalmente quando se trata de identificar a função administrativa. Isto ocorre, em parte, em razão da heterogeneidade das atividades inseridas na função administrativa.¹⁵ Além disso, a função administrativa é desempenhada por órgãos distintos que integram os três “Poderes” do Estado, impossibilitando a utilização do critério orgânico para sua definição.

Constatada a insuficiência e inadequação dos critérios expostos acima, resta analisar ainda o critério formal, que busca identificar as funções estatais de acordo com características que o Direito lhes imputa.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, o critério formal “se apegava essencialmente em características ‘de direito’, portanto, em atributos especificamente deduzíveis do tratamento normativo que lhes corresponda, independentemente da similitude material que estas ou aquelas atividades possam apresentar entre si”.¹⁶

Aplicando o critério conforme definido, o autor afirma que: a função legislativa é aquela que inova a ordem jurídica, estando limitada apenas pela Constituição; a função jurisdicional, por sua vez, é aquela que se caracteriza por solucionar controvérsias em caráter definitivo; e a função administrativa é a atividade do Estado desenvolvida mediante a expedição de comandos “infralegais” ou, excepcionalmente, “infraconstitucionais” vinculados.

¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 34-35.

¹⁵ Para uma melhor análise do tema da heterogeneidade das funções administrativas, confira-se: ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, p. 227-229.

¹⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 32-33.

Há muito tempo a natureza infralegal da função administrativa foi assinalada por Otto Mayer, ao definir administração como “atividade do Estado para realizar seus fins, sob a ordem jurídica”.¹⁷

A natureza infralegal da função administrativa também foi percebida por Renato Alessi¹⁸, ao descrever a relação existente entre esta função e a função legislativa e demonstrar que a função administrativa está subordinada à legislativa, sendo que tal subordinação pode ser vislumbrada segundo um aspecto negativo e outro positivo.

Num sentido negativo, Alessi constata que a atividade administrativa encontra um limite formal na lei, podendo esta impor proibições a determinadas atividades, no que tange seja à finalidade a ser alcançada, seja ao meio a ser utilizado, seja ainda à forma a ser seguida. A subordinação em um sentido positivo, por sua vez, significa que a administração só pode fazer aquilo que a lei consente, isto porque no Estado moderno não se admite uma intromissão no campo da liberdade individual fora dos casos permitidos por lei.¹⁹

Atualmente, é bastante usual nas definições de função administrativa afirmar-se o caráter infralegal da atividade administrativa.

Para exemplificar tal afirmativa, apresenta-se o conceito formulado por Lúcia Valle Figueiredo, para quem

a função administrativa consiste no **dever de o Estado**, ou de quem aja em seu nome, **dar cumprimento fiel, no caso concreto, aos comandos normativos**, de maneira geral ou individual, para a realização dos fins públicos, sob regime prevalecente de direito público, por meio de atos e comportamentos controláveis internamente, bem como externamente pelo Legislativo (com o auxílio dos Tribunais de Contas), atos, estes, revisíveis pelo Judiciário.²⁰ (grifo nosso).

A característica infralegal da atividade administrativa aparece ainda mais evidente no conceito elaborado por Danielle Coutinho Talamini, que define função

¹⁷ No original: “La administración es la actividad del Estado para realizar sus fines, bajo su orden jurídico.” (MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Tradução de Horacio H. Heredia e Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1949, p. 15).

¹⁸ ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, p. 8.

¹⁹ *Ibidem*, p. 8.

²⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 34.

administrativa como “atividade infralegal exercida pelo Estado, ou quem faça suas vezes, subordinado hierarquicamente, no gozo de prerrogativas públicas para o atendimento de interesses públicos previstos na lei”.²¹

Prosseguindo a análise do critério formal, é preciso notar que ele visa à identificação das funções estatais observando o tratamento jurídico destinado a cada função do Estado e, portanto, considera o regime que o Direito destina ao exercício de tais funções.

Essa assertiva pode ser verificada na teoria elaborada por Francis-Paul Bénéît²² que, adotando o critério formal, aponta a necessidade de observar-se o regime aplicável às diferentes missões, para então poder agrupá-las sob a denominação “função”. De acordo com o autor, a identificação das funções estatais deve ater-se a uma análise estrita do direito positivo, atentando para a repartição das missões entre os órgãos e para o regime aplicável ao seu exercício, especialmente as regras de competência e o regime de controle.

A partir dessas considerações, conclui que o termo função designa um conjunto de missões que constituem um todo homogêneo, sendo que tal homogeneidade deve ser apreciada considerando o regime segundo o qual tais missões são desenvolvidas.

Quanto ao tema relativo ao regime aplicável às distintas funções do Estado, é preciso mencionar ainda a contribuição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, que, embora não adote o critério formal para individualizar as funções do Estado, identificou o valor formal²³ dos atos jurídicos emitidos pela ação do Estado-Poder. Observa que o valor formal da lei consiste no fato de ela se impor a todas as autoridades estatais e aos membros do Estado-Sociedade, sem precisar estar pautada em regra anterior, necessitando apenas respeitar a Constituição, enquanto a sua força jurídica está no fato de poder inovar a ordem jurídica. O valor formal da sentença, por sua vez, consiste no trânsito em julgado da decisão e sua força

²¹ TALAMINI, Daniele Coutinho. *Revogação do Ato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 22.

²² BÉNOÎT, Francis-Paul. *Le droit administratif français*, p. 40.

²³ Segundo o entendimento de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, os atos jurídicos, “correspondentes às diferentes ações do Estado-poder, tem, além do seu conceito, como especificação da respectiva natureza, um valor formal, isto é, o seu regime que lhe empresta particular força e corresponde a elemento da sua eficácia.” (*Princípios Gerais de Direito Administrativo*, p. 23).

jurídica está na produção da coisa julgada. Já o ato executivo tem como valor formal a presunção de verdade, do que decorre sua auto-executoriedade, que é sua força jurídica.

Considerando os elementos utilizados por cada um dos critérios para a identificação das funções estatais, verifica-se que o único critério apto a alcançar tal objetivo é o formal. Em primeiro lugar porque está fundado em elementos objetivos, extraídos do próprio Direito. Em segundo lugar porque, como já observado, de nada adianta buscar a substância ou a essência de uma atividade, uma vez que, não raro, atividades materialmente similares recebem tratamento jurídico distinto, alterando sua qualificação.

2. O dever do Estado de desempenhar a função administrativa.

2.1 A evolução do conceito de função administrativa: da *puissance publique* ao serviço público como elemento central do Direito Administrativo.

No início, o conceito de função administrativa estava associado primordialmente ao exercício de um poder, isto porque a característica mais destacada do Estado era justamente a de ser ele dotado de um poder extravagante, que se sobrepunha aos demais poderes.

Michel Stassinopoulos²⁴ descreve que durante o período do absolutismo os poderes estavam concentrados nas mãos do soberano, e todas as relações jurídicas que hoje são consideradas da alçada do direito público eram compreendidas como relações pessoais do soberano e, portanto, reguladas pelo direito privado. Com o fim desse período, e com a abolição do Estado de Polícia, gradualmente se formou um sistema de regras apropriado para regular as relações criadas pela atividade do Estado fenômeno este sido denominado “emancipação do direito público”.

²⁴ STASSINOPOULOS, Michel. *Traité des Actes Administratifs*. Athènes: Sirey, 1954, p. 25.

Ressalta, outrossim, que essa emancipação ocorreu a partir da constatação de que o Estado exerce a *puissance publique*²⁵, tendo poder para ordenar as pessoas e para obrigá-las pela força a executar suas ordens. Diante dessa percepção, considerou-se necessário criar normas próprias para regular a atividade do Estado quando agisse utilizando-se deste poder, ou seja, considerou-se que as relações envolvendo a vontade juridicamente superior do Estado não poderiam estar submetidas ao direito privado, próprio para regular as vontades ordinárias.

Durante aquele período histórico a característica marcante da atividade do Estado era justamente a possibilidade de utilizar-se de um poder extravagante para fazer cumprir suas ordens.

Entretanto, à medida que a concepção de Estado foi sofrendo mutações, bem como as atividades a ele atribuídas, o enfoque no poder extravagante do Estado é redirecionado para o seu dever de prestar serviço para atender às necessidades da população.

Conforme observou Michel Stassinopoulos, quando se percebe que o Estado não está limitado ao papel de “cão de guarda”, tendo também a tarefa de prestar serviços aos cidadãos e de assegurar-lhes a fruição de bens, a noção de serviço público adquire relevância e passa a ser utilizada como critério de aplicação do direito público.²⁶

Essa evolução também foi descrita com maestria por León Duguit, que, em sua obra “Les Transformations du Droit Public”, demonstra como a noção de *puissance publique*, na qual fundava-se o direito público, foi substituída pela noção de serviço público.²⁷

²⁵ O termo “*puissance publique*” não encontra correspondente exato na língua portuguesa, sendo usualmente traduzido como “potência pública”, ou até mesmo “poder público”.

²⁶ STASSINOPOULOS, Michel. *Traité des Actes Administratifs*, p. 26-27.

²⁷ Confira-se, nas palavras do autor, a transformação ocorrida: “On comprend bien maintenant le sens et la portée de la transformation profonde qui s’accomplit dans le droit public. Il n’est plus un ensemble de règles s’appliquant à une personne souveraine, c’est-à-dire investie du droit subjectif de commander, déterminant les rapports de cette personne avec les individus et les collectivités se trouvant sur un territoire donné, rapports entre personnes inégales, entre un souverain et ses sujets. Le droit public moderne deviant un ensemble de règles déterminant l’organisation des services publics et assurant leur fonctionnement régulier et ininterrompu. De rapport de souverain à sujets, il n’en apparaît plus. De droit subjectif de souveraineté, de puissance, pas davantage. Mais une règle fondamentale de laquelle dérivent toutes les autres, la règle qui impose aux gouvernants l’obligation d’organiser les services publics, d’en contrôler le fonctionnement, d’en éviter toute interruption. Le fondement du droit public, ce n’est plus le droit subjectif de commandement, c’est la règle

A partir dessa nova perspectiva a idéia de poder é substituída pela idéia de dever, pois se percebe que o Estado tem o dever de prestar serviços à coletividade, tem o dever de atender às necessidades coletivas e, sendo assim, a utilização de poderes, isto é, o exercício da autoridade, só é admissível na medida em que se mostra necessária ao cumprimento do dever de atender o interesse público, inclusive mediante a prestação de serviços públicos.

2.2 A noção de função.

Além da evolução acima descrita, estudos voltados à própria noção de função forneceram subsídios para concluir que a função administrativa consiste, primordialmente, no exercício de um dever, sendo os poderes meros instrumentos para que se possa cumprir tal dever.

Destaca-se, primeiramente, que o termo função é utilizado tanto pelo direito privado como pelo direito público. No direito privado, pode-se citar, como exemplo de exercício de uma função, a atividade do curador, do tutor, do controlador e do administrador de sociedades anônimas.²⁸

Entretanto, é no direito público e, em especial, no direito administrativo, que a noção de função adquire maior relevância, por estar sempre presente.

Considera-se que o conceito de função é composto por três elementos fundamentais. Primeiramente, o exercício de uma função consiste no cumprimento de um *dever*, e, em se tratando de função administrativa, pode-se dizer que a Administração Pública tem o dever de alcançar determinada finalidade preestabelecida em lei. Em segundo lugar, para que seja possível cumprir com o dever legal, são atribuídos *poderes instrumentais* para aqueles que exercem

d'organisation et de gestion des services publics." (DUGUIT, Léon. *Les transformations du droit public*. Paris: Armand Colin, 1913, p. 52).

²⁸ Ao reconhecer a existência de poderes exercidos pelo titular do controle nas sociedades anônimas, uma vez que "não há sociedade sem poder, e sem organização do poder", Fábio Konder Comparato faz a seguinte ressalva: "a todo poder correspondem deveres e responsabilidades próprias, exatamente porque se trata de um *direito-função*, atribuído ao titular para a consecução de finalidades precisas. Assim também no que diz respeito ao poder de controle, na estrutura de sociedade anônima." (COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de controle na sociedade anônima*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 294).

funções. Por fim, quem exerce uma função age com o intuito de satisfazer um interesse alheio. No caso da função administrativa, esta é exercida com o objetivo de satisfazer um interesse público.

Essas três características foram ressaltadas no conceito formulado por Celso Antônio Bandeira de Mello, ao afirmar que:

Existe função quando alguém está investido no *dever* de satisfazer dadas finalidades em prol do *interesse de outrem*, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las. Logo, tais poderes são *instrumentais* ao alcance das sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função não teria como desincumbir-se do *dever* posto a seu cargo. Donde, quem os titulariza maneja, na verdade, “deveres-poderes”, no *interesse alheio*.²⁹

A idéia de que ao administrador público é atribuído um dever já havia sido apontada por Renato Alessi, ao afirmar que as pessoas encarregadas de exercer poderes dirigidos à realização dos interesses do grupo social, a alcançar finalidades de interesse coletivo, estão incumbidas de um dever. O exercício dos poderes daquela natureza apresenta-se como objeto de um dever para as pessoas encarregadas de sua atuação.³⁰

Egon Bockmann Moreira também destaca o dever como aspecto relevante do conceito de função, sustentando que o agente público que exerce uma função tem o dever de satisfazer uma finalidade no interesse público. Define dever como sendo uma “conduta prevista e imposta pelo ordenamento jurídico ao agente público. É o ato (comissivo ou omissivo) cujo cumprimento é imperioso, pena de incidência de sanção jurídica. Pouco importa a qualidade de ato vinculado ou discricionário, mas seu conteúdo de manifestação estatal em evidente cumprimento à ordem normativa”.³¹

A partir do momento em que se verifica que a função administrativa implica, primordialmente, o exercício de um dever por parte da Administração Pública

²⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 68.

³⁰ De acordo com Renato Alessi, “el poder estatal, considerado como dirigido a estas *finalidades* de interés colectivo, y en cuanto objeto de um *deber* jurídico en relación con su aplicación, constituye una *función* estatal.” (*Istituciones de Derecho Administrativo*. Tradução de Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970, p. 6).

³¹ MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 33.

destinado a alcançar o interesse público, fica evidente o caráter meramente instrumental do poder. “O Poder, no Direito Público atual, só aparece, só tem lugar, como algo ancilar, rigorosamente instrumental e na medida estrita em que é requerido como via necessária e indispensável para tornar possível o cumprimento do dever de atingir a finalidade legal.”³²

A última característica que integra o conceito de função refere-se ao fato de ser ela exercida com o intuito de satisfazer a um interesse alheio, característica esta anotada há muito tempo por Santi Romano, em trabalho dedicado ao estudo dos poderes e potestades, em que destacou que é preciso distinguir duas hipóteses: os casos em que os poderes são exercidos no interesse próprio do seu titular e os casos em que os poderes são exercidos visando a um interesse não próprio, um interesse alheio. Neste segundo caso, trata-se de uma função, categoria presente principalmente no direito público.³³

Outra contribuição do trabalho de Santi Romano está na sua percepção de que nem sempre quem exerce um poder o faz em face de um adversário, pois é comum que este suposto adversário seja, em verdade, um beneficiário do poder, como nos casos em que mediante o exercício de um poder se prestam serviços ou se outorgam concessões.³⁴

Além das características apontadas, destaca-se, ainda, que o interesse alheio que deve ser satisfeito por meio do exercício da função administrativa é o interesse público. Nem poderia ser diferente, considerando que no Estado democrático o poder emana do povo e deve ser exercido para satisfazer as necessidades e os interesses deste.

É preciso esclarecer que o interesse público não se confunde com o interesse da Administração Pública. O interesse público que deve guiar a atuação do Estado no exercício da função administrativa é o interesse coletivo primário, definido por Renato Alessi como o “complexo dos interesses individuais prevalentes em uma determinada organização jurídica da coletividade”³⁵. Afirmo o mesmo autor que o

³² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, p. 45.

³³ ROMANO, Santi. *Fragments de un dictionario jurídico*. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964, p. 309.

³⁴ Ibidem, p. 318-319.

³⁵ ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, p. 151-152.

interesse do sujeito administrativo é apenas um dos interesses secundários existentes no seio da coletividade, e que pode ser realizado apenas no caso em que coincida com o interesse público primário.

Buscando demonstrar que o interesse público é uma faceta do interesse individual (interesse do indivíduo quando considerado como membro da coletividade), Celso Antônio Bandeira de Mello o conceitua como “*interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos **pessoalmente** têm quando considerados **em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem***”³⁶. Observa, ainda, que é a Constituição e, a partir dela, os órgãos legislativos e depois os órgãos administrativos (nos limites da discricionariedade), que qualificam determinado interesse como sendo um interesse público.³⁷

Diante das considerações acima realizadas, pode-se afirmar que o sujeito encarregado de uma função administrativa tem o dever de satisfazer os interesses públicos, conforme estabelecido em lei, podendo, para tanto, valer-se de poderes que lhe são conferidos para que sejam manejados na medida em que sejam necessários para o cumprimento do dever.

3. O princípio da legalidade e sua importância na caracterização da função administrativa.

A função administrativa caracteriza-se por ser uma atividade regida pelo princípio da legalidade, o qual impõe à Administração Pública o dever de atuar em conformidade com a lei e segundo os parâmetros nela definidos.

O princípio da legalidade, quando direcionado ao particular, estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, inciso II, da Constituição Federal). Dessa forma, verifica-se que o particular pode agir como lhe convier, desde que sua atuação não seja contrária à previsão legal. Por sua vez, em se tratando da Administração Pública, esta só pode

³⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. p. 58.

³⁷ *Ibidem*, p. 65.

fazer o que lhe é permitido, ou seja, só pode atuar quando houver previsão legal autorizando sua atuação.³⁸

Versando sobre o tema, Hely Lopes Meirelles assevera que: “na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa ‘pode fazer assim’; para o administrador público significa ‘deve fazer assim’.”³⁹

Ao analisar o mecanismo de funcionamento do princípio da legalidade direcionado aos particulares e à Administração Pública, Celso Antônio Bandeira de Mello conclui que “a relação existente entre um indivíduo e a lei, é meramente uma relação de não contradição, enquanto que a relação existente entre a Administração e a lei, é não apenas uma relação de não contradição, mas é *também uma relação de subsunção*.”⁴⁰

O tema referente ao princípio da legalidade também foi tratado com precisão por Miguel Seabra Fagundes, para quem:

todas as atividades da Administração Pública são limitadas pela subordinação à ordem jurídica, ou seja, à legalidade. O procedimento administrativo não tem existência jurídica se lhe falta, como fonte primária, um texto de lei. Mas não basta que tenha sempre por fonte a lei. É preciso, ainda, que se exerça segundo a orientação dela e dentro dos limites nela traçados. (...) Essa integral submissão da Administração Pública à lei constitui o denominado *princípio de legalidade* (...).⁴¹

Romeu Bacellar Filho, ao desenvolver a temática referente ao princípio da legalidade, preocupa-se em demonstrar que o administrador não está autorizado a

³⁸ Essa distinção mostra-se também pertinente quanto aos atos jurídicos privados e aos atos administrativos. Conforme assinalado por Michel Stassinopoulos, “l’acte juridique privé est régi par le principe de l’autonomie de la volonté, d’après lequel l’individu peut former librement sa volonté sur tout rapport que ne va pas à l’encontre de la loi. L’acte administratif, tout au contraire, doit toujours être basé sur la loi, et l’autorité administrative ne peut vouloir que ce que la loi permet et dans la mesure où elle le permet.” (*Traité des Actes Administratifs*, p. 33).

³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 33.ed. São Paulo: Malheiros, p. 87-88.

⁴⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. 8. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 13.

⁴¹ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 80-81.

aplicar a lei descompromissadamente, pois tem a obrigação de buscar apreender o espírito da lei e observar a realidade social no momento de sua aplicação⁴².

Nesse mesmo sentido, Egon Bockmann Moreira, ao tratar do princípio da legalidade nega a possibilidade de uma aplicação automática da lei, devendo o administrador estar atento a todo o sistema normativo. Aponta que este princípio tem como função definir os limites da atuação administrativa e impedir que haja influências políticas nesta atuação. Registra que “num Estado Democrático de Direito não vige o cumprimento cego a toda e qualquer lei, tal como se bastasse a edição de um diploma formalmente ‘apelidado de lei’ para seu cumprimento absoluto. É indispensável o respeito à essência da Constituição (...)”⁴³

Ao analisar o princípio da legalidade, Celso Antônio Bandeira de Mello salienta a sua direta vinculação ao Estado de Direito. Para ele, este princípio é de extrema importância para configurar o regime jurídico-administrativo. Entende que o princípio da legalidade é “a consagração da idéia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de *comandos complementares à lei*”.⁴⁴

Resta, assim, evidenciada a natureza infralegal da função administrativa. Fixada esta premissa, é preciso acrescentar, ainda, que não basta a submissão da Administração aos preceitos legais para restar garantido o atendimento do interesse público e evitados os abusos de poder. Isto porque a legalidade estrita não impede que a Administração encontre formas de perseguir interesses diversos da finalidade legal, mesmo atuando sob os preceitos da lei.

Dessa forma, surge a necessidade de alargar a compreensão do princípio da legalidade, afirmando o dever da Administração Pública de atuar não apenas

⁴² Nas palavras do autor, “a legalidade não tem o condão de transformar o Administrador Público num aplicador cético e desmesurado do texto legal: legalidade não é sinônimo de legalismo (formalismo na aplicação da lei que a desliga da realidade social). O espírito da lei – o conteúdo – é pressuposto de sua aplicação. O irrestrito cumprimento da norma não significa aplicação fria e descompromissada.” (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad. 2003, p. 163).

⁴³ MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999*, p. 75.

⁴⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 97.

conforme os ditames das regras jurídicas, mas também de acordo com os princípios⁴⁵.

Os princípios orientam a atividade administrativa, principalmente nos casos em que não há como se estabelecer previamente qual a conduta mais adequada. Como é sabido, o administrador está obrigado a escolher a conduta que melhor atenda à finalidade legal e, para isso, deverá agir de acordo com os princípios que informam o sistema.

Em sintonia com o exposto, Germana de Oliveira Moraes afirma que no constitucionalismo contemporâneo o “direito por regras” cedeu lugar ao “direito por princípios”. Como decorrência da decomposição do Direito em princípios e regras surgem dois campos distintos: o campo de juridicidade, referindo-se ao direito por princípios, dentre os quais o da legalidade, e o campo da legalidade, o qual se refere ao direito por regras, contido no primeiro.⁴⁶

Alguns autores preferem utilizar o termo “princípio da juridicidade” para se referir ao princípio que impõe à Administração a obrigação de atuar em conformidade com o Direito. Exemplificativamente, pode-se citar Georges Depois, Marie-José Guédon e Patrice Chrétien, os quais consideram inadequado o termo “princípio da legalidade” e propõem sua substituição pelo termo “princípio da juridicidade”.

Os autores mencionados defendem a necessidade de abandonar-se o termo “princípio da legalidade” primeiramente porque na linguagem comum a legalidade se refere apenas às leis no seu sentido estrito, não se referindo ao direito em sua totalidade. Em segundo lugar, porque os princípios da legalidade e da juridicidade se

⁴⁵ Dentre os autores que alargam o significado do princípio da legalidade está André de Laubadère, Jean-Claude Venezia e Yves Gaudemet. Segundo eles, “l'exercice de la fonction administrative est dominé par le principe fondamental de la légalité. Ce principe signifie que les autorités administratives sont tenues, dans les décisions qu'elles prennent, de se conformer à la loi ou plus exactement à la légalité, c'est-à-dire à un ensemble de *règles de droit* de rangs et de contenus divers, que sont fonction, dans chaque cas, de la place et des compétences de l'autorité administrative que agit. (...) la légalité, dans le sens que l'on a retenu, est issue de toutes les règles de droit que s'imposent à l'administration. Ces règles procèdent de *sources écrites* et de *sources non écrites*. Par ailleurs, elles sont *hiérarchisées* et cette hiérarchie constitue un nouvel élément du mécanisme de légalité.” (LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*. 12. ed., Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992, v. I, p. 526-528.).

⁴⁶ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo : Dialética, 1999, p. 19–20.

distinguem historicamente, uma vez que os juristas liberais do século XIX que defendiam o Estado de direito, consideravam a lei a única regra posta pelo Parlamento e queriam assegurar a supremacia deste sobre a Administração. Já com o advento do princípio da juridicidade o objetivo visado é mais complexo.⁴⁷

Concluem os autores que o princípio da legalidade – que impõe à Administração o dever de respeitar as leis – está abarcado pelo princípio da juridicidade – que impõe à Administração o respeito ao Direito. O princípio da juridicidade exige uma compatibilidade entre a atuação administrativa e o Direito, devendo ser considerados viciados os atos que violem o Direito.

Dentre os juristas brasileiros que propuseram a substituição da legalidade administrativa pelo princípio da juridicidade da Administração Pública está Cármen Lúcia Antunes Rocha⁴⁸, que considera que o administrador público está subordinado ao Direito, não tendo liberdade para agir fora da previsão estabelecida por este.

Sustenta a autora que o Estado é pessoa jurídica criada pelo ser humano, o qual lhe atribuiu tudo o que tinha capacidade de atribuir. O ser humano, por uma questão de impossibilidade real, não lhe atribuiu liberdade. A criação da pessoa jurídica se dá pelo Direito, o qual, inclusive, estabelece suas competências. Percebe-se, portanto, que a pessoa jurídica não existe para além do Direito, não tendo, pois, liberdade para agir além das competências previstas no ordenamento jurídico.

Juarez Freitas, em tópico denominado “o princípio da legalidade e da submissão da Administração Pública ao Direito”, observa a evolução de um legalismo primitivo e descompromissado para uma posição principiológica e substancialista. Aponta que

a subordinação da Administração Pública não é apenas à lei. Deve haver o respeito à legalidade sim, mas encartada no plexo de características e ponderações que a qualifiquem como razoável. Não significa dizer que se possa alternativamente obedecer à lei ou ao Direito. Não. A legalidade devidamente adjetivada razoável requer a observância cumulativa dos princípios em sintonia com a teleologia constitucional. A submissão razoável apresenta-se menos como submissão do que como respeito. Não é

⁴⁷ DUPUIS, Georges ; GUÉDON, Marie-José; CHRÉTIEN, Patrice. *Droit administratif*. 5. ed. Paris: Armand Colin, 1996, p. 76.

⁴⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 81-82.

servidão, mas acatamento pleno e concomitante à lei e, sobretudo, ao Direito.⁴⁹

Diante das considerações realizadas, constata-se que a atividade administrativa deve submeter-se ao conjunto de regras e princípios espalhados no ordenamento jurídico.

Em resumo, pode-se concluir que apesar da heterogeneidade das atividades englobadas na função administrativa, todas apresentam uma característica comum – são atividades infralegais. Tal característica influencia diretamente no exercício da atividade administrativa e, por óbvio, na prestação dos serviços públicos.

⁴⁹ FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 60 -61.

CAPÍTULO II – OS SERVIÇOS PÚBLICOS

1. A prestação de serviços públicos como atividade essencial do Estado.

Quando da formação dos primeiros Estados, controlados por reis soberanos, a característica que sobressaltava era o poder extravagante do qual eram dotados, sendo que as atividades que desempenhavam tinham como marca principal o exercício de um poder.

Entretanto, a percepção que se tinha do Estado foi sendo alterada à medida que se percebeu que ele deveria atender às necessidades da coletividade, inclusive prestando-lhe serviços essenciais. Em diversos países as funções do Estado foram drasticamente alteradas, passando ele a assumir a prestação de inúmeros serviços, dando origem ao chamado Estado de Bem-Estar (*Welfare State*). Essa nova percepção fez com que a idéia de *puissance publique*, em torno da qual girava inicialmente o Direito Administrativo, fosse substituída pela noção de serviço público.

A partir do momento em que ao Estado é conferido o dever de prestar serviços à coletividade, para que dê atendimento às necessidades primordiais desta, verifica-se que os poderes que lhe são atribuídos são, em verdade, instrumentos necessários para permitir o cumprimento dos deveres.

A noção de serviço público teve múltiplas serventias, dependendo do setor, no decorrer da história⁵⁰ e, embora não tenha atualmente a importância que lhe atribuía a Escola do Serviço Público, chefiada por Duguit, acompanhado de perto por Jèze, Bonnard, Rolland, entre outros, os serviços públicos ainda ocupam lugar de destaque no Direito Administrativo.

A Constituição Federal e diversas outras normas do ordenamento jurídico, atribuem ao Estado o dever de prestar serviços públicos. Para que se possa avaliar se o Estado está vinculado à prestação destes serviços ou se tem competência para

⁵⁰ Tal noção teve uma importância fundamental no direito francês, exercendo uma dupla função: a) como noção fundamentadora de todo o direito público e em particular do direito administrativo; b) como critério de repartição de competências entre as jurisdições administrativa e comum, pois se lhe atribuía o caráter decisório para a aplicação do direito administrativo.

aferir se é conveniente e oportuna a sua prestação, é preciso antes compreender o que é serviço público, apontando suas características e os critérios que permitem identificá-lo.

2. Os elementos subjetivo, material e formal que compõem o conceito de serviço público.

Fixar um conceito de serviço público é tarefa bastante árdua. Um dos motivos que dificulta esta conceituação é a impossibilidade de serem enumeradas as atividades que podem ser qualificadas como serviços públicos, uma vez que o seu rol varia de acordo com o tempo e com o espaço. Em outras palavras, o que é considerado serviço público hoje pode não o ser no futuro, assim como o que é considerado serviço público no Brasil pode não o ser assim caracterizado em outro país.

A segunda dificuldade reside em identificar um critério que permita ou não reconhecer um serviço público.

Via de regra, os doutrinadores praticamente são concordes em afirmar que a concepção clássica de serviço público reunia três elementos, o subjetivo, o material e o formal, embora se desse maior ou menor ênfase ora a um, ora a outro, dentre eles⁵¹.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro conceitua serviço público como “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.”⁵²

Para Celso Antônio Bandeira de Mello

⁵¹ Sobre a noção de serviço público e os elementos que o compõem, confira-se: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 43-53; JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 17-49. Também sobre a noção de serviço público recomenda-se: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 151-172; e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 86-100.

serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.⁵³

Paulo Modesto também agrega esses três elementos ao conceituar serviço público como atividade de prestação administrativa material, direta e imediatamente a cargo do Estado ou de seus delegados, posta concretamente à disposição de usuários determinados ou indeterminados, sob regime de direito público, em caráter obrigatório, igualitário e contínuo, com vistas a satisfazer necessidades coletivas, sob titularidade do Poder Público.⁵⁴

Analisando os conceitos apresentados, verifica-se que embora formulados com base nos elementos subjetivo, material e formal que compõem o conceito de serviço público, eles se mostram diferentes. Isto porque há divergências quanto à identificação destes elementos. Por exemplo, enquanto alguns autores sustentam que os serviços públicos devem ser prestados sob o regime de direito público, outros defendem que é possível a sua execução sob um regime parcialmente de direito público.

Para que se possa compreender o conceito de serviço público adotado neste trabalho, analisa-se, a seguir, cada um dos elementos referidos.

Com relação ao *elemento subjetivo* da noção de serviço público, é importante observar que o Estado é o titular desta atividade administrativa, embora nem sempre seja ele diretamente responsável pela prestação do serviço. O serviço público pode ser prestado pelo Estado ou por concessionário ou permissionário, dependendo do que dispõe a Constituição Federal e as normas infraconstitucionais.

A doutrina diverge quanto à possibilidade de prestação de serviços públicos mediante autorização do Poder Público.

⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 90.

⁵³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. p. 650.

⁵⁴ MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de “serviço público”, “serviços de

Adota-se neste trabalho o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello para quem o serviço público só pode ser prestado mediante autorização para “resolver emergencialmente uma dada situação, até a adoção dos convenientes procedimentos por força dos quais se outorga permissão ou concessão.”⁵⁵

Diversos serviços públicos estão especificados na Constituição Federal, podendo-se extrair de tal texto normativo algumas conclusões.

Examinando o artigo 21 da Lei Fundamental, verifica-se que alguns serviços públicos devem ser prestados diretamente pelo Estado, não se admitindo a sua delegação, como é o caso do serviço postal⁵⁶ (artigo 21, inciso X, da Constituição Federal).

Outros serviços públicos, porém, podem ser prestados diretamente pelo Estado ou por concessionário ou permissionário, podendo-se citar exemplificativamente os serviços de telecomunicações (artigo 21, inciso XI, da Constituição Federal).

A análise do texto constitucional permite concluir também que existem atividades que não são de titularidade exclusiva do Estado, ou seja, podem ser prestadas pelo Estado, sob o regime de direito público, ou por particulares, sob o regime de direito privado. Observa-se que tais atividades apenas são consideradas como serviço público quando a titularidade do serviço for do Estado.^{57 58}

relevância pública” e “serviços de exploração econômica” para as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 452.

⁵⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 669.

⁵⁶ Para Luis Roberto Barroso o serviço postal não é serviço público, mas sim atividade econômica explorada pelo Estado, submetida ao regime concorrencial. (BARROSO, Luís Roberto. Regime constitucional do serviço postal. Legitimidade da atuação da iniciativa privada. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*. p. 156-158, *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 286).

⁵⁷ Paulo Modesto sustenta que tais atividades não se enquadram na categoria de “serviços públicos”, devendo ser qualificadas como “serviços de relevância pública”. Segundo entendimento adotado pelo autor, “são de relevância pública as atividades consideradas essenciais ou prioritárias à comunidade, não titularizadas pelo Estado, cuja regularidade, acessibilidade e disciplina transcendem necessariamente a dimensão individual, obrigando o Poder Público a controlá-las, fiscalizá-las e incentivá-las de modo particularmente intenso. Não há, aqui, exigência de aplicação obrigatória de todas as obrigações de serviço público tradicionalmente reconhecidas na legislação. Nem titularidade exclusiva desses interesses pelo Estado, admitindo-se a livre atuação privada. Mas a lei ordinariamente impõe que a fiscalização e regulação dessas atividades pelo Poder Público sejam minudentes e tutelares, assegurando, ainda, o respeito a princípios constitucionais, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana.” O autor argumenta que a diferenciação entre os serviços públicos e os serviços de relevância pública é vantajosa, visto que facilita a realização de parcerias e de outros instrumentos de cooperação com o Estado para efetivação de

Adentrando no estudo do *elemento material* da noção de serviço público, afirma-se que este consiste em uma atividade administrativa material, incluída entre os deveres do Estado por determinação constitucional ou legal, destinada à satisfação da coletividade. Esta atividade material pode consistir tanto na prestação de serviços essenciais, como no oferecimento de comodidades aos administrados.

Marçal Justen Filho, enfatizando a importância do elemento material, sustenta que os serviços públicos se submetem a um regime jurídico peculiar, a um regime jurídico de direito público. Considera, entretanto, que a constatação da incidência deste regime peculiar permite apenas identificar qual atividade é serviço público, mas não identificar qual atividade pode ser considerada como serviço público.⁵⁹

Partindo dessa premissa, Marçal Justen Filho desenvolve sua teoria buscando apreender as características de que a atividade deve ser dotada para poder ser qualificada como serviço público, concluindo que, para tanto, precisa estar

direito sociais. (Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de “serviço público”, “serviços de relevância pública” e “serviços de exploração econômica” para as parcerias público-privadas, p. 440-441 e 456-457).

Apesar dos argumentos apresentados por Paulo Modesto para diferenciar serviços públicos de serviços de relevância pública, entende-se que tal distinção não se justifica, especialmente porque quando o Estado presta diretamente atividades que o autor qualifica como de relevância pública, o Estado atua sob o regime-jurídico próprio dos serviços públicos, não havendo diferença.

⁵⁸ Em sentido contrário, encontra-se a tese sustentada por Eros Grau. Primeiramente o autor distingue os serviços públicos privativos dos serviços públicos não privativos, explicando que os primeiros são aqueles atribuídos privativamente ao Estado, podendo ser prestados pelo setor privado apenas mediante concessão ou permissão, enquanto os serviços públicos não privativos podem ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização. Após tal explanação, Eros Grau afirma que os serviços públicos não privativos, sejam eles prestados pelo Estado ou por particular, independentemente de concessão, permissão ou autorização, caracterizam-se como serviços públicos e não como atividade econômica em sentido estrito. Dentre os serviços públicos não privativos o autor destaca o serviço de saúde e de educação.

O posicionamento do autor está de acordo com o critério por ele adotado para identificação de determinada atividade como serviço público. Segundo Eros Grau, não é o regime jurídico a que se subordina determinada atividade que lhe atribui a característica de serviço público. Para o autor “é inteiramente equivocada a tentativa de conceituar-se *serviço público* como atividade sujeita a *regime de serviço público*. Ao afirmar-se tal – que *serviço público* é atividade desempenhada sob esse *regime* - além de privilegiar-se a forma, em detrimento do conteúdo, perpetra-se indesculpável tautologia. Determinada atividade fica sujeita a regime de serviço público porque é serviço público; não o inverso, como muitos propõem, ou seja, passa a ser tida como serviço público porque assujeitada a regime de serviço público.” Após rejeitar o critério formal para identificar determinada atividade como serviço público, Eros Grau afirma que este 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*.” (GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 119-130).

⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. p. 20-21.

voltada à satisfação de uma necessidade essencial e, desta forma, vinculada à realização da dignidade da pessoa humana. E assevera:

sempre que uma certa necessidade humana for qualificável como manifestação direta e imediata da dignidade inerente ao ser humano, sua satisfação tenderá a produzir um *serviço público*. Nesses casos, configura-se a *obrigatoriedade* da satisfação de certa necessidade. Portanto, as atividades materiais necessárias ao suprimento dessa necessidade e a titularidade da competência para desempenho serão atribuídas ao Estado.⁶⁰

Em que pese o respeito conferido à tese sustentada por Marçal Justen Filho, entende-se que nem todas as atividades qualificadas na Constituição Federal e nas normas infraconstitucionais como serviços públicos estão voltadas a atender necessidades diretamente ligadas à realização da dignidade da pessoa humana.

Conforme enfatizado por Celso Antônio Bandeira de Mello, o Estado assume a função de prestar utilidades ou comodidades materiais aos administrados seja “por serem reputadas imprescindíveis, necessárias ou apenas correspondentes a conveniências básicas da Sociedade, em dado tempo histórico.”⁶¹

Conclui-se, pois, que não apenas as atividades voltadas ao atendimento de necessidades essenciais do ser humano podem ser qualificadas como serviços públicos.⁶²

Em verdade, constata-se que não há nenhuma atividade que, por sua essência, seja um serviço público, pois, a qualificação de uma atividade como tal depende apenas da escolha política, que pode estar estabelecida na Constituição do país, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes em um dado momento histórico.⁶³

⁶⁰ Ibidem, p. 30.

⁶¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 654.

⁶² Segundo conceito formulado por Hely Lopes Meirelles, “*serviço público* é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado.” (*Direito Administrativo Brasileiro*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 330).

⁶³ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*, p.87. Várias são as razões que levam a considerar certa atividade como serviço público, dentre as quais: “retirar da especulação privada setores delicados; propiciar o benefício do serviço aos menos favorecidos; suprir carência da iniciativa privada; favorecer o progresso técnico” (MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 314), “ordenar o aproveitamento de recursos finitos (como os hidroelétricos); controlar a utilização de materiais

Nesse sentido, merecem destaque as observações de Antônio Carlos Cintra do Amaral de que “páginas e páginas têm sido escritas na tentativa de identificar a ‘essência’ ou a ‘natureza’ do serviço público. Mera perda de tempo. O conceito de ‘serviço público’ é um conceito jurídico positivo. *Serviço público* é o que o ordenamento jurídico de um dado país diz que é. No Brasil serviço público é o que o Direito Brasileiro define como tal.”⁶⁴

Com relação ao aspecto formal – o mais importante para distinguir tal atividade administrativa –, entende-se que a atividade, para poder ser qualificada como serviço público, precisa estar submetida a um regime jurídico de direito público, subordinando-se a regras e princípios próprios.⁶⁵

No sistema jurídico brasileiro a Constituição Federal de 1988 não estabelece um conceito de serviço público, mas dá alguns parâmetros da área definida como própria de atividades assim definidas, havendo, inclusive, um arrolamento de determinadas atividades como serviços públicos que estão submetidas a um regime jurídico peculiar. A incidência deste regime é que permite dizer que determinada atividade constitui um serviço público.

Impõe-se, pois, verificar quais são os princípios que informam tais atividades, esclarecendo-se, desde logo, que não há uma uniformidade doutrinária a respeito, divergindo os autores quanto ao número, nome, conteúdo ou valor jurídico dos princípios peculiares ao regime jurídico dos serviços públicos.

Nos anos 30

aludia Louis Rolland, discípulo de Duguit, às leis, princípios, regras ou caracteres que se impõem a todo serviço público, a saber: a continuidade

perigosos (como os potenciais nucleares); favorecer o rápido desenvolvimento nacional; manter a unidade do país e assim por diante” (SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 83).

⁶⁴ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de Serviço Público*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 17.

⁶⁵ Recentemente, a discussão a respeito do regime jurídico a que se subordina a prestação dos serviços públicos tornou-se ainda mais acirrada, tendo em vista alterações legislativas que permitiram a prestação de serviços públicos mediante um regime de concorrência. Para Almiro do Couto e Silva “o regime jurídico a que se submete a prestação de serviço público ou é inteiramente de direito público, como sucede com os serviços administrativos ou é, em se tratando de serviços de natureza comercial ou industrial, um regime híbrido, predominantemente de direito privado, mas mesclado com normas de direito público.” (SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público “à brasileira”? *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 230, p. 45-74, out./dez. 2002, p. 46).

de funcionamento do serviço, a adaptação ou modificação em todo momento de sua organização e de seu funcionamento pela autoridade pública competente e a igualdade dos particulares perante todos os serviços públicos.⁶⁶

Posteriormente, novos princípios foram adicionados a este rol. Segundo Laubadèrre, Venezia e Gaudemet, além dos princípios da continuidade, adaptabilidade e igualdade dos administrados perante o serviço público, incidem sobre todas as atividades desta natureza o princípio da neutralidade, o princípio da obrigação da administração de fazer funcionar corretamente os serviços públicos e, finalmente, o princípio da gratuidade.⁶⁷

Na doutrina nacional, a matéria referente aos princípios do serviço público foi amplamente abordada por Dinorá Adelaide Musetti Grotti, que aponta os seguintes princípios: a) princípio da adequação do serviço, o qual engloba os princípios da continuidade, regularidade, generalidade, modicidade, segurança, atualidade, eficiência e cortesia; b) princípio da igualdade; c) princípio da neutralidade; d) princípio da publicidade; e) princípio da obrigatoriedade; f) princípio da responsabilidade.⁶⁸

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, são princípios do serviço público: a) dever inescusável do Estado de promover-lhe a prestação; b) princípio da supremacia do interesse público; c) princípio da adaptabilidade; d) princípio da universalidade; e) princípio da impessoalidade; f) princípio da continuidade; g) princípio da transparência; h) princípio da motivação; i) princípio da modicidade das tarifas; j) princípio do controle.⁶⁹

Discorrendo sobre os princípios do serviço público, Benedicto Porto Neto assim os enumera: a) princípio da atividade normatizada; b) princípio da obrigatoriedade da prestação do serviço; c) princípio da continuidade do serviço

⁶⁶ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*, p. 255.

⁶⁷ LAUBADÉRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*, p. 764-769.

⁶⁸ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*, p. 254-317.

⁶⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello salienta que: “este arrolamento, obviamente, nada mais representa senão o realce dado a alguns princípios *dentre os que compõem o regime jurídico administrativo*, tendo em vista sua ressonância evidente nos serviços públicos ou por se constituírem em especificações deles perante tal temática, mas, como é claro a todas as luzes, em nada excluem quaisquer outros não mencionados.” (*Curso de Direito Administrativo*, p. 658).

público; d) princípio da generalidade na organização do serviço; e) princípio da modificação unilateral das normas de organização do serviço; f) princípio da manifestação do poder de autoridade; g) princípio da eficiência e qualidade; h) princípio da responsabilidade objetiva; i) princípio da modicidade da contraprestação devida pelos usuários.⁷⁰

A ausência de consenso doutrinário a respeito dos princípios que compõem o regime jurídico dos serviços públicos prende-se à diversidade de serviços públicos e à constante mutabilidade do instituto.

Embora seja possível identificar princípios comuns aos diversos serviços públicos, verifica-se que a grande quantidade de serviços qualificados como públicos acarreta a aplicação de regras e princípios nem sempre idênticos a todos os serviços assim qualificados.

Nesse sentido destacam-se as importantes considerações realizadas por Dinorá Adelaide Musetti Grotti ao constatar que, em razão da diversificação de serviços públicos,

não existe uma totalidade normativa aplicável a todos eles. O que há são pontos comuns entre os diferentes serviços públicos, princípios fundamentais que se aplicariam sem distinção de seu modo de exercício, que lhes conferem prerrogativas e restrições especiais em relação aos particulares. Isso não impede que os serviços sejam regidos por outras regras e princípios específicos, de acordo com as peculiaridades da atividade exercida, de forma a possibilitar o atendimento de seus objetivos.⁷¹

Outro fator que impede a enumeração estanque dos princípios que compõem o regime jurídico dos serviços públicos é a constante mutação do próprio instituto, que sofre variações não apenas de acordo com o país em que é prestado, mas também de acordo com a época.

Conforme anteriormente demonstrado, uma das dificuldades na conceituação de serviço público se deve justamente à impossibilidade de elaboração de um conceito universal, aplicável a todos os países e em todas as épocas.

⁷⁰ PORTO NETO, Benedicto. *Concessão de Serviço Público no Regime da Lei n. 8.987/95: Conceitos e Princípios*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 40-46.

⁷¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*, p. 256-257.

Não há como fixar de forma absoluta os princípios que regem a prestação dos serviços públicos visto que o elenco das atividades assim consideradas está em constante mutação. Além disso, o próprio regime jurídico que incide sobre os serviços públicos deve sofrer transformações visando sua adequação às necessidades contemporâneas e ao modelo de Estado proposto.⁷²

As considerações realizadas não tornam, contudo, inválidos os esforços doutrinários em busca da delimitação dos princípios que compõem o regime jurídico dos serviços públicos. Isto porque, diante de um ordenamento jurídico concreto, é possível apreender princípios gerais que norteiam a prestação dos serviços públicos.

Antes de finalizar este tópico a respeito do conceito de serviços públicos é preciso destacar que a prestação de serviços públicos tem sofrido alterações em decorrência de reformas introduzidas especialmente por leis setoriais, como, por exemplo, a introdução de competição na prestação de serviços de telecomunicações. Entretanto, conforme bem ressaltado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “esses avanços não permitem falar ainda em crise na noção de serviço público no direito brasileiro”.⁷³

⁷² Nesse sentido, Antonio Martínez Marín afirma que “características de las categorías conceptuales del Derecho público, y en especial del administrativo, son la flexibilidad, la mutualidad e incluso la indeterminabilidad. Ellas son expresión y consecuencia de una Administración dinámica y cambiante, sacudida por el progreso social y técnico, la ideología política y los intereses predominantes de una época y país concretos. El servicio público, como categoría capital del Derecho administrativo en el Estado de Derecho y social, se presenta históricamente con un concepto paradigmático de estos atributos congénitos de la Administración moderna y de su Derecho regulador. Las definiciones de sus categorías jurídicas, por su propia naturaleza, rara vez y por poco tiempo se presentan rígidas, inmutables, cerradas y mucho menos con validez y aceptación general y universal. No obstante, suele haber en cada una de ellas un elemento, una nota o una característica – a veces varias – que las hace reconocibles y diferenciadas en cualquier momento de su dilatada y, con frecuencia, agitada historia.”

Partindo dessas considerações, o referido autor conclui que a continuidade e a regularidade são elementos que sempre estiveram presentes na noção de serviço público. (*El buen funcionamiento de los servicios públicos: los principios de continuidad y de regularidad*. Madrid: Tecnos, 1990, p. 43).

⁷³ Maria Sylvia Zanella Di Pietro considera que os avanços recentes não alteram o conceito de serviço público por ela formulado, pautado nos elementos subjetivo, material e formal. Segundo a autora ainda é válido afirmar que “a Constituição prevê determinadas atividades como exclusivas do Estado, permitindo que sejam desempenhadas diretamente ou mediante concessão, permissão ou autorização. E atribui ao Estado o dever de prestar determinados serviços sociais não exclusivos do Estado (especialmente nas áreas de saúde e educação). Nesses casos, a atividade é prestada sob regime jurídico total ou parcialmente público, a gestão fica a cargo da própria Administração Pública direta ou indireta ou de empresas privadas que atuam sob delegação do Estado. Continuam a aplicar-se os princípios da prestação de serviços públicos. A responsabilidade rege-se por norma pública (art. 37, §6º, da Constituição).” (*Direito administrativo*, p. 94-95).

Entende-se que ainda tem aplicação um conceito de serviço público pautado nos elementos antes apresentados (subjetivo, material e formal), principalmente porque, apesar das especificidades de cada setor, é possível ainda identificar princípios que se aplicam a todos os serviços públicos.⁷⁴

Não constitui objeto do presente trabalho analisar o conteúdo de cada um dos princípios que compõem o regime jurídico dos serviços públicos, sob pena de desviar-se do seu escopo. Entretanto, o estudo do princípio da continuidade dos serviços públicos pressupõe a compreensão exata do princípio da obrigatoriedade, visto que aquele princípio só adquire relevância quando a prestação do serviço público é implementada.

3. O princípio da obrigatoriedade.

Na apreciação dos elementos que compõem o conceito de serviço público afirmou-se que este consiste em atividade administrativa material de titularidade do Estado, o qual pode desempenhá-la diretamente ou por meio de concessionário ou permissionário de serviço público. Por se tratar de uma atividade administrativa, submete-se aos princípios que compõem o regime jurídico administrativo.

Conforme explicitado no primeiro capítulo deste trabalho, a atividade administrativa é uma atividade infralegal, ou seja, o agir administrativo está subordinado à lei.⁷⁵ Sendo assim, nas hipóteses em que a lei confere ao Estado o dever de promover a prestação de um determinado serviço, não pode o Estado se esquivar do cumprimento desse dever.

⁷⁴ Em sentido contrário, Carlos Ari Sundfeld sustenta a inutilidade do velho conceito de serviço público, por duas razões primordiais. “A primeira é que o conceito ficou excessivamente vinculado a um dado modelo econômico de exploração do serviço, que está sendo abandonado em todo o mundo, no Brasil inclusive, caracterizado especialmente pela exploração monopolista, não-concorrencial, por meio de empresas estatais.” A segunda razão parte da constatação de que “cada serviço estatal, hoje, é objeto de um universo jurídico com peculiaridades muito próprias, não mais sendo viável, portanto, explicar tudo globalmente.” (SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: _____ (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1. ed., 2. tiragem, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 32).

⁷⁵ Destacam-se, neste sentido, as lições de Michel Stassinopoulos: “or la loi n'est pas seulement la limite de l'acte administratif, mais sa condition et sa base. Dans un État de droit, l'administration ne se trouve pas seulement dans l'impossibilité d'agir *contra legem* ou *praeter legem*, mais elle est obligée d'agir toujours *secundum legem*.” (*Traité des Actes Administratifs*, p. 69).

Para enfatizar o que foi dito, merece destaque a seguinte afirmação de Celso Antônio Bandeira de Mello: “o interesse público, fixado por via legal, não está à disposição da vontade do administrador, sujeito à vontade deste; pelo contrário, apresenta-se para ele sob a forma de um comando. Por isso mesmo a prossecução das finalidades assinaladas, longe de ser um ‘problema pessoal’ da Administração, impõe-se como obrigação indiscutível.”⁷⁶

Por determinação constitucional o Poder Público está incumbido de prestar serviços públicos, na forma em que dispuser a lei. Pode esta determinar que o serviço seja prestado diretamente pelo Estado, ou então por particulares, mediante concessão ou permissão, precedidas de licitação.

Conclui-se, portanto, que, havendo lei impondo ao Estado o dever de promover a prestação de determinado serviço público, direta ou indiretamente, está ele adstrito ao cumprimento deste dever, exatamente nos termos em que a lei tenha disciplinado.

Ao tratar do princípio da obrigatoriedade, Dinorá Adelaide Musetti Grotti constata que ele apresenta um duplo caráter, pois se refere ao dever daquele incumbido de realizar o serviço de prestá-lo obrigatoriamente a todos que o solicitarem, como também ao direito dos usuários de exigir sua realização efetiva.⁷⁷

Daí deflui que a Administração Pública não possui liberdade para definir se presta ou não determinado serviço. Estando ele disciplinado por lei e sendo dever do Estado realizá-lo, ou promover-lhe a realização mediante concessão ou permissão, não lhe resta nenhuma margem de liberdade para decidir a respeito da conveniência ou não do serviço, se este deve ser prestado ou não.

Dito de outro modo, à Administração Pública compete cumprir os comandos contidos na lei. Se esta determina a prestação de um serviço público, a atividade da Administração Pública estará vinculada a esta determinação. Não há, portanto, espaço para uma apreciação discricionária.

Em razão deste princípio da obrigatoriedade que rege as atividades qualificadas como serviços públicos, é admissível a interposição de ações judiciais

⁷⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. p. 77.

⁷⁷ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*, p. 312.

para compelir o Estado a prestá-los de acordo com as disposições legais. Além disso, se o Estado se negar a cumprir o dever imposto em lei, esquivando-se da prestação de serviços públicos, poderá ser responsabilizado pelos danos decorrentes da conduta omissiva.

Demonstrado que o Estado está vinculado a prestar e a promover a prestação dos serviços qualificados como públicos, resta analisar o princípio da continuidade.

CAPÍTULO III – O PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

1. A exigência de prestação de serviço adequado.

A Constituição Brasileira de 1988 (art. 175, parágrafo único, inciso IV) determina que a lei, ao dispor sobre a prestação dos serviços públicos, imponha a seus prestadores a “obrigação” (dever, rigorosamente)⁷⁸ “de manter serviço adequado”, mas deixa ao legislador ordinário a tarefa de definir quais sejam os parâmetros do que se deva considerar como tal. Tal dever se repete nas disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor (artigo 22, da Lei n.º 8.078/90) e na Lei federal n.º 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação dos serviços públicos.

“Serviço adequado” é um conceito indeterminado, ou seja, que não apresenta contornos bem delimitados. Dessa forma, haverá hipóteses em que facilmente será possível verificar a adequação do serviço (zona de certeza positiva), assim como outras em que será evidente a sua inadequação (zona de certeza negativa). Entre estas duas zonas de certeza há uma zona intermediária, vaga ou imprecisa, na qual proliferarão as incertezas sobre a aplicação do conceito.⁷⁹

⁷⁸ Eros Roberto Grau distingue de um lado o dever (dever legal) – e a obrigação (dever obrigacional) – do ônus. Segundo o autor, pode-se “distinguir de um lado o dever – e a obrigação - como vínculo imposto à vontade do sujeito em razão da tutela de interesse alheio e cujo descumprimento compreende um ilícito, importando a aplicação de sanção jurídica; de outro o *ônus*, como vínculo imposto à vontade do sujeito como condição para a satisfação do seu próprio interesse e cujo descumprimento não importa a aplicação de sanção jurídica, mas tão-somente efeitos econômicos negativos”, ou seja, a não-obtenção ou não-conservação de um direito (*Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 120).

⁷⁹ Ao desenvolver estudo relacionado à linguagem natural e à linguagem jurídica, Genaro Carrió descreve situações de ambigüidade e de vaguidade que podem acarretar incerteza quanto à aplicação ou interpretação de certos termos. Segundo o autor, haverá ambigüidade quando uma palavra for utilizada para designar coisas diferentes. Normalmente, nesses casos, a apresentação do contexto em que a palavra foi empregada elimina qualquer confusão. A vaguidade, por sua vez, diz respeito à indeterminação dos limites de aplicação de uma palavra. Constata o autor que existirão casos diante dos quais é certo que se deve aplicar a palavra e casos em que também é certo que não se deve aplicá-la e, entre estas duas hipóteses, há uma zona duvidosa. Para exemplificar, Carrió faz referência aos termos “calvo” e “jovem”, questionando quantos fios de cabelo é preciso ter para não ser considerado calvo e até que idade alguém pode ser considerado jovem. (CARRIÓ, Genaro R.. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 28-35).

Ao tratar do tema da delimitação da fluidez dos conceitos imprecisos, Celso Antônio Bandeira de Mello observa que mesmo que os conceitos “sejam vagos, fluidos ou imprecisos, ainda assim têm algum conteúdo determinável, isto é, certa densidade mínima, pois, se não o tivessem não seriam

O problema está em definir o que é um serviço adequado. A Lei n.º 8.987/95, em seu art. 6º, §1º, faz um detalhamento do que deve ser entendido por serviço adequado, definindo-o como o “que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”.

Tendo em vista a indeterminação do conceito em análise, Marçal Justen Filho busca apontar critérios para examinar a adequação do serviço, afirmando que “serviço adequado não é, apenas, aquele em que estejam reunidos inquestionavelmente todos os característicos exigidos como atributos normativos. Também serão *adequados* os serviços que, em face das circunstâncias, possam ser reconduzidos ao conceito, na aceção de terem sido adotadas as precauções viáveis em face das condições materiais e humanas”.⁸⁰

Embora a lei aponte alguns requisitos que devem estar presentes para o serviço ser caracterizado como adequado, diante do caso concreto o titular do serviço terá que compatibilizá-los. Isto porque, perante uma situação fática é possível que haja um conflito entre os requisitos exigidos pela lei, implicando a necessidade de uma ponderação por parte do titular do serviço.

Esclarecendo o que foi dito, cita-se, por exemplo, o possível conflito entre a exigência de atualidade do serviço e a modicidade das tarifas. A lei impõe a aplicação de técnicas, instalações e equipamentos modernos, assim como a melhoria e expansão do serviço. Entretanto, a implementação dessas exigências implica um aumento no preço das tarifas, podendo, inclusive, comprometer sua modicidade.

Deflui, portanto, das observações feitas, que a implementação de um serviço público adequado demanda, por vezes, uma apreciação discricionária por parte do

conceitos e as vozes que os designam sequer seriam palavras.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, p. 28-29).

Portanto, se a norma contiver conceitos vagos e imprecisos caberá, primeiramente, analisar se no caso concreto o conceito se torna determinado, preciso, já que diante de uma situação de fato é possível, às vezes, dizer que o conceito certamente se aplica ou certamente não se aplica (zona de certeza positiva e zona de certeza negativa). Se, ao contrário, restar dúvida quanto à aplicação do conceito, deverá o administrador, nesta zona intermediária, também conhecida como zona de penumbra, escolher um dos significados possíveis, devendo tal escolha ser orientada por critérios de razoabilidade.

⁸⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*, p. 305.

titular do serviço público. É certo que a margem de liberdade existente na norma abstrata pode ser reduzida perante o caso concreto, mas não necessariamente desaparecerá por completo, permitindo ao titular do serviço adotar a conduta que entenda melhor satisfazer o interesse público.

2. O princípio da continuidade dos serviços públicos.

Apesar da divergência doutrinária no que tange à enumeração dos princípios dos serviços públicos, nota-se que praticamente todos os autores mencionam o princípio da continuidade.⁸¹

Em verdade, a continuidade é uma das características mais marcantes dos serviços públicos e sua preservação é garantida por diversas normas contidas no ordenamento jurídico brasileiro.

O precursor da Escola dos Serviços Públicos, Léon Duguit, embora privilegiasse o elemento material para identificação dos serviços públicos, afirmava que “se houvesse necessidade de um critério formal para reconhecer as atividades para servir de suporte à organização de um serviço público, nós diríamos que ele se encontra na desordem social produzida pela suspensão, mesmo durante um tempo bem curto, desta atividade.”⁸²

Gastón Jèze, também integrante da Escola dos Serviços Públicos, ressaltando a incidência de um regime jurídico especial aos serviços públicos, destacou a importância do funcionamento regular e contínuo das atividades assim tipificadas, afirmando:

⁸¹ Tendo em vista a impossibilidade de citar todos os autores que incluem o princípio da continuidade como integrante do regime jurídico dos serviços públicos, citam-se apenas para exemplificar os seguintes doutrinadores brasileiros: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 657; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 95; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, p. 83-84; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição brasileira de 1988*. p. 260-278; MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, p. 316-317; PORTO NETO, Benedicto. *Concessão de Serviço Público no Regime da Lei n. 8.987/95: Conceitos e Princípios*, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 42-43; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 220.

⁸² No original: “S’il était besoin d’un critérium formel pour reconnaître les activités devant servir de support à l’organisation d’un service public, nous dirions qu’il se trouve dans le désordre social

Dizer que, em determinada hipótese, existe serviço público, equivale a afirmar que os agentes públicos, para darem satisfação regular e contínua a certa categoria de necessidades de interesse geral, podem aplicar os procedimentos do direito público, isto é, um regime jurídico especial, e que as leis e regulamentos podem modificar em qualquer momento a organização do serviço público, sem que se possa opor a isto qualquer obstáculo insuperável de ordem jurídica.

Toda vez que se está na presença de um serviço público propriamente dito, se verifica a existência de regras jurídicas especiais, de teorias jurídicas especiais, as quais têm por objetivo facilitar o funcionamento regular e contínuo do serviço público, satisfazendo, da forma mais rápida e completa possível, as necessidades de interesse geral.⁸³

Se os serviços públicos têm como característica a continuidade, é preciso então estabelecer o que significa esta continuidade, fixando o próprio conteúdo do princípio ora em apreço.

O princípio da continuidade impõe ao Estado ou a quem lhe faça as vezes o dever de prestar ao usuário o serviço público toda vez que este for necessário. Observa-se, portanto, que o dever de continuidade da prestação do serviço não significa, necessariamente, que o serviço público deve ser prestado permanentemente. A frequência com que deve ser prestado dependerá da natureza do serviço público, bem como da necessidade que satisfaz.

Um serviço público para que seja considerado adequado deve ter determinadas características, dentre elas a da continuidade. Verifica-se, em relação a alguns serviços públicos que, para serem prestados de forma adequada, faz-se necessário que o serviço esteja à disposição do usuário permanentemente, incessantemente, como é o caso dos serviços hospitalares. Outros, por sua vez, podem estar à disposição do usuário apenas determinadas horas do dia ou em alguns dias da semana, sem que isto comprometa a qualidade do serviço e a satisfação da necessidade do usuário, como é o caso dos serviços postais.

A propósito, Jean-Paul Valette afirma que a intensidade da continuidade não é a mesma para todos os serviços públicos, verificando a existência de serviços que

produit par la suspension, même pendant un temps très court, de cette activité". (DUGUIT, Léon. *Les transformations du droit public*. p. 51).

⁸³ JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Tradução da 3. ed. francesa por Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1949, p. 4.

exigem uma prestação permanente e outros que podem ser prestados em determinados dias e horários.⁸⁴

Na mesma linha, sustenta Dinorá Adelaide Musetti Grotti que o princípio da continuidade dos serviços públicos não implica,

em todas as hipóteses, a continuidade física da atividade, pois que ela deve ser prestada cada vez que a necessidade que satisfaz se apresente. E esta necessidade tanto pode ser absoluta (ou seja, necessidade permanente de prestação do serviço) ou contínua ou potencialmente contínua, exigindo prestação cronologicamente ininterrupta, quanto relativa (necessidades intermitentes) porque a própria necessidade pública pede, aconselha ou possibilita a prestação periódica.⁸⁵

Para a compreensão do conteúdo do princípio da continuidade, destaca-se, também, a importante observação de Celso Antônio Bandeira de Mello no sentido de ser ele derivado do princípio da obrigatoriedade do desempenho da atividade administrativa, o qual, por sua vez, deriva do princípio da indisponibilidade do interesse público.⁸⁶

Se a Constituição Federal impõe ao Estado o dever de prestar determinados serviços, não pode ele deixar de prestá-los ou interromper a sua prestação, sob pena de violar o interesse público. “Com efeito, uma vez que a Administração é curadora de determinados interesses que a lei define como públicos e considerando que a defesa, e prosseguimento deles, é, para ela, obrigatória, verdadeiro dever, a continuidade da atividade administrativa é princípio que se impõe e prevalece em quaisquer circunstâncias.”⁸⁷

É preciso, ainda, estabelecer a diferença entre o princípio da continuidade e o da regularidade dos serviços públicos.

⁸⁴ Nas palavras do autor, “le principe de continuité n’a pas la même intensité pour tous les services. Il existe une échelle de continuité. Elle est maximale lorsqu’elle implique la permanence du service (la police, la défense nationale, les hôpitaux, la navigation aérienne). Pour les autres services il suffit que l’usager puisse normalement accéder au service, que le fonctionnement soit satisfaisant et respecte les jours ouvrables (l’état-civil, l’enseignement, les musées, les services administratifs).” (VALETTE, Jean-Paul. *Le service public à la française*. Paris: Ellipses Édition, 2000, p. 88).

⁸⁵ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*, p. 261-262.

⁸⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 77.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 77.

De acordo com Marçal Justen Filho, tanto a característica da regularidade como a da continuidade emanam do conceito de eficiência. Entretanto, enquanto a regularidade de um serviço refere-se à manutenção de sua prestação atendendo a padrões de qualidade e quantidade, a continuidade diz respeito à ausência de interrupção.⁸⁸

Para Dinorá Adelaide Musetti Grotti, “a continuidade se refere à realização ininterrupta do serviço público, segundo a natureza da atividade desenvolvida e do interesse a ser atendido”, enquanto “a regularidade se vincula à prestação devida de acordo com as regras, normas e condições preestabelecidas para esse fim, ou que lhe sejam aplicáveis”.⁸⁹

Após distinguir o conteúdo dos princípios da continuidade e da regularidade, Marçal Justen Filho e Dinorá Adelaide Musetti Grotti concluem que a regularidade é algo mais do que a continuidade, sendo possível a existência de um serviço contínuo, mas não regular, e impossível a existência de um serviço regular e não contínuo.⁹⁰

2.1 A disciplina legal do princípio da continuidade dos serviços públicos.

O Código de Defesa do Consumidor estabelece em seu artigo 22 que “os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”.

O dispositivo transcrito impõe o dever de continuidade dos **serviços essenciais**. Sendo assim, faz-se necessário, primeiramente, verificar se o conceito de serviço público coincide com o conceito de serviços essenciais para, então, verificar se tal regra incide sobre todos os serviços públicos.

⁸⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*, p. 306.

⁸⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*, p. 287.

⁹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*, p. 306; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*, p. 287.

Para o enfrentamento dessa questão, é preciso observar o contido na Lei n.º 7.783/89, a qual também emprega o termo serviços essenciais, apresentando, inclusive, um rol de serviços que se enquadrariam nesta categoria.

A Lei n.º 7.783/89, que regula o exercício do direito de greve, estabelece que são serviços ou atividades essenciais: I – tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; II – assistência médica e hospitalar; III – distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; IV – funerários; V – transporte coletivo; VI – captação e tratamento de esgoto e lixo; VII – telecomunicações; VIII – guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; IX – processamento de dados ligados a serviços essenciais; X – controle de tráfego aéreo; XI – compensação bancária.

Quanto aos serviços essenciais, a referida lei estabelece que “os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade”, definindo necessidades inadiáveis como “aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população”. (artigo 11 da Lei n.º 7.783/89).

Observando o rol de serviços considerados essenciais pela lei que regulamenta o direito de greve, constata-se que nem todos os serviços ali enumerados enquadram-se no conceito de serviço público. Isto porque, consta do referido rol serviços que não são prestados pelo Estado ou por concessionário ou permissionário de serviço público mediante regime jurídico de direito público, como é o caso da atividade de distribuição e comercialização de alimentos e da atividade de compensação bancária.

Partindo dessa consideração, é possível concluir que nem todos os serviços arrolados no referido diploma legal como essenciais são serviços públicos. Além disso, a análise do conceito de serviço público realizada no Capítulo II deste trabalho permite afirmar que nem todos os serviços públicos são essenciais.⁹¹

⁹¹ Reforçando o entendimento esposado, encontram-se as lições de José Cretella Júnior, o qual afirma que podem existir serviços públicos essenciais e não essenciais, assim como podem existir serviços privados essenciais e não essenciais. O autor assevera que “‘essencialidade’ envolve juízo

Ainda com relação à regra do artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que ela está inserida dentro de uma lei destinada à disciplina das relações de consumo, é preciso perquirir se entre o usuário e o prestador de serviço público há uma relação de consumo, e se a regra mencionada aplica-se a toda prestação de serviço público.

A respeito do tema há diferentes entendimentos doutrinários, sendo possível separá-los e classificá-los de acordo com a extensão que cada doutrinador confere à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Verifica-se, na doutrina pátria, os seguintes posicionamentos: a) aplicabilidade do CDC a toda prestação de serviço público; b) aplicabilidade do CDC nas prestações de serviço público remuneradas diretamente, seja tal remuneração feita mediante a cobrança de taxa ou tarifa; c) aplicabilidade do CDC nas prestações de serviço público remuneradas por tarifa; d) inaplicabilidade do CDC nas prestações de serviço público; e) aplicabilidade de algumas normas do CDC a toda prestação de serviço público.

Observando que o Código de Defesa do Consumidor aplica-se a todos os serviços, excetuando-se apenas os serviços não remunerados e os serviços de caráter trabalhista, Luiz Antônio Rizzatto Nunes sustenta que todos os serviços públicos estão subordinados a regulamentação do Código de Defesa do Consumidor, visto que nenhum serviço público é efetivamente gratuito, já que mantidos mediante a receita advinda da arrecadação de impostos.⁹²

Adotando entendimento diverso, Dinorá Adelaide Musetti Grotti, ao abordar o tema da aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos, defende que as normas desse diploma legal são aplicáveis a todos os serviços públicos remunerados diretamente, estando excluídos desta disciplina

de valor e, por isso, não se discute no plano lógico, mas apenas no jurídico. 'Serviços ou atividades essenciais' são aqueles que a regra jurídica ordinária define como tal." (CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, v. 2, p. 1063). Em sentido contrário, Antônio Carlos Cintra do Amaral sustenta que "a prestação dos serviços públicos é dever do Poder Público, que pode prestá-lo direta ou indiretamente. Se uma determinada atividade foi definida pelo ordenamento jurídico como 'serviço público', ela é essencial à coletividade. Não há serviços públicos essenciais e serviços públicos não-essenciais." (*Concessão de Serviço Público*, p. 18).

⁹² NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material* (arts. 1º ao 54), p. 101, *apud* NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. *Serviços públicos & relação de consumo: aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 143-144.

apenas os serviços públicos prestados gratuitamente e os serviços públicos de natureza *uti universi*.⁹³

Por sua vez, Elaine Cardoso de Matos Novais, após efetuar a análise de cada uma das correntes doutrinárias e respectiva crítica, considera que só há relação de consumo quando a prestação de serviço público é remunerada diretamente por tarifa⁹⁴ e que, nos casos em que o Estado presta serviços de natureza *uti universi*, isto é, serviços de natureza indivisível e cujos beneficiários não são pessoas determinadas, sendo remunerado apenas indiretamente por meio da cobrança de tributos, não há relação de consumo, incidindo nesta hipótese normas principalmente do sistema tributário⁹⁵. Isto porque, em tais hipóteses, a posição jurídica do Estado não se assemelha à do fornecedor, tendo em vista o papel de autoridade assumido pelo Estado.⁹⁶

Com relação aos serviços públicos de natureza *uti singuli*, ou seja, aos serviços prestados de forma individualizada ao usuário e, portanto, passíveis de mensuração, Elaine Cardoso de Matos Novais considera que quando a contraprestação ocorre mediante o pagamento de taxa, também não há relação de consumo porque o Estado neste caso também é dotado de um caráter de autoridade que em nada se assemelha à posição do fornecedor.⁹⁷ Aponta ainda que, quando o serviço público é remunerado mediante taxa, surge uma relação tributária, na qual o usuário de serviço público ocupa a posição de contribuinte e não de consumidor.⁹⁸

Considera, porém, a autora que princípios gerais previstos no Código de Defesa do Consumidor, quando compatíveis com os princípios do sistema administrativo, podem ser invocados para regular os serviços públicos custeados por taxa ou outros tributos.

⁹³ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*, p. 347.

⁹⁴ NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. *Serviços públicos & relação de consumo: aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor*, p. 171.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 172-174; 183.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 163.

⁹⁷ Nas palavras da autora: “infere-se que a posição assumida pelo Estado ao instituir e cobrar taxas pela prestação de serviço público específico e divisível somente em um ponto coincide com a atuação dos fornecedores no mercado de consumo, qual seja, a cobrança pela prestação do serviço. A semelhança, todavia, pára por aí, porquanto o caráter de autoridade insito ao Estado quando determina a cobrança de taxas não é conferido a nenhum fornecedor no mercado de consumo de modo a lhe autorizar a cobrança pelo potencial uso do serviço.” (*Ibidem*, p. 169).

⁹⁸ *Ibidem*, p. 171.

Por fim, há quem entenda que a prestação de serviço público não gera uma relação de consumo, não sendo aplicável, portanto, as regras do Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido posiciona-se Antônio Carlos Cintra do Amaral, ao sustentar que a figura do usuário de serviço público não se confunde com a do consumidor, visto que são distintas a relação de serviço público e a relação de consumo. Assim explica sua afirmação:

Diversamente da situação de consumo, a relação contratual entre concessionária e usuário, mediante a qual uma parte se obriga a prestar um serviço, recebendo em pagamento um preço público (tarifa), tem como pressuposto uma outra, entre a concessionária e o poder concedente. [...]. A relação jurídica entre concessionária e usuário não pode ser equiparada à existente entre duas pessoas privadas, que atuam na defesa de seus interesses específicos. O serviço público, cujo *exercício* é atribuído à concessionária, continua na *titularidade* e sob a responsabilidade do poder concedente. Perante a relação de consumo, diversamente, o Poder Público atua como “protetor” da parte considerada hipossuficiente, que, em regra, é o consumidor.⁹⁹

Em trabalho dedicado ao estudo dos usuários de serviço público, César A. Guimarães Pereira demonstra as diferenças entre os regimes jurídicos aplicáveis ao consumidor e ao usuário de serviços públicos.¹⁰⁰ Entretanto, apesar das várias diferenças identificadas, sustenta que algumas normas do Código de Defesa do Consumidor são aplicáveis ao serviço público em geral, como a do artigo 22, do referido diploma legal.

Esclarece que referida norma incide sobre todos os serviços públicos uma vez que sua aplicação “não pressupõe a caracterização de uma relação de consumo. Em contrapartida, sua aplicação a um determinado caso concreto não significa que devam incidir as demais normas do CDC. Trata-se de norma de direito

⁹⁹ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de Serviço Público*, p. 114-115.

¹⁰⁰ Apenas para exemplificar, citam-se algumas diferenças identificadas pelo autor: “(a) o usuário, ao contrário do consumidor, não é necessariamente o destinatário final do serviço público; (b) o usuário, ao contrário do consumidor, não está necessariamente envolvido em uma prestação onerosa do serviço público; (c) o usuário, ao contrário do consumidor, detém direitos relativos à organização e à gestão do serviço público, delas podendo participar de modo ativo, independentemente até da efetiva fruição do serviço; (...) (f) a relação de serviço público, por envolver o desempenho de função administrativa, é protegida pelo regime jurídico de direito público, que assegura deveres-poderes ao Poder Público e, se houver, ao delegatário da prestação do serviço (embora os *poderes de autoridade* estejam reservados ao Poder Público, atribuindo-se ao prestador privado apenas prerrogativas limitadas e compatíveis com a sua natureza); (...)” (PEREIRA, César A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 202).

administrativo, relativa a serviço público, que não se confunde com o direito do consumidor.”¹⁰¹

As considerações tecidas por Antônio Carlos Cintra do Amaral e César A. Guimarães Pereira demonstram de forma irrefutável que não se confundem os conceitos de usuário de serviço público e consumidor.

Observa-se, inclusive, que a Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998¹⁰², determinou a elaboração de lei de defesa do usuário de serviços públicos, o que evidencia a diferença de tratamento jurídico concebido ao consumidor e ao usuário de serviço público.

Entretanto, apesar das diferenças entre essas duas figuras jurídicas, e das diferenças entre a relação que se forma entre o usuário e o prestador de serviço público e entre o consumidor e o fornecedor de serviço, verifica-se que a norma explicitada no artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor aplica-se a todos os serviços públicos, independentemente de serem prestados diretamente pelo Estado ou por delegatário, ou de serem ou não remunerados

A própria norma aponta o seu âmbito de incidência ao estabelecer que devem ser adequados, eficientes e seguros os serviços prestados pelos órgãos públicos (por si ou suas empresas), pelas concessionárias e pelas permissionárias, demonstrando que não importa se o serviço público é prestado diretamente pelo Estado ou não. Nota-se, também, que o preceito legal não impõe a exigência de adequação, eficiência e segurança apenas aos serviços remunerados.

Entretanto, tal norma não é suficiente para fundamentar o dever de continuidade dos serviços públicos, pois, como visto anteriormente, o artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor impõe a continuidade apenas aos serviços essenciais (e nem todos os serviços públicos podem ser assim qualificados).

Se, por um lado, a norma contida do artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor não serve para impor a todos os serviços públicos o dever de prestação sem interrupção, a conjugação da norma contida no artigo 175 da Constituição

¹⁰¹ Ibidem, p. 229.

¹⁰² A Emenda Constitucional nº 19 estabelece em seu artigo 27 que “o Congresso Nacional, dentro de 120 (cento e vinte) dias da promulgação desta Emenda, elaborará lei de defesa do usuário de serviços públicos.”

Federal com a norma prevista no artigo 6.º, da Lei n.º 8.987/95, impõe a todos os serviços públicos o dever de prestação contínua.

O artigo 175 da Constituição Federal estabelece que “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”. Adiante, está previsto no parágrafo único do referido artigo que a lei disporá sobre a obrigação de manter serviço adequado.

Embora a Lei n.º 8.987/95 estabeleça as qualificações para caracterizar o serviço público objeto de concessão ou permissão como adequado, tais índices de exigência também devem prevalecer na prestação de serviços efetuada diretamente pelo Poder Público¹⁰³. Via de consequência, a regra do artigo 6.º da Lei n.º 8.987/95, além de sintetizar princípios gerais operativos dos serviços públicos concedidos ou permitidos, consagra disciplina que se aplica extensivamente à Administração Pública, servindo de parâmetro para guiar a atuação do prestador de serviço e dos órgãos responsáveis pela fiscalização da prestação.

E, referido diploma legal, no art. 6.º, § 1.º, faz referência à continuidade do serviço público como uma das condições para que o serviço seja considerado adequado.

¹⁰³ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, p. 321.

CAPÍTULO IV – MECANISMOS PARA GARANTIR A CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO.

A Constituição Federal, ao atribuir ao Estado o dever de prestar determinados serviços, seja diretamente ou por meio de concessionário ou permissionário, lhe impôs também o dever de manter a sua continuidade e de zelar pelo seu atendimento.

Diversos mecanismos estão previstos no ordenamento jurídico para garantir a prestação do serviço público de forma contínua.

No que tange aos contratos administrativos, a continuidade do serviço público é assegurada pelos seguintes mecanismos: a) reconhecimento das teorias que garantem o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (imprevisão, fato do príncipe e fato da administração); b) possibilidade de alteração unilateral dos contratos (adequando-os às novas necessidades, inclusive para assegurar a continuidade do serviço); c) atribuição de certos deveres-poderes à Administração, como o de encampação, o de intervenção, o de uso compulsório dos recursos humanos e materiais da empresa concessionária, quando necessário, para dar continuidade à execução do serviço; d) reversão dos bens do concessionário para o poder concedente após a extinção da concessão; e) imposição de prazos rigorosos ao contratado; f) inadmissibilidade da invocação da exceção do contrato não cumprido contra a Administração, nos casos em que esta descumpra suas obrigações contratuais.¹⁰⁴

A preocupação com a continuidade da prestação dos serviços públicos se revela em múltiplas formas, sendo uma delas a que vem prevista no art. 241 da Constituição Federal: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação

¹⁰⁴ A respeito da interferência do princípio da continuidade dos serviços públicos nos contratos administrativos, confira-se: GUGLIELMI, Gilles J.. *Introduction au droit des services publics*. Paris: L.G.D.J., 1994, p. 46-47; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 95; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5. ed. 2. reimpressão, São Paulo: Atlas, 2006, p. 97; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*, p. 277-278; MARTÍNEZ MARÍN, Antonio. *El buen funcionamiento de los servicios públicos: los principios de continuidad y de regularidad*. p. 130-141.

entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos”.

O princípio em apreço também tem implicações no exercício da função pública. Como consequência do princípio da continuidade tem-se as normas que determinam a permanência durante um determinado período de tempo previsto em lei do servidor que pede exoneração; os institutos da substituição, interinidade, suplência e delegação; a proibição do direito de greve, hoje já amenizada¹⁰⁵.

1. O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos e dever-poder da Administração Pública de alterá-los unilateralmente.

A Administração Pública, ao celebrar um contrato administrativo com o concessionário de serviço público, lhe impõe uma série de deveres e obrigações que devem ser cumpridos rigorosamente. Em contrapartida, o concessionário será remunerado pelo cumprimento dos deveres e obrigações assumidos.

A partir do momento em que se estabelecem as obrigações atribuídas ao concessionário (as quais são especificadas nas leis, nos regulamentos e no edital da licitação) e este apresenta a sua proposta, forma-se uma relação entre os encargos e os benefícios do concessionário, que deve ser mantida durante a vigência do contrato administrativo.

Há na doutrina pátria diversas definições semelhantes do que é o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, sendo ressaltado nas definições a relação estabelecida entre os encargos e os benefícios do concessionário.

Para Hely Lopes Meirelles, “o *equilíbrio financeiro*, ou *equilíbrio econômico*, ou *equação econômica*, ou, ainda, *equação financeira*, do contrato administrativo é a

¹⁰⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 95; MEDAUAR, Odete, *Direito administrativo moderno*, p. 129; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti Grotti, *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*, p. 278.

relação estabelecida inicialmente pelas partes entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste.”¹⁰⁶

A seu turno, Fernando Vernalha Guimarães afirma que “a equação econômico-financeira do contrato administrativo traduz-se na exata proporção que se estabelece entre os encargos assumidos e a remuneração devida. Fixada a proporção no momento da apresentação das propostas no âmbito licitatório, a equação é inflexível, sob pena de se produzir um lucro indevido ao co-contratante ou causar-lhe prejuízo ilegítimo”.¹⁰⁷

A garantia do equilíbrio econômico-financeiro encontra-se expressa no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, o qual prevê que “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, (...)”.

O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos traz vantagens tanto para a Administração Pública como para o concessionário de serviço público.

Uma das vantagens da Administração Pública é a possibilidade de conseguir licitantes com propostas condizentes com o custo do serviço. Tal fato ocorre porque o contratante particular, ao elaborar a sua proposta no processo licitatório, não precisa agregar ao preço da proposta os riscos por eventuais acontecimentos imprevisíveis, pois caso aconteça alguma situação que não era possível prever no momento da formulação da proposta, será restabelecido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Outra vantagem da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato é a conseqüente manutenção da adequação do serviço, pois na medida em que o concessionário público tem garantidas as mesmas vantagens iniciais, isto é, tem asseguradas as mesmas vantagens que possuía quando celebrou o contrato administrativo, tem condições de preservar a qualidade do serviço público prestado.

¹⁰⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 216.

¹⁰⁷ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo: Interpretação de Dispositivos da Lei 8.666/1993*. Malheiros: São Paulo, 2003, p. 260.

É a manutenção do equilíbrio-econômico financeiro que permite à Administração Pública exigir do concessionário de serviço a sua prestação adequada e, conseqüentemente, contínua.

Por sua vez, a vantagem para o concessionário de serviço público é que a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro diminui os riscos da atividade por ele exercida, sendo maiores as garantias de lucro. Além do mais, é a manutenção desse equilíbrio que lhe permite cumprir com as obrigações assumidas.

Note-se que essa manutenção não se confunde com a manutenção da margem de lucros do concessionário, visto que os lucros auferidos pelo prestador de serviço dependem não apenas dos encargos que possui e da remuneração que recebe, mas também da forma de administração e investimento dos recursos financeiros.¹⁰⁸

Ao abordar o tema do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, Marcus Vinicius Corrêa Bittencourt destaca que “essa garantia econômica do particular na concessão de serviço público não configura uma integral proteção contra qualquer fracasso em sua atividade. Tendo em vista que o delegatário exerce uma atividade, mas por sua própria conta, é sintomático que, como qualquer negócio, se submeta a determinado risco”.¹⁰⁹

Observa-se, portanto, que o concessionário deve suportar os riscos ordinários do negócio, tendo direito a pleitear a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro apenas diante da ocorrência de eventos de natureza extraordinária.¹¹⁰

Dentre as situações que geram o direito de o concessionário pleitear a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, mostra-se de maior relevância para este trabalho o caso em que a Administração Pública efetua alterações unilaterais no contrato administrativo.

¹⁰⁸ A respeito da distinção entre equilíbrio econômico-financeiro e lucro remete-se ao estudo elaborado por Marçal Justen Filho. (*Teoria geral das concessões de serviço público*, p. 389).

¹⁰⁹ BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. *Controle das concessões de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 141.

¹¹⁰ A respeito das diferentes situações que acarretam a necessidade de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo recomenda-se: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 622-625; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 256-265.

A Administração Pública é detentora do dever-poder de alterar cláusulas do contrato. Esse dever-poder é de suma importância para possibilitar melhores resultados na prestação dos serviços, adequando a prestação às necessidades da população.¹¹¹

Nas hipóteses em que as alterações contratuais impostas pela Administração Pública acarretam um aumento nos encargos do concessionário, este tem o direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, o que contribui para alcançar o seu objetivo principal, que é a obtenção de lucro.

Em suma, pode-se afirmar que a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo é essencial para atender aos interesses primários da Administração Pública, visto que assim pode realizar as alterações necessárias para melhorar a prestação do serviço público e, ao mesmo tempo, assegurar a viabilidade de sua prestação adequada. De outro ângulo, tal manutenção é essencial para atender aos interesses do concessionário de serviço público, que visa à obtenção de lucro.¹¹²

2. A reversão dos bens.

Durante a vigência do contrato administrativo o concessionário de serviço público utiliza-se de vários bens, sendo que muitos deles só têm utilidade porque empregados na atividade delegada. Por esta razão, findo o prazo do contrato de

¹¹¹ Antonio Martínez Marín defende que a continuidade e a regularidade dos serviços determinam e fundamentam as modificações contratuais, visto que a Administração Pública, ao se deparar com uma situação em que há interrupção do serviço ou uma prestação irregular, tem o dever de introduzir modificações no contrato. Para o referido autor a Administração Pública tem o dever de modificar o contrato para assegurar ou manter o bom funcionamento do serviço. (*El buen funcionamiento de los servicios públicos: los principios de continuidad y de regularidad*, p. 135-137).

¹¹² Nesse sentido, destacam-se os seguintes ensinamentos de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello: “Para prestar serviço adequado o concessionário precisa perceber renda compensatória, e, por conseguinte, necessita que as tarifas sejam estabelecidas em bases razoáveis. Mas, para serem razoáveis as tarifas cumpre-se atender, de um lado, a estabilidade financeira da empresa, a qual compreende os lucros, decorrentes da cobrança das tarifas, como os provenientes, ainda, das suas operações econômicas, e, de outro lado, precisam corresponder às possibilidades financeiras dos usuários do serviço. Afinal, uma empresa estável, com lucros moderados, porém certos, deve prestar serviços satisfatórios, sem exigir dos consumidores tarifas muito elevadas, mas apenas as convenientes para se resguardarem as suas condições normais de vida, no fornecimento de serviço adequado”. (BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Aspecto jurídico-administrativo da

concessão os bens empregados na prestação do serviço público são incorporados ao patrimônio do poder concedente.

A reversão dos bens é definida por Celso Antônio Bandeira de Mello como:

a passagem ao poder concedente dos bens do concessionário aplicados ao serviço, uma vez extinta a concessão (art. 35, §2º). Portanto, através da chamada reversão, os bens do concessionário, *necessários ao exercício do serviço público*, integram-se no patrimônio do concedente ao se findar a concessão. Está visto que a reversão também não é, de modo algum – ao contrário do que às vezes se vê afirmado –, uma forma de extinção da concessão. É, isto sim, uma *conseqüência* dela; portanto, a pressupõe. Sem a extinção da concessão não há reversão. Esta procede dela, mas, evidentemente, não se confundem as duas coisas.¹¹³

A reversão dos bens é fundamental para que o Estado possa dar continuidade à prestação dos serviços que anteriormente vinham sendo prestados pelo concessionário.

Encerrado o prazo de vigência do contrato de concessão devem os bens necessários para a prestação do serviço passar ao patrimônio do poder concedente, viabilizando a continuidade do serviço público.¹¹⁴

Observa-se que o concessionário só terá direito à indenização pela reversão dos bens quando ainda não tiver ocorrido a amortização dos investimentos realizados.

Quando o prazo de vigência do contrato de concessão é longo, normalmente durante a vigência do contrato o concessionário obtém o lucro esperado e recupera o capital investido na aquisição dos bens necessários para a prestação do serviço.

concessão de serviço público. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Seleção histórica, p. 221-234, 1991, p. 225).

¹¹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 725.

¹¹⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello assevera que a reversão dos bens é essencial para garantir a continuidade do serviço público. De acordo com o autor, “a razão principal da reversão reside precisamente nisto, a saber: dado o caráter público do serviço, isto é, atividade havida como de extrema relevância para a comunidade, sua paralisação ou suspensão é inadmissível, por ofensiva a valores erigidos socialmente como de superior importância. O Poder Público, como guarda e responsável pela defesa dos interesses públicos, não pode permitir que estes sejam sacrificados ou postergados em nome de objetivos ou interesses particulares, individuais. Por isso, é assente na doutrina o princípio da *continuidade do serviço público*, o qual supõe a *reversão* como meio de dar seguimento à prestação da atividade, quando extinta a concessão do serviço.” (Ibidem, p. 726).

Nessa hipótese, encerrado o prazo do contrato de concessão, os bens empregados na prestação do serviço são incorporados ao patrimônio da Administração Pública, sem que esta precise pagar indenização ao concessionário.

Entretanto, quando o concessionário necessita realizar mais investimentos do que estava previsto, ou quando o prazo de duração do contrato de concessão não possibilita ao concessionário recuperar os investimentos realizados, deve a Administração Pública indenizar o concessionário para haver os bens empregados na prestação do serviço.

Tal mecanismo é fundamental para se preservar a qualidade do serviço prestado, pois o concessionário tem a garantia de que será ressarcido pelos investimentos realizados no aperfeiçoamento do serviço.

3. A *exceptio non adimpleti contractus* contra a Administração Pública.

O concessionário de serviço público ao assumir o desempenho desta função pública assume a obrigação de manter de forma ininterrupta a prestação do serviço. Questiona-se, porém, até que ponto é possível exigir do concessionário a manutenção da prestação do serviço quando a Administração Pública não cumpre as suas obrigações.

Em outras palavras, é possível admitir que a Administração Pública descumpra as suas obrigações para com o concessionário e ao mesmo tempo exija que ele continue a prestar o serviço público?

O artigo 39 da Lei n.º 8.987/95 estabelece que:

Art. 39 O contrato de concessão poderá ser rescindido por iniciativa da concessionária, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim.

Parágrafo único. Na hipótese prevista no *caput* deste artigo, os serviços prestados pela concessionária não poderão ser interrompidos ou paralisados, até a decisão judicial transitada em julgado.

Conforme se extrai do dispositivo legal citado, o concessionário é obrigado a manter a prestação do serviço, mesmo que inadimplente a Administração Pública, até que haja uma decisão judicial transitada em julgado.

Entretanto, esse dispositivo legal deve ser interpretado em consonância com as demais disposições do ordenamento jurídico, preservando outros valores nele encartados.

Corroborando este entendimento, Marçal Justen Filho pondera que:

O parágrafo único tem de ser interpretado, porém, nos limites do razoável e segundo a estruturação constitucional do Estado. A relação entre indivíduo e coletividade, na Constituição, assegurou a sobrevivência e o respeito a todos os interesses. Como repetidamente afirmado, nenhum interesse individual pode ser exterminado mediante invocação ao interesse público. Ninguém pode ser destruído porque isso seria útil ao interesse coletivo. Autoriza-se limitação ou restrição dos interesses individuais, desde que resguardada sua essência. Em hipóteses excepcionais e expressas, o interesse individual poderá ser sacrificado, desde que seja assegurada a contrapartida da indenização justa. Essa sistemática se integra com os princípios norteadores de um Estado Democrático de Direito, que rejeita regras ou filosofias autoritárias.

Dentro desse contexto, considera-se a natureza do dever infringido pelo poder concedente. Se versar sobre prestação essencial à sobrevivência do concessionário, não será aplicável o dispositivo. Dito de outro modo, se a manutenção do serviço, em face do inadimplemento do poder concedente, for hábil a acarretar o desaparecimento do concessionário ou o sacrifício de interesses fundamentais, não incidirá o parágrafo único do art. 39. A garantia constitucional da preservação de pessoas e seu patrimônio prevalece sobre o princípio da continuidade do serviço público.¹¹⁵

Maria Sylvia Zanella Di Pietro sustenta que o concessionário de serviço público pode paralisar a prestação do serviço quando a conduta da Administração Pública “tornar impossível a execução do contrato ou causar ao contratado um desequilíbrio econômico extraordinário, que não seria razoável exigir que suportasse, pela desproporção entre esse sacrifício e o interesse público a atingir pela execução do contrato”.¹¹⁶

Analisando a regra prevista no artigo 39, da Lei n.º 8.987/95 verifica-se que ela impõe ao concessionário um sacrifício exagerado ao lhe obrigar a manter a prestação do serviço até que haja decisão transitada em julgado rescindindo o contrato.

¹¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*, p. 610.

Por essa razão, e visando compatibilizar a referida norma às demais normas do ordenamento jurídico, em especial àquela contida no artigo 5º, inciso XXXV¹¹⁷, da Constituição Federal, é preciso reconhecer a possibilidade de o concessionário recorrer ao Poder Judiciário requerendo uma medida cautelar ou uma antecipação de tutela autorizando-lhe a suspender a execução do contrato enquanto inadimplente a Administração Pública.

A respeito da possibilidade de medida liminar autorizando o concessionário a interromper a prestação do serviço público em decorrência da inadimplência do poder concedente, salienta-se a fundamentação apresentada em julgado da Quarta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

(...) reputo que o artigo 9º, parágrafo único, da Lei nº 8.987, de 13.2.95, ao prescrever que a rescisão do contrato de concessão, por iniciativa da concessionária, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, não pode acarretar a interrupção ou a paralisação dos serviços, até a decisão judicial transitada em julgado, não se aplica ao caso concreto.

Com efeito, embora salutar, essa norma, que visa a garantir a continuidade da prestação do serviço público enquanto questões relativas ao contrato são discutidas judicialmente entre o poder concedente e a concessionária, não incide quando a falta da Administração é de tal ordem que inviabiliza totalmente o cumprimento da avença pelo particular.

É esse o caso dos autos, em que os agravados não estão repassando à agravante os valores recebidos dos usuários dos serviços, ou os vêm repassando em valor bem inferior ao devido. Ora, exigir que a agravante, nessa condição de quase total inadimplência do Poder Público, permaneça prestando os serviços até o trânsito em julgado da sentença que decretar a rescisão, equivale a não só lhe exigir o impossível, pois não vem recebendo a contraprestação, como a comprometer, também, a sua própria existência como pessoa jurídica.¹¹⁸

Em síntese, constata-se a necessidade de interpretar a norma contida no artigo 39, da Lei nº 8.987/95, ponderando os interesses em conflito. Havendo inadimplemento por parte do poder concedente, admite-se que o concessionário recorra ao Poder Judiciário requerendo medida de urgência que autorize a interrupção do serviço público, principalmente quando a inadimplência do poder

¹¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. p. 261.

¹¹⁷ Ao analisar a regra prevista no artigo 39, da Lei nº 8.987/95, Lúcia Valle Figueiredo afirma que “esperar sentença transitada em julgado seria, sem dúvida, desconhecer o inciso XXXV do art. 5º do texto constitucional, que possibilita ao juiz o acautelamento do direito.” (*Curso de Direito Administrativo*, p. 108).

¹¹⁸ TJSP, Agravo de Instrumento nº 299.799-5/0-00, Quarta Câmara de Direito Público, Relator Desembargador Thales do Amaral, j. 24/11/2005.

concedente estiver comprometendo sua saúde financeira a tal ponto que passa conduzir o concessionário à falência.¹¹⁹

Ainda a propósito da *exceptio non adimpleti contractus* contra a Administração Pública, é preciso acrescentar que a norma do artigo 78, inciso XV, da Lei n.º 8.666/93, não pode ser utilizada para fundamentar a paralisação de serviços públicos concedidos.

O referido dispositivo legal prevê que constitui motivo para a rescisão do contrato “o atraso superior a 90 dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimentos, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação.”

Essa norma possibilita ao contratado suspender o cumprimento de suas obrigações quando a Administração Pública está inadimplente há mais de 90 (noventa) dias.

Embora a norma citada se refira aos contratos administrativos, não se aplica aos contratos de concessão de serviços públicos, já que os contratos desta natureza são regulamentados por lei específica (Lei n.º 8.987/95).

¹¹⁹ Considerando que atualmente as demandas judiciais podem perdurar durante anos até que se obtenha uma decisão definitiva, não se pode descartar em casos excepcionais a possibilidade de concessão de medidas de urgência autorizando a interrupção do serviço público em face da inadimplência do poder concedente. Entretanto, para se evitar ações temerárias e irresponsáveis por parte dos concessionários, seria recomendável que os juízes, ao deferirem a paralisação do serviço público em sede de cautelar ou de antecipação de tutela, exigissem que os concessionários prestassem caução. A caução serviria para garantir o ressarcimento de eventuais prejuízos causados com a paralisação do serviço caso ao final a ação proposta pelo concessionário fosse julgada improcedente.

CAPÍTULO V – HIPÓTESES LEGAIS DE INTERRUPÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

1. A continuidade dos serviços públicos e sua natureza principiológica.

O ordenamento jurídico brasileiro contém normas expressas que admitem a interrupção do serviço público. Além das hipóteses expressamente previstas em lei, por meio de uma interpretação sistemática do ordenamento, verifica-se a existência de outras situações que justificam a interrupção dos serviços públicos.

As situações que admitem a interrupção do serviço público, estejam elas expressas ou implícitas na legislação vigente, buscam compatibilizar o princípio da continuidade dos serviços públicos com outros princípios que compõem o regime jurídico deste instituto ou com outros valores contemplados no ordenamento jurídico.

Em verdade, as situações previstas em lei ou decorrentes de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico que autorizam a interrupção dos serviços públicos tornam nítido que a continuidade é um princípio e não uma regra.

Para se avaliar melhor as situações em que se admite a interrupção do serviço público mostra-se de grande valia a compreensão exata do que é um princípio, distinguindo-o das regras.

Ronald Dworkin, apresentando as diferenças entre estas duas espécies normativas, afirma que as “regras são aplicáveis de uma forma tudo ou nada. Se os fatos previstos na lei ocorrem, então ou a regra é válida, caso em que a resposta que fornece deve ser aceita, ou não é válida, caso em que em nada contribui para a decisão”. Já os princípios, segundo o autor, não operam desta forma, pois “não estabelecem consequências legais que se seguem automaticamente quando se encontram as condições previstas”.¹²⁰

¹²⁰ No original: “The difference between legal principles and legal rules is a logical distinction. Both sets of standards point to particular decisions about legal obligation in particular circumstances, but they differ in the character of the direction they give. Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision. (...) But this is not the way the sample principles in the quotations operate. Even those which look most like rules do not set out legal consequences that follow automatically when the conditions provided are

O autor constata também que os princípios possuem uma dimensão que falta às regras, a dimensão do peso ou importância. Quando há intercessão entre princípios, aquele que precisar resolver o conflito deve considerar o peso relativo de cada princípio. As regras, por sua vez, não possuem esta dimensão. Pode-se dizer que as regras são funcionalmente importantes ou não. Nesse sentido, uma regra pode ser mais importante que outra porque tem papel mais relevante na regulação de um comportamento. Entretanto, quando há um conflito de regras, não se pode dizer que uma é mais importante que outra no sistema jurídico, e que uma substitui a outra em razão de seu maior peso, pois, em verdade, o que ocorre quando duas regras estão em conflito é que apenas uma delas será válida.¹²¹

Os estudos realizados por Ronald Dworkin podem ser comparados aos de Robert Alexy, que também se preocupou em diferenciar regras e princípios.

Robert Alexy inicia a distinção entre essas duas espécies normativas formulando o conceito de cada uma delas da seguinte forma:

O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado da melhor maneira possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso, os princípios são mandamentos de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau e que a medida devida de seu cumprimento não depende apenas das possibilidades reais mas também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos. Ao contrário, as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então se deve fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm determinações em um âmbito do fático e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma é um regra ou um princípio.¹²²

Para distinguir regras e princípios, o jurista alemão, assim como Dworkin, analisa os casos de colisão entre princípios e de conflito entre regras. Constata que um conflito de regras só pode ser resolvido inserindo-se uma exceção a uma das regras que elimine o conflito ou considerando pelo menos uma delas inválida.

met.” (DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. 8. impressão, London: Duckworth, 1996, p. 24-25).

¹²¹ Ibidem, p. 26-27.

¹²² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86-87.

Nos casos de colisão entre princípios, a solução é diversa, devendo um princípio ceder diante de outro, mas isso não significa que o princípio que cedeu seja inválido. É possível que o princípio que cedeu prevaleça sobre o outro princípio em situação diversa. Perante o caso concreto é que será possível determinar qual é o princípio com maior peso e, portanto, que deverá prevalecer. Robert Alexy, assim como Ronald Dworkin, conclui que os conflitos de regras são resolvidos no plano da validade, enquanto as colisões entre princípios são solucionadas na dimensão do peso.¹²³

Da análise realizada por Dworkin e Alexy extrai-se que os princípios são normas que diante de situações concretas podem deixar de ser aplicadas sem com isso tornar-se inválidas. Compete ao aplicador do direito, diante do caso concreto, buscar compatibilizar os princípios e, sendo necessário, dar prevalência a um em detrimento de outro.¹²⁴

O presente capítulo destina-se a analisar as hipóteses possíveis de interrupção da prestação dos serviços públicos, verificando as diferentes situações em que o princípio da continuidade cede para permitir o atendimento de outras necessidades.

2. A interrupção do serviço público e o seu fundamento normativo.

¹²³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 88-89.

¹²⁴ Com relação ao tema da diferenciação entre regras e princípios, cumpre mencionar na doutrina nacional os estudos desenvolvidos por Humberto Ávila, o qual sustenta que tais espécies normativas podem ser dissociadas uma das outras quanto ao modo como prescrevem comportamentos, quanto à justificação que exigem e quanto ao modo como contribuem para a decisão. Conceituando as duas espécies normativas, afirma que: “As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.” Para uma análise aprofundada, consultar: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 71-84.

A Lei n.º 8.987/95 prevê em seu art. 6º, §3º, três hipóteses permitindo a interrupção do serviço: em situação de emergência; quando houver razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; ou de inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade. Ademais, o exercício do direito de greve também pode acarretar a interrupção da prestação do serviço público.

Cumpra observar que atualmente legislações setoriais, destinadas a regulamentar serviços públicos específicos, contêm normas disciplinando a interrupção do serviço.

A Lei n.º 9.427/96, que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica e disciplinou o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica, contempla a possibilidade de suspensão no fornecimento de energia ao consumidor inadimplente que presta serviço público ou essencial à população, ao estatuir:

Art. 17. A suspensão, por falta de pagamento, do fornecimento de energia elétrica a consumidor que preste serviço público ou essencial à população e cuja atividade sofra prejuízo será comunicada com antecedência de quinze dias ao Poder Público local e ao Poder Executivo Estadual.
§1º O Poder Público que receber a comunicação adotará as providências administrativas para preservar a população dos efeitos da suspensão do fornecimento de energia elétrica, inclusive dando publicidade à contingência, sem prejuízo das ações de responsabilização pela falta de pagamento que motivou a medida.

Se a lei autoriza a suspensão do fornecimento de energia elétrica ao consumidor inadimplente prestador de serviço público ou essencial à população, utilizando-se do raciocínio de que quem pode mais pode o menos, é possível concluir que a suspensão do fornecimento de energia elétrica a consumidor que não se enquadra nesta categoria também é admitida.

A previsão de suspensão do serviço de telecomunicações ao usuário inadimplente está contemplada na lei que regulamenta o setor, a qual garante ao usuário do serviço o direito “à não suspensão de serviço prestado em regime público, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização ou por descumprimento de condições contratuais” (artigo 3º, inciso VII, da Lei n.º 9.472/97).

Mais recentemente foi editada a Lei n.º 11.445/2007, que estabelece diretrizes para o saneamento básico, e que prevê as seguintes hipóteses de interrupção do serviço:

Art. 40. Os serviços poderão ser interrompidos pelo prestador nas seguintes hipóteses:

- I – situações de emergência que atinjam a segurança de pessoas e bens;
- II – necessidade de efetuar reparos, modificações ou melhorias de qualquer natureza nos sistemas;
- III – negativa do usuário em permitir a instalação de dispositivo de leitura de água consumida, após ter sido previamente notificado a respeito;
- IV – manipulação indevida de qualquer tubulação, medidor ou outra instalação do prestador, por parte do usuário; e
- V – inadimplemento do usuário do serviço de abastecimento de água, do pagamento das tarifas, após ter sido formalmente notificado.

§1º As interrupções programadas serão previamente comunicadas ao regulador e aos usuários.

§2º A suspensão dos serviços prevista nos incisos III e V do caput deste artigo será precedida de prévio aviso ao usuário, não inferior a 30 (trinta) dias da data prevista para a suspensão.

§3º A interrupção ou a restrição do fornecimento de água por inadimplência a estabelecimentos de saúde, a instituições educacionais e de internação coletiva de pessoas e a usuário residencial de baixa renda beneficiário de tarifa social deverá obedecer a prazos e critérios que preservem condições mínimas de manutenção de saúde das pessoas atingidas.

As normas citadas especificam algumas hipóteses de interrupção dos serviços públicos e demonstram que o princípio da continuidade dos serviços públicos sofre restrições e condicionamentos.

3. A interrupção do serviço em situação de emergência e por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações.

O artigo 6º, §3º, da Lei de Concessões, dispõe que diante de uma situação de emergência é lícita a interrupção do serviço público mesmo sem aviso prévio.

A situação de emergência pode decorrer de fatos ligados diretamente à prestação do serviço público, como, por exemplo, quando inesperadamente ocorre falha em equipamentos utilizados na prestação do serviço.

A situação de emergência pode decorrer também de fatos externos que impõem a sua interrupção. Para exemplificar, citam-se os conhecidos casos de

acionamento de água e energia elétrica. Em situações emergenciais de escassez de água e energia elétrica, faz-se necessário diminuir o consumo de tais bens, inclusive mediante a interrupção temporária de seu fornecimento.

Nesses casos a interrupção temporária da prestação do serviço público faz-se necessária para preservar um interesse maior, evitando que se esgotem bens essenciais para o ser humano.

Nota-se que, embora o dispositivo legal disponha ser desnecessário o aviso prévio quando a interrupção decorre de situações de emergência, é evidente que nos casos em que o prestador de serviço tem conhecimento prévio da situação emergencial e da necessidade de interromper o serviço, ele deverá comunicar o fato com antecedência os usuários.

A Lei de Concessões admite também a interrupção do serviço público por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações (artigo 6º, § 3º, inciso I). Tais hipóteses visam salvaguardar qualidades importantes como a segurança e a eficiência do serviço prestado.

A paralisação temporária do serviço pode ocorrer para permitir o conserto, a manutenção ou a renovação dos equipamentos utilizados, buscando sempre disponibilizar ao usuário um serviço eficiente. A interrupção do serviço também será necessária quando a sua continuidade colocar em risco bens ou pessoas.

Ao tratar das hipóteses previstas no artigo 6º, §3º, inciso I, da Lei de Concessões, Marçal Justen Filho bem observa que os casos previstos em tal dispositivo legal não oferecem uma faculdade ao prestador do serviço público, visto que a interrupção do serviço naquelas situações configura-se em poder-dever, não cabendo ao prestador de serviço avaliar se interrompe ou não a prestação. Poderá haver, eventualmente, discricionariedade quanto ao momento da interrupção da prestação do serviço, caso não haja urgência.¹²⁵

Ademais, sempre que possível, deverá o prestador do serviço informar previamente os usuários quando haverá interrupção da prestação do serviço, reduzindo ao máximo os transtornos decorrentes da interrupção.

¹²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*, p. 309.

4. A interrupção do serviço público em razão da inadimplência do usuário.

Como visto em capítulo anterior, o Estado ou delegatário de serviço público tem o dever legal de prestar serviços públicos sem interrupção, isto é, tem o dever de prestar o serviço de forma continuada, permitindo ao usuário satisfazer as suas necessidades sempre que estas se apresentarem.

Entretanto, se de forma geral o serviço deve estar sempre à disposição do usuário, este deve efetuar o pagamento pelo serviço utilizado.

Atualmente vários serviços públicos são prestados mediante uma contraprestação direta, ou seja, o Estado ou o delegatário de serviço público o presta e, em contrapartida, é remunerado pelo serviço prestado mediante a cobrança de taxa (quando o serviço público é prestado pelo Estado) ou tarifa (quando o serviço público é prestado por concessionário ou permissionário).

Sendo assim, é lógico admitir a interrupção do serviço para os usuários que não cumprem com o seu dever de pagar pelo serviço utilizado, não havendo em tal situação violação ao princípio da continuidade dos serviços públicos.

De acordo com o previsto no artigo 6º, § 3º, inciso II, da Lei n.º 8.987/95, não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção, após prévio aviso, quando inadimplente o usuário, considerado o interesse da coletividade.

Ao analisar o dispositivo legal contido na Lei n.º 8.987/95, que admite a interrupção da prestação de serviço público por inadimplemento do usuário, Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara observa que tal autorização legal não é conflitante com o princípio da continuidade dos serviços públicos, fazendo as seguintes considerações:

O dever de continuidade, portanto, sempre foi entendido como um vínculo de caráter genérico, que exigia do Estado a manutenção de um determinado serviço público em funcionamento. É um dever estabelecido em favor da sociedade como um todo e assumido pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes (concessionário ou permissionário de serviço público). Constata-se, portanto, que em sua concepção original, o princípio da continuidade do serviço público serve apenas para assegurar que o serviço (considerado de uma maneira geral, como empreendimento) tenha sua oferta garantida continuamente. Neste sentido, não diz respeito à

específica relação que envolve prestador de serviço público e cada um de seus usuários.

Esta última (a relação entre prestadoras de serviços públicos e usuários) se sujeita a condicionamentos (exigências) relacionados à obtenção dos serviços, entre os quais pode figurar, de acordo com o sistema constitucional brasileiro, a obrigação de remunerar o prestador do serviço público. Interromper a prestação de um serviço público a um usuário que não atenda aos requisitos exigidos para a sua obtenção, assim, não configura rompimento do dever de continuidade. A continuidade do serviço público é preservada sempre que o Poder Público (ou a empresa concessionária ou permissionária) o oferece nas condições estabelecidas na regulamentação. Não há que se falar em violação ao dever de continuidade se, entre essas condições, figurar o pagamento de tarifa e o fornecimento for interrompido em função do inadimplemento do usuário. O dever de prestar o serviço, vale registrar mais uma vez,¹²⁶ somente se torna exigível se as condições de fruição estiverem presentes.

Para reforçar o argumento de que o princípio da continuidade não impede a interrupção da prestação do serviço público ao usuário inadimplente, Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara faz referência aos serviços públicos em que se exige do usuário o pagamento prévio da tarifa. Consta que existem serviços públicos cuja prestação ocorre apenas após o usuário efetuar o pagamento pelo serviço, como é o caso, geralmente, do transporte coletivo de passageiros e do serviço postal. Com relação a tais serviços ninguém alega o princípio da continuidade para exigir que o Estado ou o concessionário preste o serviço independentemente do recebimento da remuneração devida. Conclui que “o problema é, juridicamente, o mesmo daquelas outras hipóteses em que o fornecimento do serviço público se dá por intermédio de prestações *continuadas* (como os de telefonia, abastecimento de água e esgoto, energia elétrica)”.¹²⁷

O raciocínio apresentado pelo autor mostra-se de grande valia para comprovar a licitude da interrupção da prestação do serviço público nas hipóteses em que o usuário encontra-se inadimplente. Se nos casos em que o pagamento da tarifa é efetuado previamente entende-se que só tem direito a usufruir do serviço quem tiver pago por ele, é certo reconhecer que, quando o pagamento é efetuado posteriormente e o usuário não o faz, não pode ser beneficiado com a continuidade do serviço.

¹²⁶ CÂMARA, Jacintho Silveira Dias de Arruda. *O regime tarifário nas concessões de serviços públicos*. São Paulo, 2004. 300p. Tese (Doutorado em Direito Administrativo) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 125-126.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 127.

Outros doutrinadores brasileiros, assim como Jachinto Silveira Dias de Arruda Câmara, afirmam a possibilidade de interrupção do serviço público ao usuário inadimplente, destacando que a obrigação de continuidade está condicionada ao devido pagamento da taxa ou tarifa correspondente.

Alexandre Santos de Aragão, após fazer uma ressalva com relação aos serviços públicos obrigatórios, os quais serão tratados mais adiante, afirma que “a obrigação de continuidade pressupõe a lealdade e a boa-fé entre as partes e, conseqüentemente, o adimplemento contratual mútuo. A equidade restaria violada se uma parte fosse obrigada a continuar a sua prestação mesmo se a outra parte simplesmente resolvesse não mais pagar o que lhe deve”.¹²⁸

Em parecer destinado à análise da legalidade do corte de energia elétrica em razão da inadimplência do usuário, Caio Tácito afirma que o concessionário tem a obrigação de fornecer energia elétrica de forma regular e contínua e, em contrapartida, o usuário tem a obrigação de efetuar o pagamento da tarifa. “São, em suma, obrigações conexas e reciprocamente condicionantes: não há obrigação de pagar sem o funcionamento regular e contínuo do serviço, e – de igual forma – não haverá obrigação de continuidade do fornecimento sem o regular pagamento da tarifa, que exprime o custo do serviço fornecido”.¹²⁹

Caio Tácito ressalta, ainda, que a regra prevista no artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor, ao determinar a prestação de serviços contínuos, não pode ser entendida como obrigação de prestar serviços gratuitos, pois tal entendimento afrontaria a estabilidade financeira dos contratos de concessão, a qual é protegida por norma de hierarquia equivalente à norma do artigo 22 do CDC.

Pode-se dizer, portanto, que vigora como regra geral a possibilidade de interrupção do serviço público em razão da inadimplência do usuário, não tendo o prestador de serviço público a obrigação de mantê-lo sem receber a contraprestação correspondente.¹³⁰

¹²⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, p. 552.

¹²⁹ TÁCITO, Caio. Consumidor – Falta de Pagamento – Corte de Energia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 219, p. 398-399, jan./mar. 2000, p. 399.

¹³⁰ A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, julgando o Recurso Especial nº 363.943-MG, assim decidiu: “ADMINISTRATIVO – ENERGIA ELÉTRICA – CORTE – FALTA DE PAGAMENTO – É lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica, se, após aviso prévio, o consumidor de energia elétrica permanecer inadimplente no pagamento da respectiva conta (L.

Contudo, a regra geral apresenta exceções/limitações, pois haverá hipóteses que, mesmo diante da inadimplência do usuário de serviço público, o prestador deverá manter a continuidade da prestação ou, pelo menos, garantir a prestação de uma quantidade mínima de serviço. Tal conclusão resulta da própria norma legal que autoriza a interrupção da prestação do serviço público em razão da inadimplência, na qual se lê que deve ser considerado o interesse da coletividade.

4.1 O interesse da coletividade como critério para justificar a continuidade ou a interrupção da prestação do serviço público.

A expressão “interesse da coletividade” empregada no artigo 6º, § 3º, inciso II, da Lei n.º 8.987/95, abre um campo de apreciação discricionária, o qual pode sofrer limitações diversas, como, por exemplo, pelas leis específicas de cada setor e pelos contratos de concessão.

Como ressaltamos em estudo anterior, individualmente cada usuário tem interesse em não efetuar o pagamento da tarifa e continuar usufruindo o serviço, pois desta forma obtém um benefício imediato. Entretanto, como membro da coletividade, interessa-lhe que todos efetuem a contraprestação pelo serviço prestado, pois, em caso contrário, tornar-se-ia impossível a sua continuidade, visto que a inadimplência em massa ocasionaria a inviabilidade de manter-se o serviço.¹³¹

8.987/95, Art. 6º, §3º, II)” (Primeira Seção, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, j. 10/12/2003, DJ 01/03/2004). Após o julgamento do referido recurso pela Primeira Seção do STJ, nota-se uma uniformidade nas decisões deste Tribunal Superior, admitindo a interrupção da prestação do serviço público ao usuário que, após receber o aviso prévio, permanece inadimplente. Neste sentido confirmam-se os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: REsp 705203/SP, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, j. 11/10/2005 (DJ 07/11/2005); REsp 822.090/RS, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, j. 11/04/2006 (DJ 22/05/2006); REsp 786165/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Castro Meira, j. 16/05/2006 (DJ 26/05/2006); REsp 684020/RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, j. 04/05/2006 (DJ 30/05/2006); REsp 864715/RS, Segunda Turma, Relator Ministro Castro Meira, j. 03/10/2006 (DJ 11/10/2006); REsp 678356/MG, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, j. 07/03/2006 (DJ 23/11/2006); REsp 678044/RS, Segunda Turma, Relator Ministro Humberto Martins, j. 01/03/2007 (DJ 12/03/2007); REsp 685205/SC, Segunda Turma, Relator Ministro Humberto Martins, j. 01/03/2007 (DJ 12/03/2007).

¹³¹ GUIMARÃES, Letícia. A suspensão da prestação de serviços públicos frente ao inadimplemento do usuário. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, n. 5, p. 227-238, jan./mar. 2004.

Embora alguns serviços públicos estejam ligados ao atendimento de necessidades essenciais do ser humano, tal fato não justifica a sua prestação de forma gratuita. “Não é porque o serviço público examinado é essencial que deve ser prestado apesar da inadimplência. É justamente porque o serviço é essencial que não se pode consentir com a inadimplência – que em escala elevada pode traduzir-se na não prestação do serviço, pura e simplesmente.”¹³²

A suspensão da prestação do serviço nos casos de inadimplemento muitas vezes é a medida mais eficaz para coagir o usuário a efetuar o pagamento pelo serviço usufruído. Se tal medida não fosse admitida, certamente a taxa de inadimplência seria elevadíssima, podendo comprometer a eficiência do serviço e até mesmo impedir a sua continuidade em favor daqueles que efetuam corretamente o pagamento. Nesses casos, constata-se que é interesse da coletividade a suspensão do serviço para os inadimplentes, evitando assim que todos sejam prejudicados por aqueles.¹³³

Considerando os malefícios decorrentes da inadimplência dos usuários, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em decisão já mencionada, admitiu a interrupção do fornecimento de energia elétrica na hipótese em que o usuário não efetue o pagamento da tarifa, desde que haja o devido aviso prévio.¹³⁴

O relator da decisão mencionada, Ministro Humberto Gomes de Barros, destacou que a proibição do corte de energia elétrica nos casos de inadimplência gera um “efeito dominó”, ou seja, um sujeito ao verificar que o seu vizinho recebe

¹³² CUÉLLAR, Leila. Serviço de Abastecimento de Água e a Suspensão do Fornecimento. In: _____; MOREIRA, Egon Bockmann. *Estudos de Direito Econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 356.

¹³³ Para Andreia Cristina Bagatin a suspensão do serviço público ao usuário inadimplente auxilia a tutelar a estabilidade da atividade e a prestação para futuros usuários. Nas palavras da autora: “O princípio da continuidade é fundamental para o regime jurídico dos serviços públicos. Porém, sua interpretação não pode se pautar exclusivamente na relação que se estabelece entre o prestador e o usuário atual e singular dos serviços em questão. Ao lado dela (que, por óbvio, não pode ser desprezada), o princípio exige que se visualizem as medidas necessárias para a continuidade e expansão dos serviços como um todo. Ou seja, além das relações concretas, as medidas inerentes ao princípio da continuidade implicam que se tutele a própria estabilidade da atividade, garantindo a prestação contínua dos serviços também para futuros e novos usuários. Dentre as medidas que podem auxiliar a tutela desse ângulo do princípio da continuidade está a possibilidade da suspensão dos serviços por ausência de pagamento.” (BAGATIN, Andreia Cristina. O princípio da continuidade dos serviços públicos: um exame do art. 17 da Lei da ANEEL. In: COSTALDELLO, Ângela Cássia (Coord.). *Serviço público: direitos fundamentais, formas organizacionais e cidadania*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 42).

¹³⁴ REsp 363943/MG, Primeira Seção, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, j. 10/12/03, DJ 01/03/2004.

energia elétrica gratuitamente, também deixará de efetuar o pagamento pela energia que recebe. Dessa forma, as empresas privadas rapidamente se tornariam insolventes e incapazes de continuar a prestação do referido serviço público, acarretando prejuízos para toda a sociedade.

Os argumentos até então apresentados demonstram a importância de autorizar-se a suspensão do serviço público aos usuários inadimplentes, viabilizando a continuidade do serviço para aqueles que cumprem suas obrigações e a possibilidade de futura oferta aos novos usuários.

Entretanto, é preciso observar que há situações em que o interesse da coletividade exige a continuidade do serviço público mesmo para aqueles que não efetuam o pagamento pelos serviços utilizados. Tal circunstância ocorre, por exemplo, quando o serviço é prestado em benefício não apenas do usuário, mas de toda a coletividade, considerando-se obrigatória a sua fruição.

Nesse sentido, Benedicto Porto Neto observa que “os serviços públicos, por vezes, não são prestados apenas no interesse do usuário, mas também no da coletividade. A inadimplência do usuário não pode sacrificar o interesse público. Daí a impossibilidade, nesses casos, de suspensão do serviço ao usuário inadimplente. São prestados no interesse da coletividade os serviços de *fruição obrigatória* pelos usuários.”¹³⁵

Atento para o fato de que alguns serviços públicos são necessários para satisfazer o interesse público primário, Eros Roberto Grau propõe a classificação dos serviços públicos em compulsórios (pró-comunidade) e facultativos (pró-indivíduo).

Os serviços públicos compulsórios, segundo sua classificação, são aqueles que devem ser utilizados por todos para que não haja prejuízo para toda a comunidade. Os serviços públicos facultativos, por sua vez, quando não utilizados por todos não causam nenhum prejuízo social e, por essa razão, quando o usuário

¹³⁵ PORTO NETO, Benedicto. *Concessão de Serviço Público no Regime da Lei n. 8.987/95: Conceitos e Princípios*, p. 43.

beneficiário do serviço não efetua o pagamento da taxa ou da tarifa correspondente, a prestação do serviço pode ser interrompida.¹³⁶

Como exemplo de serviços de fruição obrigatória citam-se, normalmente, os de fornecimento de água tratada e de coleta de esgoto, os quais são prestados para satisfazer o interesse da coletividade. Isto porque, caso um indivíduo deixe de usufruir dos serviços de abastecimento de água e de coleta de esgoto, em um primeiro momento comprometeria apenas a sua higiene e saúde pessoal, mas, num segundo momento, tal fato poderia afetar a saúde de seus vizinhos, podendo, inclusive, ocasionar a propagação de doenças. Daí a necessidade de manter a prestação do serviço público de fornecimento de água e coleta de esgoto para todos os usuários, inclusive para os inadimplentes, para satisfazer o interesse da coletividade consistente na preservação da saúde pública.

Tal constatação refletiu-se na lei que estabelece diretrizes para o saneamento básico, Lei n.º 11.445/2007, na qual se verifica uma preocupação em assegurar um fornecimento mínimo de água aos usuários de baixa renda, mesmo diante da inadimplência, preservando desta forma a saúde pública.¹³⁷

Conclui-se, portanto, que quando o serviço público é de fruição obrigatória, porque prestado para satisfazer o interesse da coletividade, e não apenas do usuário, a inadimplência não pode acarretar a interrupção completa do serviço.

Outra hipótese em que o interesse da coletividade é satisfeito com a manutenção do serviço público mesmo diante da inadimplência do usuário, ocorre quando este é prestador de serviço essencial e a interrupção do serviço público puder causar danos à saúde ou por em risco a segurança ou a sobrevivência daqueles que necessitam dos serviços prestados pelo inadimplente. Para que se

¹³⁶ GRAU, Eros Roberto. Suspensão do fornecimento de energia elétrica: constitucionalidade, código do consumidor, princípios e os postulados normativos aplicativos da razoabilidade e da proporcionalidade. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 36, p. 137-168. 2001, p. 139.

¹³⁷ O artigo 40, da Lei n.º 11.445/2007, ao enumerar as hipóteses em que os serviços podem ser interrompidos pelo prestador, autoriza a interrupção do serviço de abastecimento de água ao usuário inadimplente. Entretanto, o §3º, do referido artigo, ressalva que “a interrupção ou a restrição do fornecimento de água por inadimplência a estabelecimentos de saúde, a instituições educacionais e de internação coletiva de pessoas e a usuário residencial de baixa renda beneficiário de tarifa social deverá obedecer a prazos e critérios que preservem condições mínimas de manutenção da saúde das pessoas atingidas”.

possa compreender melhor esta hipótese, cita-se o seguinte julgado no qual a questão foi enfrentada:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 6º, §3º, II, DA LEI 8.987/94. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. HOSPITAL. INTERRUPÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. TUTELA DO INTERESSE PÚBLICO MAIOR. PRECEDENTE.

1. Não se conhece da suposta violação do art. 6º, §3º, II, da Lei 8.987/95, por falta de prequestionamento. Aplicação das Súmulas 282 e 356 do STF.

2. É lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica se, após aviso prévio, o consumidor permanecer inadimplente (Lei 8.987/95, art. 6º, §3º, II). Essa orientação, contudo, não se aplica na hipótese dos autos, porque a recorrente pretende suspender o fornecimento de energia elétrica de hospital, ou seja, unidade prestadora de serviço essencial de saúde.

3. A recorrida – de acordo com o Estatuto Social – não possui fins lucrativos e não concede remuneração, vantagens ou benefícios de qualquer forma ou título a seus diretores, conselheiros e instituidores (art. 3º); toda a renda, recursos (inclusive públicos) e eventuais resultados operacionais acumulados são aplicados na manutenção e desenvolvimento dos objetivos institucionais (art. 4º), inclusive no atendimento gratuito de pacientes (art. 5º).

4. A interrupção no fornecimento de energia, caso efetivada, implicaria sobrepor, na cadeia de valores tutelados pelo ordenamento jurídico, o contrato de concessão à vida humana e à integridade física dos pacientes.

5. O interesse coletivo que autoriza a solução de continuidade do serviço deve ser relativizado em favor do interesse público maior: a proteção da vida.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.”¹³⁸

O exemplo citado demonstra que usuários prestadores de serviços destinados à proteção da saúde, como, por exemplo, hospitais, não podem ter alguns serviços públicos, como o abastecimento de água e o fornecimento de energia elétrica, interrompidos em razão da inadimplência do usuário, pois a interrupção afetaria, principalmente, aqueles que se utilizam dos serviços do usuário inadimplente, podendo, inclusive, pôr em risco a vida de um número indeterminado de pessoas.

O tema ora em apreço conduz à discussão a respeito da possibilidade (ou não) de interrupção de serviços públicos a pessoas jurídicas de direito público inadimplentes, as quais, muitas vezes, são responsáveis pela prestação de serviços essenciais.

¹³⁸ STJ, Recurso Especial 621435/SP, Primeira Turma, Relatora Ministra Denise Arruda, j. 21/09/2006, DJ 19/10/2006.

Enfrentando a questão, o Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente manifestado o entendimento de que é possível a interrupção de serviços públicos a pessoas jurídicas de direito público inadimplentes, ressalvando, apenas, a necessidade de manter a prestação de serviços a unidades públicas essenciais¹³⁹. Confira-se a ementa de recente julgado daquela Corte:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. CONSUMIDOR INADIMPLENTE. SUSPENSÃO DO SERVIÇO. PREVISÃO LEGAL. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. ART. 6º, §3º, II, DA LEI N. 8.987/95.

1. É lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica se, após aviso prévio, o Município devedor não solve dívida oriunda de contas geradas pelo consumo de energia. Entretanto, para que não seja considerado ilegítimo, o corte não pode ocorrer de maneira indiscriminada, de forma a afetar áreas cuja falta de energia colocaria em demasiado perigo a população, como ruas, hospitais e escolas públicas.

2. Recurso especial provido.”¹⁴⁰

As diversas situações apresentadas no desenvolvimento do tema demonstram que as decisões pautadas no interesse coletivo, estejam elas

¹³⁹ Nesse sentido, remete-se aos seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: REsp 302620/SP, Segunda Turma, Relator para acórdão Ministro João Otávio de Noronha, j. 11/11/2003 (DJ 16/02/2004); REsp 654818/RJ, Primeira Turma, Relatora Ministra Denise Arruda, j. 21/09/2006 (DJ 19/10/2006); AgRg no REsp 844475/SP, Primeira Turma, Relator Ministro Francisco Falcão, j. 10/10/2006 (DJ 26/10/2006). A matéria também foi objeto de apreciação pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa do julgado é a seguinte: “SUSPENSÃO DE LIMINAR. DEFERIMENTO. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. CORTE POR INADIMPLÊNCIA. MUNICÍPIO. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL. 1. A interrupção do fornecimento de energia elétrica por inadimplemento não configura descontinuidade da prestação do serviço público. Precedentes. 2. O interesse da coletividade não pode ser protegido estimulando-se a mora, até porque esta poderá comprometer, por via reflexa, de forma mais cruel, toda a coletividade, em sobrevivendo má prestação dos serviços de fornecimento de energia, por falta de investimentos, como resultado do não recebimento, pela concessionária, da contra-prestação pecuniária. 3. Legítima a pretensão da Concessionária de suspender a decisão que, apesar do inadimplemento, determinou o restabelecimento do serviço e a abstenção de atos tendentes à interrupção do fornecimento de energia. 4. Agravo Regimental não provido.” (AgRg na SLS 216/RN, Corte Especial, Relator Ministro Edson Vidigal, j. 20/03/2006, DJ 10/04/2006).

¹⁴⁰ REsp 594095, Segunda Turma, Relator Ministro João Otávio de Noronha, j. 01/03/2007, DJ 19/03/2007. Para a questão ora em apreço, se mostram pertinentes, ainda, as seguintes considerações tecidas no voto: “ (...) vê-se que a interrupção de fornecimento de energia elétrica de Município inadimplente somente é considerada ilegítima quando atinge as unidades públicas provedoras das necessidades inadiáveis da comunidade, entendidas estas, por analogia à Lei de Greve, como ‘aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população’ (art. 11, parágrafo único, da Lei n. 7.783/89). Dessa forma, dou nesse ponto, provimento ao recurso para declarar a legalidade do procedimento adotado pela empresa fornecedora de energia elétrica, desde que não sejam atingidas áreas cujo corte de energia possa acarretar perigo à segurança da população ou demasiado prejuízo à coletividade, tais como delegacias, ruas, hospitais e escolas públicas. Esclareço, todavia, que o corte poderá ser realizado em áreas como praças públicas, prefeitura e demais prédios nos quais estejam situados órgãos da administração municipal ou que sejam por ela mantidos.”

expressas em atos legislativos ou administrativos, conduzem a resultados distintos, ora determinando a interrupção da prestação do serviço público em razão da inadimplência, ora determinando a sua continuidade.

Nota-se que geralmente o interesse da coletividade impõe a interrupção do serviço público ao usuário inadimplente, pois só desta maneira a prestação do serviço se torna economicamente viável, permitindo a prestação de um serviço adequado aos usuários adimplentes e possibilita a futura continuidade do serviço. Entretanto, como explicitado, em alguns casos, apesar do inadimplemento do usuário, a satisfação do interesse da coletividade depende da manutenção do serviço público.

Sistematizando as hipóteses que exigem a manutenção do serviço público para satisfação do interesse da coletividade, apesar da inadimplência do usuário, pode-se dizer que: a) quando o serviço público é de fruição obrigatória e, portanto, prestado em benefício não apenas do usuário, mas também da coletividade, a inadimplência não pode acarretar a suspensão total da prestação do serviço; b) quando o usuário inadimplente é prestador de serviço essencial, ou pessoa jurídica de direito público, a interrupção da prestação do serviço não pode pôr em risco a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população.

Constata-se que a lei geral de concessões, ao estabelecer que a análise sobre o cabimento da suspensão do serviço público ao usuário inadimplente deve ser orientada pelo interesse da coletividade, empregou um conceito jurídico indeterminado, abrindo certa margem de discricionariedade para atuação do titular do serviço público.¹⁴¹

É preciso ressaltar que, em parte, o interesse da coletividade, que justifica a interrupção ou a continuidade do serviço público ao usuário inadimplente, é definido

¹⁴¹ Partindo da constatação de que a Lei Geral de Concessões admitiu a interrupção dos serviços públicos aos usuários inadimplentes, observado o interesse da coletividade, mas não definiu este interesse coletivo, Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara demonstra como atos legislativos e (ou) administrativos podem definir este conceito, introduzindo condicionamentos à interrupção do serviço público. O referido autor aponta que “de acordo com o tratamento dado à matéria pela Lei Geral de Concessões, tanto o legislador especial, na disciplina de cada serviço público, quanto a Administração, por meio do próprio contrato de concessão, da edição de regulamentos ou da tomada de decisões administrativas concretas, poderiam impor condicionamentos à interrupção do serviço por falta de pagamento do usuário.” (*O regime tarifário nas concessões de serviços públicos*, p. 149).

pela legislação setorial, que regulamenta serviços públicos específicos e impõe condições e até mesmo impedimentos para a interrupção total da prestação.

A legislação voltada à regulamentação do saneamento básico é exemplo de tal delimitação, pois de sua análise constata-se a preocupação em ampliar o acesso dos cidadãos aos serviços de saneamento básico, garantindo ao menos um consumo mínimo que permita preservar a saúde pública.¹⁴² Note-se que ao fixar este objetivo, a legislação está expondo o interesse da coletividade. Além disso, ao estabelecer normas direcionadas à realização deste objetivo, a legislação está definindo políticas públicas para sua concretização.

É preciso destacar que o legislador não tem como prever as inúmeras situações que podem ocorrer na prática e, por isso, nem sempre consegue definir previamente se o interesse da coletividade é satisfeito mediante a suspensão ou continuidade do serviço. Por esta razão, atribui ao titular do serviço público a tarefa de avaliar qual conduta melhor atende ao interesse da coletividade, podendo tal conduta ser definida no contrato de concessão ou em atos regulamentares, conforme proposto por Jachinto Silveira Dias de Arruda Câmara.

Note-se que a discricionariedade existente na norma não permite que o titular do serviço público possa optar tanto por suspender a prestação do serviço como por sua continuidade nos casos em que houver o inadimplemento do usuário. A conduta a ser adotada pelo titular do serviço deverá ser orientada pelas particularidades de cada caso, visando à identificação do comportamento que melhor atenda a finalidade da norma.

Os casos acima referidos servem para ilustrar a pluralidade de situações com as quais o titular do serviço público e, por consequência o seu prestador, podem se deparar. Além disso, como já mencionado, demonstram como o interesse da

¹⁴² Tal preocupação está estampada nas seguintes normas, dentre outras: “Art. 9º O titular dos serviços formulará a respectiva política pública de saneamento básico, devendo, para tanto: (...) III – adotar parâmetros para a garantia do atendimento essencial à saúde pública, inclusive quanto ao volume mínimo per capita de água para abastecimento público, observadas as normas nacionais relativas à potabilidade de água;”; “Art. 29. Os serviços públicos de saneamento básico terão a sustentabilidade econômico-financeira assegurada, sempre que possível, mediante remuneração pela cobrança dos serviços: (...) §2º Poderão ser adotados subsídios tarifários e não tarifários para os usuários e localidades que não tenham capacidade de pagamento ou escala econômica suficiente para cobrir o custo integral dos serviços.”.

coletividade é atingido por meio de comportamentos totalmente distintos (em alguns casos mediante a suspensão do serviço e em outros mediante a sua continuidade).

Entende-se que a discricionariedade contida na norma é de suma relevância para permitir a satisfação real do interesse público, tendo em vista que, às vezes, o comportamento capaz de melhor atender à finalidade da norma só poderá ser definido diante da situação concreta.

A respeito do importante papel desempenhado pela discricionariedade, vale lembrar a preciosa lição de Cármen Lúcia Antunes Rocha:

Se o conjunto de cidadãos é apenas uma massa, e esta não tem rosto, nem particularidades ou diversidade em suas necessidades, não se haveria que temer a uniformidade de desempenhos administrativos, pois estes teriam que ser sempre os mesmos, dispensando-se a discricionariedade que vai permeando os fatos da vida com as diferenças com que estes se apresentam. A massa teria uma única feição e, para suprir-lhe a demanda, bastaria a aplicação automática da norma jurídica. Tais idéias se superaram nestes últimos anos. A demanda social é enorme e massificada, mas a prestação é múltipla e distinta como o são os homens que participam do Estado. A discricionariedade continua, então, sendo necessária.¹⁴³

Diante das considerações realizadas, é possível concluir que a outorga de uma margem de liberdade ao titular do serviço para que ele possa avaliar a situação concreta, as peculiaridades de cada caso, assim como as necessidades de cada comunidade e até mesmo de cada indivíduo, muitas vezes é necessária para permitir a satisfação do interesse público.

4.2 A interrupção dos serviços públicos em razão do inadimplemento do usuário ofende o princípio da dignidade da pessoa humana?

A concessionária de serviço público, ao mesmo tempo em que tem a obrigação de prestar adequadamente atividade de grande relevância social, tem o direito de ser remunerada pela atividade desempenhada, em busca do lucro almejado.

¹⁴³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*, p. 116.

A remuneração pela prestação de serviço público ocorre mediante a cobrança de tarifa, a qual deve ser módica, permitindo o acesso de todos aos serviços públicos prestados.

Muitos mecanismos têm sido utilizados para ampliar o acesso da população aos serviços públicos, como, por exemplo, a cobrança de “tarifa social” da população de baixa renda. Todavia, a situação miserável de inúmeros brasileiros impede que estes possam arcar com o preço das tarifas, ainda que bastante reduzidas.

A partir desta constatação, questiona-se se é admissível a interrupção dos serviços públicos a pessoas de baixa renda, que, comprovadamente, não possuem condições de arcar com o pagamento da tarifa, e se tal medida afrontaria o princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁴⁴

Ao abordar o tema, Alexandre Santos de Aragão sustenta que:

Além de a dignidade da pessoa humana não ser um princípio isento de ponderação com outros princípios constitucionais, é comum também haver a necessidade de ponderação entre a dignidade de pessoas distintas. No caso dos serviços públicos, por exemplo, a priorização da dignidade de parte dos consumidores atuais pode comprometer o sistema de prestação do serviço público como um todo, sendo prejudicial à dignidade de muito mais consumidores, atuais e futuros. A mera hipossuficiência não pode ser justificativa para a imposição de obrigações *ex novo* ao concessionário com base no princípio do respeito à dignidade da pessoa humana, até porque, em um país como o Brasil, que tem grande parte da sua população composta por pessoas que podem ser consideradas como hipossuficientes, tal postura inviabilizaria qualquer forma racional de gestão de serviço público pela iniciativa privada.¹⁴⁵

Apesar do entendimento esposado pelo autor, este ressalva a necessidade de realizar-se a ponderação dos valores envolvidos em cada caso antes de decidir a respeito da possibilidade da suspensão do serviço público diante do inadimplemento do usuário.

¹⁴⁴ Ressalta-se que a dignidade da pessoa humana deve ser protegida e realizada pelo Estado, inclusive mediante ações concretas, pois conforme lição de Ingo Wolfgang Sarlet, “o princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem e removam toda sorte de obstáculo que estejam a impedir as pessoas de viverem com dignidade.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 112).

¹⁴⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, p. 555-556.

Por fim, o autor destaca que quando constatada a inadimplência de pessoas miseráveis ou do poder público, não se deve simplesmente consentir com a inadimplência, impondo a continuação do serviço sem a devida contraprestação, pois tal solução deixa em segundo plano os direitos da concessionária. Alexandre Santos de Aragão propõe que sejam buscadas soluções intermediárias, que ponderem os interesses em jogo, apontando como soluções possíveis a expedição de aviso prévio com maior prazo de antecedência da suspensão do serviço, a manutenção de um mínimo de serviço e o parcelamento da dívida.

Independentemente do motivo que determine a continuidade do serviço público apesar da inadimplência do usuário, o referido autor conclui que as despesas decorrentes da continuidade não devem ser arcadas pela concessionária, mas sim pelo poder concedente, mediante o reequilíbrio da equação econômico-financeira.

As considerações tecidas pelo autor a respeito da possibilidade de suspensão dos serviços públicos aos usuários inadimplentes sugerem a necessidade de ponderação de valores diante do caso concreto.

Na doutrina brasileira, outros doutrinadores também adotam o entendimento de que é diante do caso concreto que se pode avaliar a possibilidade (ou não) da suspensão do serviço público.

Elaine Cardoso de Matos Novais ressalta que é a investigação feita caso a caso que permitirá encontrar uma solução condizente com os princípios de igualdade, justiça e dignidade da pessoa humana.¹⁴⁶

Sustentando também a necessidade de investigar caso a caso a solução mais adequada, mediante a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, Ana Maria Goffi Flaquer Scartezzini afirma:

Esse direito de corte, inerente à prestação do serviço, como consequência do não cumprimento do dever do usuário de pagar a tarifa, deve ser exercido com a devida moderação, informado pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Insta cotejar valores e verificar qual deles deve preponderar: o direito do concessionário de ser remunerado pelo serviço prestado, a fim de evitar colapso do fornecimento com prejuízo

¹⁴⁶ NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. *Serviços públicos & relação de consumo: aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor*, p. 269.

de toda a comunidade, se esse inadimplemento ganhar proporção expressiva; ou os direitos à vida digna, à segurança, à saúde.

A solução há de ser obtida caso a caso, impossível a fixação de regras absolutas, ainda que alguns parâmetros possam ser estabelecidos como norteadores da solução adequada, tais como proibição do corte no fornecimento do serviço a desempregados e a entidades filantrópicas. Mas, mesmo em tais hipóteses, imprescindível se afigura a cabal comprovação dessas realidades, a fim de que não se comprometa a prestação do serviço em seu todo.¹⁴⁷

Por vezes, realmente, a decisão a respeito do cabimento ou não da interrupção do serviço público em face do inadimplemento do usuário só pode ser tomada diante do caso concreto, possibilitando a preservação de bens jurídicos fundamentais, como a vida.

Entretanto, assim como o interesse da coletividade pode ser definido previamente por leis setoriais e atos administrativos, também a ponderação de valores pode ser realizada previamente pelo legislador e pela Administração Pública ao regulamentar a prestação de serviços públicos.

Em verdade, a ponderação de valores é realizada no momento em que o Poder Legislativo e o Poder Executivo definem as políticas públicas¹⁴⁸ e os instrumentos para implementá-las, considerando os recursos financeiros disponíveis e elegendo os objetivos a serem concretizados.

¹⁴⁷ SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. *O Princípio da Continuidade do Serviço Público*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 113-114.

¹⁴⁸ Maria Paula Dallari Bucci define política pública como “programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.” (BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____. *Política públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39). Em importante ensaio a respeito de políticas públicas e a possibilidade de um juízo de constitucionalidade das mesmas, Fábio Konder Comparato ensina que “a primeira distinção a ser feita, no que diz respeito à política como programa de ação, é de ordem negativa. Ela não é uma norma nem um ato (...). Mas se a política deve ser claramente distinguida das normas e dos atos, é preciso reconhecer que ela acaba por englobá-los como seus componentes. É que a política aparece, antes de tudo, como uma *atividade*, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado.” (COMPARATO, Fábio Konder. Juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (Org.). *Direito administrativo e constitucional. Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997, v. 2, p. 352-353).

Nota-se que a legislação setorial, os contratos de concessão e atos normativos expedidos pela Administração Pública podem contemplar mecanismos que facilitam o acesso da população de baixa renda a determinado serviço público.

A legislação destinada a regulamentar um setor específico pode, por exemplo, estabelecer a fruição obrigatória de um determinado serviço público e sua prestação gratuita às pessoas de baixa renda, fixando subsídios internos ou externos que viabilizem a prestação do serviço por meio de concessionário ou permissionário de serviço público. Visando também atender às necessidades da população carente, a legislação setorial ou atos da Administração Pública podem prever tarifas reduzidas para tal categoria de usuários.

Infere-se, portanto, que são os atos legislativos e administrativos que definem, de acordo com a política pública adotada, regras específicas regulamentando a prestação de serviços públicos à população de baixa renda.

Sendo assim, quando as normas que regulamentam determinado setor condicionam a prestação do serviço público ao pagamento de tarifa, não havendo nenhuma regra especial disciplinando a prestação aos usuários de baixa renda, não se pode pretender impor a prestação gratuita por meio de decisões judiciais, impedindo a suspensão da prestação do serviço público diante do inadimplemento.

O Poder Judiciário não tem competência para interferir na definição de políticas públicas. Além disso, a imposição judicial de prestação de serviços públicos sem a devida contraprestação, quando a remuneração pelo serviço está prevista normativamente ou contratualmente, pode ocasionar prejuízos a atividades essenciais do Estado, que terão recursos deslocados para atender à determinação judicial.

Contudo, nota-se que excepcionalmente faz-se necessária a intervenção do Poder Judiciário, mediante provocação, para adequar as normas gerais, sejam elas legislativas ou administrativas, aos casos concretos.

Para exemplificar como a atuação do Poder Judiciário é imprescindível em casos excepcionais, adequando as regras gerais ao caso concreto e evitando na prática a ocorrência de danos irreparáveis a bens jurídicos primordiais, cita-se o seguinte julgado:

“ENERGIA ELÉTRICA. MANDADO DE SEGURANÇA. ADEQUAÇÃO. INTERRUPTÃO NO FORNECIMENTO. DÉBITO. UTILIZAÇÃO DE APARELHO RESPIRADOR POR PORTADOR TUBERCULOSE EM ESTADO TERMINAL. IMPOSSIBILIDADE

1. A Lei 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, prevê a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando inadimplente o usuário, considerando o interesse da coletividade. Precedentes do STJ.

2. A impetrante, portadora de tuberculose em estado terminal e pessoa de baixa renda, está inadimplente com as contas de energia elétrica de sua residência por necessitar de oxigenoterapia domiciliar, vital para sua sobrevivência.

3. Permitir o corte do fornecimento de energia elétrica à pessoa que necessita de uso contínuo de aparelho de oxigênio é conduta por demais gravosa e desarrazoada.

4. Segurança concedida.”¹⁴⁹

A decisão colacionada permite verificar como o Poder Judiciário, analisando uma situação concreta submetida à sua apreciação, pode (e deve) afastar a regra geral – que permite a interrupção da prestação do serviço público ao usuário inadimplente – para preservar a vida do usuário, bem que deve ser protegido pelo Estado acima dos demais interesses conflitantes em situações de inadimplência do usuário.

Vê-se, portanto, que as políticas públicas, embora sejam definidas pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo, podem sofrer a interferência do Poder Judiciário quando incapazes de garantir a sobrevivência do ser humano.

5. O direito de greve.

A greve é um instrumento de reivindicação utilizado para alcançar os mais variados objetivos. No caso em apreço importa a compreensão da greve da classe trabalhadora a qual pode ser definida como a paralisação coletiva da atividade laborativa com o intuito de alcançar uma finalidade comum, normalmente consistente em melhores condições salariais ou melhores condições de trabalho.¹⁵⁰

¹⁴⁹ TRF 4ª Região, Apelação em Mandado de Segurança 2006.72.08.003136-2/SC, Terceira Turma, Relatora Juíza Federal Vânia Hack de Almeida, j. 08/05/2007, DE 30/05/2007.

¹⁵⁰ Ressalta-se, inicialmente, que a definição de greve depende do tratamento jurídico a ela concedido, podendo ela ser considerada um direito, uma liberdade ou um delito. Tendo em vista o

Considerando que o direito de greve importa na paralisação do serviço, vê-se, desde logo, que o exercício deste direito pode colidir com o direito dos usuários à prestação contínua dos serviços públicos.

Antes de adentrar na análise desse problema, faz-se necessário sistematizar as normas existentes sobre o direito de greve e suas implicações na prestação dos serviços públicos. Destaca-se, inicialmente, a existência de duas situações distintas: a) a greve dos trabalhadores em geral, incluindo nesta categoria a greve dos empregados de concessionárias e permissionárias de serviços públicos e dos empregados públicos de empresas públicas e de sociedades de economia mista, e b) a greve dos servidores públicos civis.

A greve de servidores públicos militares é expressamente vedada pela Constituição Federal no artigo 142, §3º, inciso IV.

A greve dos trabalhadores em geral e a dos servidores públicos civis está prevista na Constituição Federal, a qual consagra o direito de greve de tais categorias no artigo 9º e no artigo 37, inciso VII, respectivamente.

ordenamento jurídico brasileiro, pode-se definir a greve como um direito, visto que a Constituição Federal admite o seu exercício e a inclui dentre os direitos sociais dos trabalhadores. Destacam-se a seguir algumas definições do direito de greve encontradas na doutrina brasileira que contribuem para a sua compreensão. Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior conceituam o direito de greve como “o direito dos trabalhadores de, mediante a paralisação do trabalho, defender interesse por eles próprios definidos como relevantes. Nesse sentido, o direito de greve consiste na proteção de interesses, de qualquer natureza, e na reivindicação de direitos por meio de uma ação coletiva, afinada a uma mesma finalidade dos trabalhadores envolvidos, que, para tanto, utilizam-se da paralisação do trabalho como mecanismo básico de pressão contra o patronato.” (ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 225). Para Sergio Pinto Martins, “a greve é considerada, em nossa legislação, como a suspensão coletiva, temporária pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços ao tomador.” (MARTINS, Sergio Pinto. *Greve do servidor público*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 28). Arion Sayão Romita, perquirindo a natureza jurídica da greve, faz a seguinte consideração: “ao instituto da greve não se pode atribuir, hoje, outro significado senão o que o conceito encontra na linguagem comum, adotada no ambiente social. Greve é apenas uma abstenção coletiva do trabalho deliberada por uma pluralidade de trabalhadores (do setor privado ou do público) para a obtenção de um fim comum. Essa noção essencial impede quaisquer limitações, quer quanto à extensão quer quanto aos efeitos do movimento, além de evitar deliberadamente excluir qualquer classe de prestadores de serviços. Atende-se, em suma, à realidade social: as greves eclodem, a despeito das restrições legais e doutrinárias, caindo no vazio as definições que pretendem estigmatizar certos tipos de ações reivindicatórias, pela tentativa de afastar da proteção dispensada à greve legítima aquela que se propõe um fim diverso da pura e simples formação ou revisão do convênio coletivo (posição ancilar perante a negociação coletiva).” (ROMITA, Arion Sayão. Apresentação. In: _____ (Coord.). *A greve no setor público e nos serviços essenciais*. Curitiba: Gênese, 1997, p. 8.).

O artigo 9º, da Constituição Federal, que contempla o direito de greve dos trabalhadores em geral, estabelece que “é assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender”.

Na Constituição brasileira consta, ainda, a preocupação em compatibilizar o direito de greve com outros direitos fundamentais. Esta preocupação está estampada no mesmo artigo que assegura o direito de greve, o qual impõe a necessidade de elaboração de lei que defina os serviços e as atividades essenciais e discipline o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade durante o período de greve.

Visando dar atendimento a esse dispositivo constitucional, foi expedida a já mencionada Lei n.º 7.783/89, a qual define os serviços ou as atividades essenciais e impõe aos sindicatos, empregadores e trabalhadores o dever de garantirem, durante o período de paralisação, a continuidade dos serviços imprescindíveis para atender às necessidades inadiáveis da comunidade (artigo 11, da Lei n.º 7.783/89).

Evitando discussões a respeito de quais seriam as necessidades inadiáveis da comunidade, a própria lei as define como “aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população” (artigo 11, parágrafo único).

Para que se possa compreender o âmbito de incidência da Lei n.º 7.783/89, é preciso observar que a referida lei elege tanto serviços públicos como privados como serviços essenciais. Entretanto, seu artigo 16, prevê expressamente que a greve dos servidores públicos deverá ser disciplinada por lei própria.¹⁵¹

Vê-se, portanto, que a Lei n.º 7.783/89 presta-se a regulamentar a greve no serviço público apenas nos casos em que tal atividade é desempenhada por concessionário ou permissionário de serviço público¹⁵² ou por empresas públicas ou sociedades de economia mista.¹⁵³

¹⁵¹ “Art. 16. Para fins previstos no art. 37, inciso VII, da Constituição, lei complementar definirá os termos e os limites em que o direito de greve poderá ser exercido.”

¹⁵² Corroborando esse entendimento, Maria Sylvia Zanella Di Pietro assevera que “o direito de greve em uma concessionária de serviços públicos está sujeito às normas da Lei n.º 7.783, de 28-6-89, desde que se trate de uma das atividades essenciais previstas no art. 10, com as consequências definidas nos arts. 722 e 723 da CLT. Na realidade, o desatendimento às normas que disciplinam o

Constatada a inaplicabilidade da Lei n.º 7.783/89 para regulamentar a greve dos servidores públicos civis, é preciso analisar quais as normas que embasam e regulamentam o exercício deste direito.

A Constituição Federal, quando de sua promulgação, dispunha no artigo 37, inciso VII, que o direito de greve dos servidores públicos poderia ser exercido nos termos e nos limites da lei complementar. A Emenda Constitucional n.º 19/98, modificando a redação do inciso VII, do artigo 37, da Constituição Federal, alterou a submissão do exercício do direito de greve dos servidores públicos a lei específica, o que comprova, mais uma vez, serem inaplicáveis as regras previstas na Lei n.º 7.783/89.

Ao interpretar a modificação introduzida pela Emenda Constitucional n.º 19/98, Cármen Lúcia Antunes Rocha constata que:

Essa norma, modificada pela Emenda Constitucional n. 19/98, passa ao legislador infraconstitucional o tratamento do tema por meio de lei ordinária específica. Significa que o legislador ordinário não poderá cuidar do direito de greve no serviço público em diploma que não tenha como único objeto esse tema ou que se possa considerar válido o exercício desse direito nos termos de lei vigente para a greve do setor privado, por exemplo. Quer dizer, não se tem a recepção da legislação sobre direito de greve de trabalhadores privados como uma regulamentação anterior aplicável ao setor público até que sobrevenha a lei mencionada no art. 37, inc. VI, porque ela não tem a especificidade ali requerida. Também não se pode aplicar por analogia, porque o constituinte reformador entendeu por bem definir que depende de uma especificidade legislativa, formal e material, a regulamentação do direito de greve do servidor público.¹⁵⁴

O fato é que, decorridos vários anos da expedição da Lei Maior e da Emenda Constitucional n.º 19/98 ainda não foi elaborada lei disciplinando a greve dos servidores públicos, tornando ainda mais polêmico o grau de eficácia da norma expressa no inciso VII, do artigo 37, da Constituição Federal.

direito de greve em uma concessionária de serviço público sujeita o infrator à punição, à dispensa por justa causa, à responsabilidade por danos causados ao Poder Público ou aos usuários, além da responsabilidade criminal, se for o caso.” (*Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, p. 97).

¹⁵³ Note-se que a incidência da Lei n.º 7.783/89 na regulamentação da greve de empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista é decorrência lógica do disposto no artigo 173, §1º, inciso II, o qual subordina os empregados destas empresas ao regime jurídico dos empregados das empresas privadas.

¹⁵⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 359-360.

Segundo alguns doutrinadores, a referida norma constitucional seria dotada de eficácia limitada e dependeria de norma infraconstitucional regulamentando o exercício do direito de greve para que o mesmo pudesse ser exercido. Neste sentido, José dos Santos Carvalho Filho sustenta que:

O direito de greve constitui, por sua própria natureza, uma exceção dentro do funcionalismo público, e isso porque, para os serviços públicos, administrativos ou não, incide o princípio da continuidade. Desse modo, esse direito não poderá ter a mesma amplitude do idêntico direito outorgado aos empregados da iniciativa privada. Parece-nos, pois, que é a lei ordinária específica que vai fixar o real conteúdo do direito, e, se ainda não tem conteúdo, o direito sequer existe, não podendo ser exercido, como naturalmente se extrai dessa hipótese.¹⁵⁵

Entretanto, adotar tal entendimento significa fulminar um direito constitucional expressamente reconhecido na Constituição.

Sendo assim, faz-se necessária uma interpretação constitucional que assegure efetividade ao direito de greve dos servidores públicos civis conciliando-o com os demais direitos previstos na Lei Maior.¹⁵⁶

Para tanto, mostram-se de grande valia os estudos elaborados por Luís Roberto Barroso, no qual o autor extrai consequências diretas advindas de normas de eficácia limitada, mais especificamente das normas de eficácia limitada do tipo programáticas. Vale a pena transcrever seus ensinamentos:

As normas programáticas conferem, por via reflexa, direitos subjetivos de caráter negativo, direta e imediatamente exigíveis, amparáveis em sede judicial. Sistematizando a doutrina acerca da matéria, que converge para o reconhecimento do teor da eficácia jurídica das normas programáticas, é

¹⁵⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 621.

¹⁵⁶ Dentre os trabalhos dedicados à efetivação do direito de greve dos servidores públicos destaca-se a dissertação elaborada por Fernando Muniz Santos, na qual o autor ressalta a importância de tal direito afirmando que “positivado enquanto princípio-garantia, o direito de greve dos servidores públicos civis é concretização histórica do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, encontrado na Constituição Federal, art. 1º, inc. III. Ou seja, possibilita ao servidor público civil reivindicar melhores condições de trabalho, ou mesmo de preservá-las, inclusive mediante uma reação fática contra a Administração Pública, assegurando-lhe um meio lícito (porque autorizado pelo ordenamento jurídico), de respeito ao homem (enquanto trabalhador) e, por via de consequência, de respeito à sua dignidade enquanto pessoa humana.” (SANTOS, Fernando Muniz. *O direito de greve dos servidores públicos civis no Brasil: contributo à concretização do art. 37, VII, da Constituição Federal de 1988*. Curitiba, 1997. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, p. 69.

possível elencar algumas hipóteses de sua efetividade, visto que as regras desta natureza:

- (1) revogam as leis anteriores com elas incompatíveis;
- (2) vinculam o legislador, de forma permanente, à sua realização;
- (3) condicionam a atuação da administração pública;
- (4) informam a interpretação e aplicação da lei pelo Poder Judiciário.¹⁵⁷

A verdade é que não há como aceitar a inoperância do legislador infraconstitucional proibindo o direito de greve dos servidores públicos até que haja a elaboração da lei específica regulamentando o referido direito. A propósito, ressalta Celso Antônio Bandeira de Mello:

tal direito existe desde a promulgação da Constituição. Deveras, mesmo à falta da lei, não se lhes pode subtrair um direito constitucionalmente previsto, sob pena de se admitir que o Legislativo ordinário tem o poder de, com sua inércia até o presente, paralisar a aplicação da Lei Maior, sendo, pois, mais forte do que ela. Entretanto, é claro que, para não decair da legitimidade da greve, os paredistas terão que organizar plantão para atender a determinadas situações: as de urgência ou que, de todo modo, não possam ser genérica e irrestritamente subtraídas à coletividade sem acarretar danos muito graves ou irreparáveis. De fato, a atual Constituição não é individualista e expressamente prestigiou os chamados *direitos coletivos e difusos*, (...).¹⁵⁸

Em estudo dedicado ao direito de greve dos servidores estatutários, Arion Sayão Romita afirma que o direito de greve dos servidores públicos não necessita de explicitações pormenorizadas para que possa ser exercido, tendo tal direito eficácia imediata. Para o autor, a lei infraconstitucional referida no artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal, é necessária apenas para impor limitações ao exercício do direito de greve, concluindo:

(...) o exercício do direito de greve não depende da explicitação de pormenores ou do fornecimento de parâmetros aptos a torná-lo efetivo. Faz-se greve, *tout court*. Afirmar que 'se a lei não vier, o direito inexistirá' corresponde a negar a própria Constituição. De que vale, então, a revogação da anterior vedação? As limitações ao exercício do direito de greve – estas, sim – dependem da promulgação da lei complementar. A regulamentação que limitar a eficácia e a aplicação do preceito constitucional será expedida por lei complementar, que definirá os limites opostos ao exercício do direito de greve. Enquanto esta lei não for promulgada, deve ser admitida a aplicação, por analogia, das disposições pertinentes da Lei nº 7.783, principalmente no que diz respeito à

¹⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 151.

¹⁵⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 272.

continuidade da prestação dos serviços essenciais destinados ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.¹⁵⁹

Embora não haja consenso doutrinário e nem jurisprudencial a respeito da eficácia da norma prevista no artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal, o fato é que greves de servidores públicos têm sido deflagradas pelo país, em diversos setores, comprometendo a continuidade ou eficiência de serviços públicos, prejudicando os usuários e até mesmo o atendimento de necessidades essenciais da população.¹⁶⁰

Sendo a greve dos servidores públicos uma realidade, tem competido ao Poder Judiciário, diante do caso concreto, disciplinar os problemas decorrentes dos movimentos paredistas.¹⁶¹

Dentre as diversas ações judiciais propostas versando sobre o direito de greve dos servidores públicos, merecem destaque os mandados de injunção impetrados perante o Supremo Tribunal Federal, visando à efetivação do direito previsto na Constituição Federal.

5.1 Os mandados de injunção destinados à efetivação do direito de greve dos servidores públicos civis.

¹⁵⁹ ROMITA, Arion Sayão. A greve dos servidores estatutários e em serviços essenciais no Brasil. In: _____ (Coord.). *A greve no setor público e nos serviços essenciais*. Curitiba: Gênese, 1997, p. 114. Note-se que o texto de Arion Sayão Romita foi escrito em 1997, ou seja, antes da Emenda Constitucional n.º 19/98, razão pela qual o autor refere-se à lei complementar ao invés de lei específica, conforme redação atual do inciso VII, do artigo 37, da Constituição Federal.

¹⁶⁰ Conforme observa Dinorá Adelaide Musetti Grotti, “na prática, as greves de servidores públicos foram se sucedendo em diferentes setores e instâncias do Estado, sob o estímulo de uma inércia dos congressistas, causando sérios prejuízos à economia, deixando a população sem a prestação de serviços públicos essenciais, como previdência social, assistência médica, educação e justiça, entre outros, e sem acarretarem quaisquer efeitos pecuniários ou funcionais para os grevistas, parecendo mesmo que, em algumas oportunidades, o Governo teve que se curvar à força e às exigências do movimento. Foram deflagradas greves de policiais, de fiscais, de advogados públicos e de outras categorias em relação às quais o movimento grevista pareceria esdrúxulo e incompatível com as relevantes funções de seus agentes.” (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *A greve no serviço público*. In: RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; BERARDI, Luciana Andréa Accorsi (Org.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a professora Maria Garcia*. São Paulo: IOB – Thomson, 2007).

¹⁶¹ A inexistência de lei específica disciplinando a greve de servidores públicos tem ocasionado incertezas e decisões judiciais variadas a respeito dos efeitos decorrentes da paralisação pela deflagração de greve. Em ações judiciais são enfrentadas questões relativas: à possibilidade (ou não) de desconto na remuneração pelos dias não trabalhados; à contagem (ou não) dos dias

O mandado de injunção é ação constitucional, prevista no artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Brasileira, utilizada no combate à omissão legislativa que impede o exercício de direito ou liberdade previstos constitucionalmente ou de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Extraí-se da definição legal que, por meio do mandado de injunção, o Poder Judiciário verifica, no caso concreto, se omissões do Poder Público estão atingindo direitos ou liberdades assegurados em sede constitucional.

Para que esta ação constitucional seja cabível, é preciso que haja norma constitucional, de eficácia limitada, prevendo um direito que não está sendo exercido em razão da falta de norma regulamentadora.

A controvérsia sobre a matéria instaura-se quando são questionados o objetivo do mandado de injunção e a natureza de sua decisão.

Sobre este tema, Luis Roberto Barroso pondera que a melhor interpretação seria considerar o mandado de injunção “um instrumento de tutela efetiva de direitos que, por não terem sido suficiente ou adequadamente regulamentados, careçam de um tratamento excepcional”¹⁶². Para o autor, o Judiciário, para garantir o exercício do direito ou liberdade constitucional inviabilizados por falta de norma regulamentadora, deveria criar uma norma para o caso concreto, cujos efeitos restringir-se-iam às partes envolvidas no processo.

Em conformidade com esse posicionamento está a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, ao dizer que o mandado de injunção “é a medida hábil para que o postulante obtenha, em um específico caso concreto (e estritamente para ele), mediante suprimento judicial, a disciplina necessária indispensável ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais ou das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, frustrados pela ausência de norma regulamentadora, cuja falta esteja a inviabilizar-lhes o exercício.”¹⁶³

parados como tempo de serviço; a necessidade de fixação de um percentual mínimo de servidores para se garantir o atendimento de necessidades essenciais da população etc.

¹⁶² BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*, p. 248.

¹⁶³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 919.

Compartilhando do entendimento esposado por Luís Roberto Barroso e Celso Antônio Bandeira de Mello, entende-se que o mandado de injunção consiste em instrumento hábil, enquanto necessário, a suprir uma omissão legislativa, estabelecendo normas disciplinando um caso concreto e viabilizando o exercício de um direito ou liberdade constitucional. Adotando-se tal posicionamento, tem-se que a decisão do mandado de injunção é de natureza constitutiva, uma vez que o Poder Judiciário, por meio do órgão competente para apreciar a ação constitucional, cria uma norma para tornar eficaz determinado direito ou liberdade constitucional.

Nota-se, entretanto, que em um primeiro momento o Supremo Tribunal Federal adotou entendimento diverso, considerando o mandado de injunção instrumento apto apenas para reconhecer a existência de uma omissão legislativa – que impediria o exercício de um direito ou liberdade constitucional. Neste caso, a decisão de procedência acarretaria apenas a expedição de comunicado ao órgão legislativo competente, determinando que fossem adotadas as providências necessárias para suprir a omissão, ou seja, foi conferida à decisão proferida no mandado de injunção eficácia meramente mandamental.¹⁶⁴

As discussões relativas ao objetivo do mandado de injunção e à natureza da decisão nele proferida se refletiram nos mandados de injunção propostos para efetivar o exercício do direito de greve de servidores públicos civis.

No julgamento de vários mandados de injunção ajuizados com o intuito de obter decisão judicial viabilizando o exercício do direito de greve dos servidores públicos civis, o Supremo Tribunal Federal limitou-se a reconhecer a mora do legislador infraconstitucional, determinando a expedição de comunicado ao

¹⁶⁴ O Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao decidir questão de ordem no Mandado de Injunção nº 107/DF, firmou o seguinte entendimento sobre o objeto do mandado de injunção: “Em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, §2º, da Carta Magna), e de que se determine, se se tratar de direito constitucional oponível contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional.” (STF, MI 107/DF, Tribunal Pleno, Ministro Moreira Alves).

Congresso Nacional.¹⁶⁵ A título de exemplificação, cita-se a ementa do seguinte julgado:

MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO - DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO CIVIL - EVOLUÇÃO DESSE DIREITO NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO - MODELOS NORMATIVOS NO DIREITO COMPARADO - PRERROGATIVA JURÍDICA ASSEGURADA PELA CONSTITUIÇÃO (ART. 37, VII) - IMPOSSIBILIDADE DE SEU EXERCÍCIO ANTES DA EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR - OMISSÃO LEGISLATIVA - HIPÓTESE DE SUA CONFIGURAÇÃO - RECONHECIMENTO DO ESTADO DE MORA DO CONGRESSO NACIONAL - IMPETRAÇÃO POR ENTIDADE DE CLASSE - ADMISSIBILIDADE - WRIT CONCEDIDO. DIREITO DE GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO: O preceito constitucional que reconheceu o direito de greve ao servidor público civil constitui norma de eficácia meramente limitada, desprovida, em consequência, de auto-aplicabilidade, razão pela qual, para atuar plenamente, depende da edição da lei complementar exigida pelo próprio texto da Constituição. A mera outorga constitucional do direito de greve ao servidor público civil não basta - ante a ausência de auto- aplicabilidade da norma constante do art. 37, VII, da Constituição - para justificar o seu imediato exercício. O exercício do direito público subjetivo de greve outorgado aos servidores civis só se revelará possível depois da edição da lei complementar reclamada pela Carta Política. A lei complementar referida - que vai definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público - constitui requisito de aplicabilidade e de operatividade da norma inscrita no art. 37, VII, do texto constitucional. Essa situação de lacuna técnica, precisamente por inviabilizar o exercício do direito de greve, justifica a utilização e o deferimento do mandado de injunção. A inércia estatal configura-se, objetivamente, quando o excessivo e irrazoável retardamento na efetivação da prestação legislativa - não obstante a ausência, na Constituição, de prazo pré-fixado para a edição da necessária norma regulamentadora - vem a comprometer e a nulificar a situação subjetiva de vantagem criada pelo texto constitucional em favor dos seus beneficiários. MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO: A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de admitir a utilização, pelos organismos sindicais e pelas entidades de classe, do mandado de injunção coletivo, com a finalidade de viabilizar, em favor dos membros ou associados dessas instituições, o exercício de direitos assegurados pela Constituição. Precedentes e doutrina.¹⁶⁶

Durante anos perdurou no Supremo Tribunal Federal o entendimento majoritário de que no mandado de injunção competia àquela Corte apenas analisar a ocorrência ou não de omissão legislativa que inviabilizasse o exercício de um direito ou liberdade constitucional e, caso reconhecida a mora na elaboração da legislação

¹⁶⁵ Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal: MI 438/GO, Tribunal Pleno, Relator Ministro Néri da Silveira, j. 11/11/2004 (DJ 16/06/19995); MI 485/MT, Tribunal Pleno, Relator Ministro Maurício Corrêa, j. 25/04/2002 (DJ 23/08/2002); MI 585/TO, Tribunal Pleno, Relator Ministro Ilmar Galvão, j. 15/05/2002 (DJ 02/08/2002).

¹⁶⁶ MI 20/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, j. 19/05/1994, DJ 22/11/1996.

pertinente, caberia a comunicação ao órgão legislativo competente para que tomasse as providências cabíveis para suprir a omissão.

Entretanto, faz-se necessário mencionar o entendimento diverso sustentado pelo Ministro Carlos Velloso, o qual em seus votos afirmava a competência do Supremo Tribunal Federal para estabelecer a norma para o caso concreto, viabilizando o exercício do direito.

Em mandado de injunção ajuizado em face da omissão legislativa na regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis, destaca-se o seguinte trecho do voto proferido pelo Ministro Carlos Velloso:

Assim, Sr. Presidente, passo a fazer aquilo que a Constituição determina que eu faça, como juiz: elaborar a norma para o caso concreto, a norma que viabilizará, na forma do disposto no art. 5º, LXXI, da Lei Maior, o exercício do direito de greve do servidor público.

A norma para o caso concreto será a lei de greve dos trabalhadores, a Lei 7.783, de 28.6.89. É dizer, determino que seja aplicada, no caso concreto, a lei que dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, que define as atividades essenciais e que regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Sei que na Lei 7.783 está disposto que ela não se aplicará aos servidores públicos. Todavia, como devo fixar a norma para o caso concreto, penso que devo e posso estender aos servidores públicos a norma já existente, que dispõe a respeito do direito de greve.¹⁶⁷

Recentemente, verifica-se uma tendência a se modificar o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal a respeito dos objetivos do mandado de injunção.

Em recente voto proferido pelo relator, Ministro Gilmar Mendes, no Mandado de Injunção 708-0/DF, impetrado pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa, o relator sustenta que deve ser aplicada provisoriamente a Lei n.º 7.783/89 para regular o exercício do direito de greve dos servidores públicos, enquanto não editada a lei específica.¹⁶⁸

¹⁶⁷ Trecho do voto proferido pelo Ministro Carlos Velloso no MI 20/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, j. 19/05/1994, DJ 22/11/1996.

¹⁶⁸ Destaca-se que o voto proferido pelo relator, Ministro Gilmar Mendes, ainda não foi publicado, visto que ainda não encerrado o julgamento do Mandado de Injunção n.º 708-0/DF. Informação disponível em: <http://www.stf.gov.br> (acesso em 15/09/2007).

A respeito do tema, destaca-se, também, o voto proferido pelo relator, Ministro Eros Grau, no Mandado de Injunção 712-8/PA¹⁶⁹, impetrado pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará (SINJEP).

Após reconhecer a mora legislativa na regulamentação do direito previsto no artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal, o Ministro Eros Grau sustentou a competência do Supremo Tribunal Federal para emitir norma para regulamentar o caso concreto, defendendo que tal conduta não fere a separação de poderes. Conforme afirmado em seu voto, é dever-poder do Supremo Tribunal Federal, caso concedida a injunção, “remover o obstáculo decorrente da omissão, definindo a norma adequada à regulação do caso concreto, norma enunciada como texto normativo, logo sujeito a interpretação pelo aplicador”.

Definindo a norma a ser aplicada para viabilizar o exercício do direito de greve dos servidores públicos, o Ministro Eros Grau considera inadequada a aplicação integral da Lei n.º 7.783/89, a qual destina-se a regulamentar a greve dos trabalhadores em geral. O relator destaca que “na relação estatutária do emprego público não se manifesta tensão entre trabalho e capital, tal como se realiza no campo da exploração da atividade econômica pelos particulares”. Observa, também, que “a relação do emprego público é instrumental, direta ou indiretamente, da provisão de serviços públicos, cuja continuidade há de ser assegurada em benefício do todo social”.

Partindo dessas considerações, o relator propõe em seu voto a aplicação de alguns artigos da Lei n.º 7.783/89, introduzindo algumas modificações necessárias para assegurar a continuidade da prestação do serviço público.¹⁷⁰

O posicionamento adotado pelo Ministro Eros Grau no Mandado de Injunção 712/PA é salutar, visto que, além de possibilitar a efetivação do direito constitucional de greve dos servidores públicos, busca estabelecer uma regulamentação ao

¹⁶⁹ O voto proferido pelo relator, Ministro Eros Grau, também não foi publicado porque ainda não encerrado o julgamento do Mandado de Injunção n.º 712-8/PA.

¹⁷⁰ Consta no site do Supremo Tribunal Federal que em 12 de abril de 2007, após o voto dos Ministros Eros Grau (relator), Gilmar Mendes, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence, Carlos Britto, Cármen Lúcia e Cezar Peluso, que conheciam e julgavam procedente o mandado de injunção para determinar a aplicação da Lei n.º 7.783/89, e do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, julgando-o procedente em parte, pediu vista dos autos o Ministro Joaquim Barbosa. Há no site, ainda, a notícia de que o Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará requereu a desistência do feito. Informação disponível em: <http://www.stf.gov.br> (acesso em 15/09/2007).

exercício deste direito compatível com o princípio da continuidade dos serviços públicos.

No desenvolvimento deste capítulo foram apontadas as hipóteses legais que autorizam a interrupção dos serviços públicos e a necessidade de interpretá-las observando as demais normas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro.

Ocorre que nem sempre a interrupção dos serviços públicos encontra respaldo legal, gerando o direito de demandar-se em juízo a continuidade do serviço público. No próximo capítulo analisam-se dois instrumentos processuais aptos a combater a indevida interrupção dos serviços públicos – o mandado de segurança individual e a ação civil pública.

CAPÍTULO VI - OS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS PARA EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Alguns serviços públicos previstos na Constituição Federal têm como objetivo efetivar direitos fundamentais de suma importância para assegurar a dignidade da pessoa humana (ex: direito à vida, à saúde e à educação). Inclusive, como visto anteriormente, a Constituição Federal inclui determinados serviços na categoria de serviços públicos justamente em razão de sua essencialidade.

Diante da necessidade de a população usufruir de tais serviços, efetivando direitos fundamentais da pessoa, mostra-se importante apontar os instrumentos processuais hábeis a garantir a prestação e a continuidade dos serviços públicos.

A Constituição brasileira atribui ao Estado o dever de prestar, diretamente ou por meio de concessionário ou permissionário, diversos serviços públicos. Entretanto, apesar das disposições impondo ao Estado tal dever, comumente este não presta os serviços públicos previstos constitucionalmente. Observam-se, também, inúmeras situações em que o serviço público é prestado de forma deficitária e casos em que há a interrupção indevida da prestação do serviço público.

Diante dessas situações, faz-se necessário recorrer ao Poder Judiciário, com o intuito de impor ao Estado o cumprimento de seus deveres.

Para Ana Cláudia Finger, o serviço público é um instrumento para concretização de direitos fundamentais. Defendendo tal entendimento e sustentando ainda a possibilidade de a prestação do serviço público ser exigida mediante ações judiciais, afirma:

(...) o serviço público exerce uma função instrumental em relação aos direitos fundamentais. Em verdade, revela-se um instrumento que possibilita a efetiva concretização dos direitos fundamentais e, em última medida, a concretização do valor máximo do sistema jurídico brasileiro: a dignidade da pessoa humana.

Diante do contido no artigo 175, inciso IV, da Constituição Federal, a doutrina administrativa tem se encaminhado no sentido de reconhecer o direito ao serviço adequado, como direito de exigir do Estado a realização de prestações positivas, para a satisfação de necessidades reputadas essenciais para o indivíduo ou para a coletividade.

Nesse sentido, evidenciado o serviço público como um direito do cidadão que se assenta no corresponsivo dever do Estado prestá-lo para a

satisfação de um direito fundamental, fica aquele investido de um poder jurídico de exigir prontamente a sua prestação, via Poder Judiciário, sempre que verificada a omissão estatal ou mesmo a sua ineficiência. A exigibilidade da conduta do Poder Público não está no enunciado da norma legal, mas sim no programa governamental por ela estabelecido, o que significa que é impositiva a busca dos meios idôneos a implementar os objetivos nela definidos. A ineficiência na realização desse mister sujeita o Poder Público à sindicabilidade de seus atos e omissões e à responsabilização de seus agentes.¹⁷¹

A Constituição brasileira consagra diversas garantias constitucionais, que nada mais são do que ações aptas a defender e a tornar eficazes direitos fundamentais. Dentre as garantias constitucionais encontram-se o mandado de segurança, o *habeas corpus*, o mandado de injunção, o *habeas data*, a ação popular e a ação civil pública.

É inegável a relevante função desempenhada pelas garantias constitucionais, também denominadas remédios constitucionais, tendo em vista que “os direitos fundamentais do homem, ao receberem positivação no Direito Constitucional, passam a desfrutar de uma posição de relevo, no que toca ao ordenamento jurídico interno. Mas a mera declaração ou reconhecimento de um direito não é suficiente, não bastando para sua plena eficácia, porque se torna necessário tutelar esse direito nas situações em que seja violado.”¹⁷²

A Constituição, ao reconhecer vários direitos fundamentais, precisa, em contrapartida, criar instrumentos capazes de protegê-los.¹⁷³

Em matéria de serviços públicos constata-se que o mandado de segurança individual e a ação civil pública têm sido instrumentos eficazes para provocar o Poder Judiciário com o intuito de obter decisões judiciais hábeis a impelir o Estado a

¹⁷¹ FINGER, Ana Cláudia. Serviço público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 232, p. 59-82, abr./jun. 2003, p. 80-81.

¹⁷² TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 789.

¹⁷³ Ao dissertar sobre o papel do Poder Judiciário no controle das políticas públicas de saúde, Maria Hermínia Moccia aponta os seguintes meios de acesso ao Judiciário que podem ser utilizados para proteger o direito à saúde: o mandado de segurança individual ou coletivo, o mandado de injunção, a ação civil pública, a medida cautelar inominada e a ação ordinária. (MOCCIA, Maria Hermínia Penteado Pacheco e Silva. *O direito à saúde e a responsabilidade do Estado*. São Paulo, 2005. 188p. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 157-158). Para preservar a continuidade na prestação dos serviços públicos o mandado de segurança individual ou coletivo, a ação civil pública, a medida cautelar inominada e a ação ordinária também são instrumentos processuais aptos. Dentre tais espécies de ações, estuda-se neste trabalho o mandado de segurança individual, o qual é comumente utilizado para combater interrupções ilegais na prestação de serviços públicos e a ação civil pública.

prestar os serviços públicos previstos constitucionalmente de forma adequada , como também aptas a combater interrupções ilegais na prestação do serviço.

1. Mandado de segurança individual.

O mandado de segurança é ação constitucional cabível para proteger direito líquido e certo, ameaçado ou lesado por ato ilegal ou cometido com abuso de poder por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. A Constituição Federal de 1988 estabelece ainda que tal ação só é cabível nas hipóteses em que o direito não seja amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*.

Buscando o significado da expressão legal "direito líquido e certo", Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que "considera-se 'líquido e certo' o direito, 'independentemente de sua complexidade', quando os fatos a que se deva aplicá-lo sejam demonstráveis 'de plano'; é dizer, quando independam de instrução probatória, (...)." ¹⁷⁴

A Constituição estabelece o cabimento do mandado de segurança na ocorrência de "ilegalidade ou abuso de poder", devendo a expressão ilegalidade ser entendida no seu sentido amplo. Conforme ensina Carlos Alberto Lúcio Bittencourt, "a ilegalidade a que se refere o texto constitucional há de ser entendida no seu mais amplo conceito, para que não seja frustrado o objetivo mesmo da garantia que a Constituição visou estabelecer." ¹⁷⁵

O mandado de segurança é instrumento apto para combater atos do poder público considerados ilegais, em sua maioria atos administrativos.

Aliás, em relação ao mandado de segurança, Hely Lopes Meirelles afirma que seu objeto normal "é o ato administrativo específico, mas por exceção presta-se a atacar as leis e decretos de efeitos concretos, as deliberações legislativas e as

¹⁷⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. p. 918.

¹⁷⁵ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed., Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 109.

decisões judiciais para as quais não haja recurso capaz de impedir a lesão ao direito subjetivo do impetrante.”¹⁷⁶

É preciso esclarecer ainda que, conforme já sumulado pelo Supremo Tribunal Federal (Súmula 266), não é cabível mandado de segurança contra lei em tese. Tal entendimento foi fixado com o intuito de impedir que esta ação fosse utilizada como instrumento do controle abstrato da constitucionalidade.

A esse respeito assevera Hely Lopes Meirelles que não se pode atacar a lei em tese por meio do mandado de segurança porque a lei, por si só, não lesa direito individual. Apenas quando a norma abstrata é convertida em ato concreto, atingindo direito individual, é que o titular do direito poderá impetrar mandado de segurança.¹⁷⁷

Em verdade, o impetrante ataca os efeitos concretos da lei que atingem seu direito. Não lhe interessa a declaração de inconstitucionalidade da norma, mas apenas afastar naquele caso concreto a sua aplicação, deixando intacto o seu direito.

É importante observar também que o mandado de segurança pode ter um caráter preventivo, quando impede lesão contra direitos subjetivos individuais, ou um caráter repressivo, quando corrige ilegalidades já cometidas.

Quanto à decisão proferida no mandado de segurança, destaca-se que esta surte efeitos apenas para aquele caso. Corroborando esse entendimento, Hely Lopes Meirelles observa que:

A Justiça Comum não dispõe do poder de fixar normas de conduta, nem lhe é permitido estender a casos futuros a decisão proferida no caso presente, ainda que ocorra a mesma razão de decidir em ambas as hipóteses. Embora se reitere a ilegalidade em casos idênticos, haverá sempre necessidade de uma decisão para cada caso, sem que os efeitos da sentença anterior se convertam em regra para as situações futuras. E assim é porque a sentença concessiva da segurança apenas invalida o ato impugnado, deixando intacta a norma tida por ilegal ou inconstitucional até que outra norma de categoria igual ou superior a revogue, ou o Senado

¹⁷⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, “Habeas Data”, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o Controle Incidental ou Concreto de Normas no Direito Brasileiro, a Representação Interventiva, a Reclamação Constitucional no STF*. 30. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 41.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 41.

Federal suspenda sua execução em face da inconstitucionalidade declarada pelo STF.¹⁷⁸

Compreendidas as hipóteses de cabimento do mandado de segurança individual, mostra-se evidente que tal ação é eficaz para impor ao Estado, ou a quem por sua delegação esteja prestando o serviço público, a continuidade na prestação quando a interrupção do serviço público decorrer de ato administrativo ilegal.

O usuário que tem suspensa a prestação de serviço público em razão de ato administrativo ilegal, pode impetrar mandado de segurança com o intuito de ver reconhecida a ilegalidade do ato. Afastado o ato ilegal, o usuário poderá voltar a usufruir do serviço público.

Para exemplificar, citam-se algumas hipóteses em que a medida ora em apreço é utilizada para combater interrupções ilegais de serviços públicos.

O mandado de segurança individual é cabível, por exemplo, quando o prestador de serviço público suspende a prestação alegando inadimplência do usuário, entretanto este tem prova pré-constituída de que efetuou corretamente o pagamento pelo serviço utilizado.

A ação constitucional em análise também é cabível nos casos em que o prestador de serviço interrompe a prestação de várias unidades consumidoras de titularidade de um usuário quando este está inadimplente com relação a apenas uma das unidades.

Apresentam-se adiante alguns julgados em que a parte prejudicada com a interrupção do serviço público impetrou mandado de segurança para afastar o ato ilegal que determinou a interrupção do serviço:

“ENERGIA ELÉTRICA. MANDADO DE SEGURANÇA. ADEQUAÇÃO. INTERRUPTÃO NO FORNECIMENTO. DÉBITO. DÉBITO DE TERCEIRO. IMPOSSIBILIDADE

1. Diante da constatação de irregularidade no aparelho medido, através de violação das instalações elétricas, consoante procedimento administrativo instaurado pela concessionária, razoável a interrupção do fornecimento de energia elétrica. Precedentes do STJ.

2. Não se pode recusar o fornecimento de energia em razão dos débitos existentes em nome de terceiro. Inteligência do art. 4º, §2º, da Resolução nº 456/2000 da ANEEL.

¹⁷⁸ Ibidem, p. 100.

3. Demonstrada nos Autos que a irregularidade apurada no medidor de energia elétrica foi feita anos antes da compra do imóvel pelo impetrante, motivo pelo qual o mesmo não pode ser responsabilizado pelo mesmo.”¹⁷⁹

“ADMINISTRATIVO. INTERRUÇÃO NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. IMPOSSIBILIDADE. FALTA DE AVISO PRÉVIO. INADIMPLÊNCIA.

É incontestável o direito do usuário ao fornecimento de energia elétrica, mesmo inadimplente, tendo em vista ausência de aviso prévio, com fulcro no art. 6º, §3º, II da Lei nº 8.987/95”¹⁸⁰

“DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. CORTE NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA EM RAZÃO DE DÉBITO REFERENTE À IRREGULARIDADE NO MEDIDOR DE CONSUMO. IMPOSSIBILIDADE. IRREGULARIDADE CONSTATADA ANTES DA AQUISIÇÃO DO IMÓVEL PELO IMPETRANTE.

É ilegal a interrupção no fornecimento de energia elétrica, quando a irregularidade não diz respeito ao impetrante, mas a anterior ocupante do imóvel, cabe à concessionária ajuizar a ação própria a ser exercitada contra o efetivo responsável pelo débito, quem deu causa à irregularidade.”¹⁸¹

Os exemplos citados demonstram que as interrupções na prestação dos serviços públicos causadas por atos ilegais da Administração Pública ou de concessionário ou permissionário de serviço público podem ser impugnadas judicialmente por meio de mandado de segurança.

2. Ação civil pública.

Disciplinada pela Lei n.º 7.347/85 e recepcionada pela Constituição Federal de 1988, a ação civil pública é o instrumento processual adequado para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Além de ser instrumento de proteção de interesses difusos e coletivos, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a ação civil pública passou a tutelar também interesses individuais homogêneos.

¹⁷⁹ TRF 4ª Região, Apelação em Mandado de Segurança 2006.71.00.027502-0/RS, Terceira Turma, Relatora Juíza Federal Vânia Hack de Almeida, j. 11/07/2007, DE 11/07/2007.

¹⁸⁰ TRF 4ª Região, Apelação em Mandado de Segurança 2004.71.00.009909-9/RS, Primeira Turma Suplementar, Relator Juiz Federal Edgard Antônio Lippmann Júnior, j. 27/09/2005, DJU 26/10/2005.

¹⁸¹ TRF 4ª Região, Apelação em Mandado de Segurança 2004.71.00.029947-7/RS, Primeira Turma Suplementar, Relator Juiz Federal Joel Ilan Paciornik, j. 27/09/2005, DJU 09/11/2005.

Embora a ação civil pública não esteja consagrada no artigo 5º da Constituição Federal, que estipula os direitos e garantias individuais, é sem dúvida “uma das garantias instrumentais dos direitos constitucionalmente assegurados.”¹⁸²

Para que se tenha dimensão da importância da ação civil pública, é preciso compreender o que são interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Os interesses difusos caracterizam-se por serem indivisíveis, terem como titulares pessoas indeterminadas, que não estão ligadas por um vínculo jurídico, mas sim por uma situação fática.

Por sua vez, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, os interesses coletivos, apesar de também serem indivisíveis, têm como titular um grupo de pessoas determinadas ou determináveis, que estão ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

No que diz respeito aos interesses individuais homogêneos, percebe-se que se diferenciam dos interesses acima referidos porque têm seu objeto divisível, sendo possível calcular a extensão dos danos causados a cada um dos interessados. Outra característica de tais interesses é que os danos que lhe são causados decorrem de uma mesma situação fática.

A Lei n.º 7.347/85 prevê que possuem legitimidade ativa para promover ação civil pública o Ministério Público, a União, os Estados e Municípios, as autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista, assim como as associações, desde que estas tenham incluído entre as suas finalidades a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

No que tange ao combate às interrupções ilegais de serviços públicos, mostra-se de grande relevância a atuação do Ministério Público por meio do ajuizamento de ações civis públicas.¹⁸³

¹⁸² BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, p. 426.

¹⁸³ Cesar A. Guimarães Pereira destaca a importância da atuação do Ministério Público na defesa dos interesses dos usuários de serviços públicos, afirmando que as ações coletivas são mecanismos fundamentais para proteção dos interesses do usuário. (PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*, p. 239.).

Analisando as disposições da Lei n.º 7.347/85 e do Código de Defesa do Consumidor, constata-se que o Ministério Público tem competência, por exemplo, para ajuizar a medida judicial ora em apreço para combater movimentos grevistas ilegais, que ponham em risco a saúde, a segurança ou a sobrevivência da população.

Nota-se que o Ministério Público tem competência, também, para mediante o ajuizamento da ação referida requerer medida judicial impondo a continuidade de um percentual mínimo do serviço, impedindo grandes prejuízos aos usuários que dependem dos serviços prestados pelos grevistas.¹⁸⁴

É preciso destacar que o Ministério Público vem desempenhando na atualidade papel relevante na efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, seja atuando na esfera judicial ou extrajudicial.

Muitas outras ações podem ser propostas para combater interrupções ilegais dos serviços públicos ou para impor ao Estado o cumprimento de seu dever de garantir a prestação contínua dos serviços públicos.

As duas medidas ora apresentadas foram utilizadas apenas para demonstrar que o ordenamento jurídico contém instrumentos processuais hábeis a garantir a efetivação dos direitos nele consagrados, dentre eles o da continuidade dos serviços públicos.

¹⁸⁴ Neste sentido confira-se o seguinte julgado: TRF 4ª Região, Agravo de Instrumento 2007.04.00.011767-0/RS, Quarta Turma, Relatora Juíza Federal Marga Inge Barth Tessler, j. 25/04/2007, DE 30/04/2007.

CONCLUSÃO

No desenvolvimento deste trabalho foram obtidas conclusões parciais a respeito de temas relacionados ao princípio da continuidade do serviço público, sendo necessário agrupá-las para que seja possível melhor compreender a importância de tal princípio e a sua influência na regulamentação da prestação dos serviços públicos.

Conforme visto no primeiro capítulo deste trabalho, a função administrativa compreende atividades bastante heterogêneas, as quais têm em comum a sua subordinação à lei, isto é, as atividades administrativas devem ser desempenhadas em conformidade com a lei e segundo os parâmetros nela definidos.

Observa-se, também, que não basta a submissão da Administração aos preceitos legais para restar garantido o atendimento do interesse público e evitados os abusos de poder. Isto porque a legalidade estrita não impede que a Administração encontre formas de perseguir interesses diversos da finalidade legal, mesmo atuando sob os preceitos da lei.

Dessa forma, surge a necessidade de alargar a compreensão do princípio da legalidade, afirmando o dever da Administração Pública de atuar não apenas conforme os ditames das regras jurídicas, mas também de acordo com os princípios contidos explícita ou implicitamente no ordenamento jurídico.

O serviço público, como toda atividade administrativa, está subordinado ao princípio da legalidade, isto é, deve ser desempenhado de acordo com as normas que regulamentam a sua prestação. Além disso, por estar incluído entre as funções do Estado, tem este o dever de desempenhá-lo ou de ao menos garantir a sua prestação por meio de concessionários ou permissionários de serviços públicos, quando a Constituição assim permita.

A tarefa de conceituar serviço público é bastante árdua, visto que impossível enumerar as atividades que podem ser assim qualificadas, já que o seu rol varia de acordo com o tempo e com o espaço. A segunda dificuldade reside em identificar um critério que permita reconhecer um serviço público.

Para delimitar o campo de incidência deste trabalho, ou seja, delimitar quais serviços subordinam-se ao princípio da continuidade, foi considerado serviço público toda atividade administrativa material, voltada à satisfação de necessidades ou comodidades dos administrados, cuja titularidade é do Estado, o qual pode prestá-lo diretamente ou por meio de concessionário ou permissionário de serviço público, devendo tal atividade ser desempenhada sob um regime jurídico de direito público.

Restou ainda consignado que existem atividades que não são de titularidade exclusiva do Estado, como, por exemplo, atividades voltadas à proteção da saúde e à educação, as quais só são consideradas como serviços públicos quando titularizadas pelo Estado e prestadas sob o regime de direito público.

Delimitado o conceito de serviço público, foram perquiridos os princípios que compõem o seu regime jurídico. Analisando-se a doutrina nacional, percebeu-se que o princípio da continuidade é constantemente referido pelos autores como integrante deste regime. Constatou-se, também, mediante uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, que o mesmo está consagrado expressamente na legislação nacional.

A Constituição Brasileira de 1988 (art. 175, parágrafo único, inciso IV) determina que a lei, ao dispor sobre a prestação dos serviços públicos, imponha a seus prestadores a “obrigação” de manter serviço adequado, mas deixou ao legislador ordinário a tarefa de definir os parâmetros do que se deva considerar como tal.

A Lei n.º 8.987/95, em seu art. 6º, §1º, faz um detalhamento do que deve ser entendido por serviço adequado, definindo-o como o “que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”. Se os serviços públicos concedidos ou permitidos devem satisfazer tais exigências, que nada mais são do que princípios norteadores dos serviços públicos, tais exigências também devem ser atendidas na prestação de serviços efetuada diretamente pelo Poder Público.

Pode-se afirmar, portanto, que um serviço público, independentemente de quem seja seu prestador, para que seja considerado adequado, deve ter determinadas características, dentre elas a da continuidade.

O princípio da continuidade impõe ao Estado ou a quem lhe faça as vezes o dever de prestar ao usuário o serviço público toda vez que este for necessário. O dever de continuidade da prestação do serviço não significa, necessariamente, que o serviço público deve ser prestado permanentemente. A frequência com que deve ser prestado dependerá da natureza do serviço público, bem como da necessidade que ele satisfaz.

Alguns serviços públicos para serem prestados de forma adequada devem estar à disposição do usuário permanentemente, incessantemente, como é o caso dos serviços hospitalares. Outros, por sua vez, podem estar à disposição do usuário apenas determinadas horas do dia ou em alguns dias da semana, sem que isto comprometa a qualidade do serviço e a satisfação da necessidade do usuário, como é o caso dos serviços postais.

A efetivação do princípio da continuidade dos serviços públicos é garantida por meio de normas relativas aos contratos administrativos, aos bens utilizados na prestação de serviços públicos e ao exercício da função pública. Dentre os mecanismos que contribuem para a concretização do princípio em comento, foram destacados o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, a reversão de bens do concessionário para o poder concedente ao término do contrato de concessão e a impossibilidade, em regra, de alegar exceção de contrato não cumprido contra a Administração Pública.

Assim como existem normas no ordenamento jurídico que asseguram a continuidade na prestação dos serviços públicos, há outras que determinam ou autorizam a sua interrupção. Estas visam compatibilizar o princípio da continuidade dos serviços públicos com outros princípios que compõem o regime jurídico deste instituto ou com outros valores contemplados no ordenamento jurídico.

Em verdade, as situações previstas em lei ou decorrentes de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico que autorizam a interrupção dos serviços públicos tornam nítido que a continuidade é um princípio e não uma regra, já que os princípios, conforme ensinamentos de Dworkin e Alexy, são normas que diante de situações concretas podem deixar de ser aplicadas, sem com isso tornar-se inválidas. Compete ao aplicador do direito, diante do caso concreto, buscar

compatibilizar os princípios e, sendo necessário, dar prevalência a um em detrimento de outro.

A Lei n.º 8.987/95 prevê, em seu art. 6º, §3º, as seguintes hipóteses permitindo a interrupção do serviço: em situação de emergência; quando houver razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; ou ainda na hipótese de inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade. Além dessas hipóteses, ressaltou-se que o exercício do direito de greve também pode acarretar a interrupção da prestação do serviço público.

Além da Lei Geral de Concessões, as legislações setoriais, destinadas à regulamentação de serviços públicos específicos, contêm normas disciplinando a interrupção do serviço, como é o caso das leis voltadas aos serviços públicos de energia elétrica, telecomunicações e saneamento básico.

As hipóteses legais que autorizam a interrupção do serviço público diante de uma situação de emergência ou por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações não geram polêmica, sendo bem aceita a interrupção temporária dos serviços para assegurar a segurança e a eficiência do serviço prestado. Enquadram-se nestas hipóteses as interrupções feitas para permitir o conserto, a manutenção ou a renovação dos equipamentos utilizados, buscando sempre disponibilizar ao usuário um serviço eficiente. A interrupção do serviço também será necessária quando a sua continuidade colocar em risco bens ou pessoas.

A polêmica se instaura quando questionada a possibilidade de interrupção dos serviços públicos em razão da inadimplência dos usuários, a qual encontra respaldo legal no artigo 6º, §3º, inciso II, da Lei n.º 8.987/95.

Vários serviços públicos são prestados mediante uma contraprestação direta, ou seja, o Estado ou o delegatário de serviço público o presta e, em contrapartida, é remunerado pelo serviço mediante a cobrança de taxa ou tarifa.

Portanto, o usuário tem o direito de exigir a continuidade dos serviços públicos desde que cumpra a sua obrigação de pagar pela prestação do serviço. Compreendida tal relação condicional, admitir a interrupção do serviço para os usuários que não cumprem com a sua obrigação é consequência lógica, não havendo em tal situação violação ao princípio da continuidade dos serviços públicos.

Partindo das considerações realizadas no desenvolvimento do trabalho, entende-se que vigora como regra geral a possibilidade de interrupção do serviço público em razão da inadimplência do usuário, não tendo o prestador de serviço público o dever de mantê-lo sem receber a contraprestação correspondente.

A regra geral, contudo, comporta exceções e limitações, pois haverá hipóteses que, mesmo diante da inadimplência do usuário de serviço público, o prestador deverá manter a continuidade da prestação ou, ao menos, prestar uma quantidade mínima do serviço. Tal conclusão resulta da própria norma legal que autoriza a interrupção da prestação do serviço público ao usuário inadimplente, a qual impõe a observância do interesse da coletividade.

Individualmente cada usuário tem interesse em não efetuar o pagamento da tarifa e continuar usufruindo o serviço, pois desta forma obtém um benefício imediato. Entretanto, como membro da coletividade, interessa-lhe que todos efetuem a contraprestação pelo serviço prestado, pois a inadimplência em massa ocasionaria a inviabilidade de manter-se o serviço.

Para que o Estado ou o delegatário de serviço público possa receber a devida contraprestação pelo serviço executado, faz-se necessário admitir a interrupção do serviço ao usuário inadimplente, visto que tal medida, infelizmente, mostra-se a mais eficiente para fazer o usuário cumprir com as obrigações assumidas. Se tal medida não fosse admitida, certamente a taxa de inadimplência seria elevadíssima, podendo comprometer a eficiência do serviço e até mesmo impedir a sua continuidade em favor daqueles que efetuam corretamente o pagamento. Nesses casos, constata-se que é interesse da coletividade a suspensão do serviço para os inadimplentes, evitando assim que todos sejam prejudicados por aqueles.

Entretanto, há situações em que o interesse da coletividade impõe a continuidade da prestação do serviço público mesmo para os usuários inadimplentes. Tal circunstância ocorre, por exemplo, quando o serviço é prestado em benefício não apenas do usuário, mas de toda a coletividade, considerando-se obrigatória a sua fruição, ou, quando a interrupção do serviço público puder causar danos à saúde ou puser em risco a sobrevivência ou a segurança daqueles que necessitam dos serviços prestados pelo inadimplente.

O tema referente à interrupção do serviço público em razão da inadimplência do usuário abrange ainda a discussão a respeito da possibilidade de interrupção dos serviços públicos a pessoas de baixa renda, que comprovadamente não possuem condições de arcar com o pagamento da tarifa.

Enfrentando essa questão, verificou-se que compete ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, na definição e implementação das políticas públicas, considerando os recursos financeiros disponíveis, proporcionar o acesso da população de baixa renda aos serviços públicos, especialmente àqueles essenciais para a sobrevivência do ser humano.

Dessa forma, verificando-se que as normas que regulamentam determinado setor condicionam a prestação do serviço público ao pagamento de tarifa, não havendo nenhuma regra especial disciplinando a prestação aos usuários de baixa renda, não se pode pretender impor a prestação gratuita por meio de decisões judiciais, impedindo a suspensão da prestação do serviço público diante do inadimplemento. Isto porque o Poder Judiciário não tem competência para interferir na definição de políticas públicas.

Contudo, excepcionalmente, faz-se necessária a intervenção do Poder Judiciário, mediante provocação, para adequar as normas gerais, sejam elas legislativas ou administrativas, aos casos concretos. Embora as políticas públicas sejam definidas pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo, podem elas sofrer a interferência do Poder Judiciário quando incapazes de garantir a sobrevivência do ser humano.

Para encerrar o capítulo referente às hipóteses legais que admitem a interrupção dos serviços públicos foi analisado o instituto da greve, focando-se principalmente nas normas que regulamentam este direito e a sua repercussão na prestação dos serviços públicos.

Com o intuito de sistematizar o estudo deste direito social, foram expostas as normas que disciplinam a greve dos trabalhadores em geral e, posteriormente, a norma constitucional que prevê o direito de greve dos servidores públicos civis, destacando-se que desde a promulgação da Constituição Federal aguarda-se a

edição de norma infraconstitucional regulamentando o exercício de greve desta categoria.

Quanto aos reflexos dos movimentos grevistas nos serviços públicos, constatou-se que as greves de trabalhadores em geral podem ocasionar a interrupção de serviços públicos, competindo aos grevistas garantir apenas a continuidade dos serviços imprescindíveis para atender às necessidades inadiáveis da comunidade, ou seja, as que se não atendidas colocam em perigo a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população (artigo 11, da Lei n.º 7.783/89).

Por sua vez, a greve dos servidores públicos civis também acarreta a interrupção de serviços públicos e, em razão da falta de norma específica disciplinando o exercício deste direito, greves de servidores públicos têm sido deflagradas pelo país, em diversos setores, comprometendo a continuidade dos serviços públicos, prejudicando os usuários e até mesmo o atendimento de necessidades essenciais da população.

Diante desse contexto, tem competido ao Poder Judiciário, perante situações concretas, disciplinar os problemas decorrentes dos movimentos peditas, definindo a legalidade ou ilegalidade dos movimentos, a responsabilidade por danos causados em razão das paralisações, a possibilidade ou não de desconto dos dias não trabalhados etc.

Com relação a atuação do Poder Judiciário em matéria de greve dos servidores públicos ressaltou-se, ainda, os recentes votos proferidos por ministros do Supremo Tribunal Federal em mandados de injunção impetrados para assegurar o exercício deste direito constitucional, dos quais se depreende que há uma forte tendência da referida Corte para reconhecer a mora legislativa, expedindo regulamentação para disciplinar a greve em um caso concreto.

Após analisadas as diversas hipóteses legais que autorizam a interrupção dos serviços públicos, foram apresentados dois instrumentos processuais – o mandado de segurança e a ação civil pública – hábeis a combater a interrupção ilegal dos serviços públicos e a impor ao Estado ou a quem lhe faça as vezes o dever de prestar serviço de forma continuada.

Constata-se, portanto, que o ordenamento jurídico além de consagrar o princípio da continuidade dos serviços públicos, contempla instrumentos processuais capazes de efetivar este princípio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALESSI, Renato. *Istituciones de Derecho Administrativo*. Tradução de Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970.

_____. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*. Milano: Giuffrè, 1953.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de Serviço Público*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BAGATIN, Andreia Cristina. O princípio da continuidade dos serviços públicos: um exame do art. 17 da Lei da ANEEL. In: COSTALDELLO, Ângela Cássia (Coord.). *Serviço Público: Direitos Fundamentais, Formas Organizacionais e Cidadania*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 27-44.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Discrecionalidade e Controle Jurisdicional*. 2. ed., 8. tiragem, São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

_____. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*. 2. ed. São Paulo: RT, 1983.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Aspecto jurídico-administrativo da concessão de serviço público. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Seleção História, 1991, p. 221-234.

_____. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BÉNOÎT, Francis-Paul. *Le droit administratif français*. Paris: Dalloz, 1968.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. *Controle das concessões de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-49.

CÂMARA, Jacintho Silveira Dias de Arruda. *O regime tarifário nas concessões de serviços públicos*. São Paulo, 2004. 300p. Tese (Doutorado em Direito Administrativo) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (Org.). *Direito administrativo e constitucional. Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997, vol. 2, p. 343-359.

_____. *O Poder de controle na sociedade anônima*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, v. 2.

CUÉLLAR, Leila. Serviço de Abastecimento de Água e a Suspensão do Fornecimento. In: _____. MOREIRA, Egon Bockmann. *Estudos de Direito Econômico*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 331-369.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

_____. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5. ed. 2. reimpressão, São Paulo : Atlas, 2006.

DUGUIT, Léon. *Les transformations du droit public*. Paris: Librairie Armand Colin, 1913.

DUPUIS, Georges; GUÉDON, Marie-José; CHRÉTIEN, Patrice. *Droit Administratif*. 5. ed. Paris: Armand Colin, 1996.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. 8. impressão, London: Duckworth, 1996.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FINGER, Ana Cláudia. Serviço Público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 232, p. 59-82, abr./jun. 2003.

FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 11. ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2002, vol. I.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 8. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2003, vol. I.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. Suspensão do fornecimento de energia elétrica: constitucionalidade, código do consumidor, princípios e os postulados normativos aplicativos da razoabilidade e da proporcionalidade. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 36, 2001, p. 137-168.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A greve no serviço público. In: RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; BERARDI, Luciana Andréa Accorsi. *Estudos de direito constitucional*

em homenagem a professora Maria Garcia. São Paulo: IOB – Thomson, 2007, p. 39-64.

_____. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1. ed. 2. tiragem, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 39-71.

GUGLIELMI, Gilles J.. *Introduction au droit des services publics*. Paris: L.G.D.J., 1994.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo: Interpretação de Dispositivos da Lei 8.666/1993*. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUIMARÃES, Leticia. A Suspensão da Prestação de Serviços Públicos Frente ao Inadimplemento do Usuário. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, n. 5, p. 227-238, jan./mar. 2004.

JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1949, vol. II.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Traité de Droit Administratif*. 12. ed. Paris: Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1992, vol. I.

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

MARTINS, Sergio Pinto. *Greve do Servidor Público*. São Paulo: Atlas, 2001.

MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Tradução de Horacio H. Heredia e Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1949.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. São Paulo: RT, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Habeas Data", Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o Controle Incidente ou Concreto de Normas no Direito Brasileiro, a Representação Interventiva, a Reclamação Constitucional no STF*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOCCIA, Maria Hermínia Penteado Pacheco e Silva. *O direito à saúde e a responsabilidade do Estado*. São Paulo, 2005. 188p. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de “serviço público”, “serviços de relevância pública” e “serviços de exploração econômica” para as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 433-486.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Tradução de Gabriela de Andrada Dias Barbosa. São Paulo: Edições e Publicações Brasil Editora S.A., 1960, vol. I.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo : Dialética, 1999.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MUKAI, Toshio. O Princípio da Continuidade do Serviço Público. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 204, p. 103-109, abr./jun. 1996.

NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. *Serviços públicos & relação de consumo: aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor*. Curitiba: Juruá, 2006.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2006.

PORTO NETO, Benedicto. *Concessão de Serviço Público no Regime da Lei n. 8.987/95: Conceitos e Princípios*. São Paulo: Malheiros, 1998.

RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Tradução de Doutor Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

_____. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROMANO, Santi. *Fragmentos de un Diccionario Jurídico*. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.

ROMITA, Arion Sayão. A greve dos servidores estatutários e em serviços essenciais no Brasil. In: _____ (Coord.). *A greve no setor público e nos serviços essenciais*. Curitiba: Gênese, 1997, p. 110-126.

SANTOS, Fernando Muniz. *O direito de greve dos servidores públicos civis no Brasil: contributo à concretização do art. 37, VII, da Constituição Federal de 1988*. Curitiba, 1997. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. *O Princípio da Continuidade do Serviço Público*. São Paulo: Malheiros, 2006.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A Participação Popular na Administração Pública: o Direito de Reclamação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público “à brasileira”? *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 230, p. 45-74, out./dez. 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

STASSINOPOULOS, Michel. *Traité des Actes Administratifs*. Athènes: Librairie Sirey, 1954.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Introdução às agências reguladoras. In: _____ (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1. ed. 2. tiragem, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 17-38.

TÁCITO, Caio. Consumidor – Falta de Pagamento – Corte de Energia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 219, p. 398-399, jan./mar. 2000.

TALAMINI, Daniele Coutinho. *Revogação do Ato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

VALETTE, Jean-Paul. *Le service public à la française*. Paris: Ellipses Edition, 2000.