

A NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO NO PANORAMA DO ESTADO BRASILEIRO¹

Fabianne Gusso Mazzaroppi²

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 solidificou o entendimento de que o Brasil é um Estado de Bem-Estar Social cabendo à Administração Pública a titularidade dos serviços públicos. Em seu art. 175, a CF/88 determina que o serviço público deve ser prestado de forma adequada. Conforme o art. 6º da Lei n.º 8.987/95, será adequado o serviço que atender aos princípios da regularidade, da continuidade, da eficiência, da segurança, da atualidade, da generalidade, da cortesia e da modicidade das tarifas. O artigo tem como principais referências teóricas BACELLAR FILHO, SCHIER, BANDEIRA DE MELLO, GROTTI, ARAGÃO, JUSTEN FILHO, MOTTA, ROCHA.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Federal de 1988; Estado de Bem-Estar Social; serviço público; Reforma do Estado; princípios serviço público adequado.

INTRODUÇÃO

A caracterização de um serviço como público, a partir da doutrina administrativista, é identificada mediante a conjugação de três elementos primordiais que formam a noção de serviço público. Denota-se que o serviço público precisa necessariamente conter o elemento subjetivo (vínculo orgânico) que é o vínculo da atividade com a Administração Pública, ou seja, a titularidade estatal do serviço ainda que a sua prestação ocorra através de delegação a particulares. Também o elemento material, que se reveste da essencialidade da promoção do serviço público como um instrumento de concretização dos direitos fundamentais. E o elemento

¹ Artigo recebido em 27 de novembro e aceito em 14 de dezembro de 2013.

² Acadêmica de Direito da Escola de Direito e Relações Internacionais das Faculdades Integradas do Brasil- UniBrasil. Orientador: Prof. Ms. Carlos Eduardo Dipp Schoembakla.

formal, que consiste na submissão da atividade ao regime jurídico público, embasado nas prerrogativas e sujeições próprias da Administração Pública.

No entanto, a partir da chamada Reforma Administrativa ocorrida no Brasil em meados da década de 90, passou-se a admitir uma nova noção de serviço público fundamentado nos ideais gerencialistas e neoliberais. O que se pretendia era, mediante alterações no texto constitucional, diminuir a “máquina estatal” reduzindo os custos e repassando para a iniciativa privada sob delegação o dever de prestação dos serviços públicos, cabendo ao Estado a regulação dos serviços e atuação de forma subsidiária. Porém, o fato de o constituinte originário eleger o modelo de Estado de Bem-Estar Social para o país não permite que os direitos fundamentais que são garantidos através dos serviços públicos seja abalado com a despublicização da sua prestação, portanto, defende-se que o neoliberalismo não pode ser aceito e instalado no Brasil.

Dessa forma, mantendo-se os três elementos da noção de serviço público, importa dimensionar que, de acordo com o art. 6º da Lei n.º 8.987/95, os princípios intituladores da prestação do serviço como adequado são: regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade das tarifas. Porém, adota-se o posicionamento de que os princípios da universalidade, continuidade e modicidade das tarifas formam o núcleo essencial da atividade e asseguram que o direito fundamental instrumentalizado pela prestação do serviço seja garantido.

1 SERVIÇO PÚBLICO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O direito define seus contornos através do tempo. As transformações jurídicas surgem a partir das relações sociais que precisam ser reguladas, já que a vida em sociedade requer uma ordenação imperativa, imposta pelo Estado, advinda do cotidiano social.

O nascimento legal, para Paolo GROSSI, pode ser assim interpretado:

Em suma, o direito não é escrito numa paisagem física que aguarda ainda o inserir-se humano, mas é escrito na história, na grande ou pequena, que, dos primórdios até hoje, os homens constantemente teceram com sua inteligência e seus sentimentos, com seus idealismos e seus interesses, com seus amores e seus ódios. É no interior dessa história construída pelos homens que se coloca o direito, ali e somente ali.³

³ GROSSI, Paolo. **Primeira Lição Sobre Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 8.

Nessa perspectiva, o serviço público surgiu ainda na Antiguidade,⁴ e desde então vem se transformando junto com o modelo de Estado adotado em determinada sociedade.⁵ Mesmo ciente da importância de uma abordagem histórica do tema, o presente trabalho irá focar-se no desenvolvimento do instituto a partir de uma perspectiva nacional, com o tratamento dado pela Constituição Federal de 1988.

A Lei Fundamental de 1988 pode ser considerada o marco histórico na concepção atual de serviço público. Isso porque, com a promulgação da Carta, alterações significativas naquele instituto jurídico passaram a fluir no sistema legal e principalmente nas relações sociais brasileiras.

Foi o advento da CF/88 que pretendeu concretizar no Brasil o Estado Social e Democrático de Direito, definido por Carlos Ari SUNDFELD como “a soma e o entrelaçamento de: constitucionalismo, república, participação popular direta, separação de Poderes, legalidade, direitos (individuais, políticos e sociais), desenvolvimento e justiça social”⁶.

Nesse sentido, Paulo Ricardo SCHIER assevera que a Constituição de 1988 é vinculante justamente por ser um “documento dotado de juridicidade, obrigando a observância em todos os níveis da federação, todos os ‘Poderes’ do Estado e todos os particulares.”⁷

Em belíssimas palavras, o então Presidente da Assembleia Nacional Constituinte Ulysses GUIMARÃES, quando da solenidade da promulgação da Constituição Federal de 1988, assim a definiu:

O Homem é o problema da sociedade brasileira: sem salário, analfabeto, sem saúde, sem casa, portanto sem cidadania.

A Constituição luta contra os bolsões de miséria que envergonham o país.

⁴ Ver sobre a evolução do desenvolvimento histórico do tema “serviço público” em: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 25-71.

⁵ “As instituições jurídicas estão intimamente vinculadas às relações entre o Estado e a sociedade existentes no momento histórico em que se desenvolvem. (...) Desse modo, frente às transformações, as instituições jurídicas não permanecem incólumes, pois precisam adaptar-se às exigências da realidade para poderem sobreviver. Assim sucede com o serviço público: é possível detectar-se um fio histórico que conduz desde o seu conceito político até sua posterior funcionalidade jurídica.” (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 19).

⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4 ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 57.

⁷ SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 92.

Diferentemente das sete constituições anteriores, começa com o homem.

Graficamente testemunha a primazia do homem, que foi escrita para o homem, que o homem é seu fim e sua esperança. É a Constituição Cidadã.

Cidadão é o que ganha, come, sabe, mora, pode se curar.

A Constituição nasce do parto de profunda crise que abala as instituições e convulsiona a sociedade.

Por isso mobiliza, entre outras, novas forças para o exercício do governo e a administração dos impasses. O Governo será praticado pelo executivo e o legislativo.

Eis a inovação da Constituição de 1988: dividir competências para vencer dificuldades, contra a ingovernabilidade concentrada em um, possibilita a governabilidade de muitos.

É a Constituição Coragem.

Andou, imaginou, inovou, ousou, viu, destróçou tabus, tomou partido dos que só se salvam pela lei.

A Constituição durará com a democracia e só com a democracia sobrevivem para o povo a dignidade, a liberdade e a justiça.⁸ (sem grifos no original)

Com relação ao serviço público, o modelo de Estado Social firmado pela Carta Cidadã assume como sua obrigação a prestação dessas atividades, de modo a instrumentalizar a efetivação dos direitos fundamentais e sociais, de modo a garantir a dignidade da pessoa humana.⁹

Para tanto, é merecida recordação de que, segundo a mais abalizada doutrina, os direitos sociais devem ser alçados ao nível de direitos fundamentais, na medida em que seu conteúdo fundamentalista de garantias ao sujeito impõe dever de atuação inescusável do Poder Público.¹⁰ Para Clèmerson Merlin CLÈVE, os direitos sociais “devem ser compreendidos por uma dogmática constitucional singular, emancipatória, marcada pelo compromisso com a dignidade da pessoa humana e, pois, com a plena efetividade dos comandos constitucionais.”¹¹ Nessa medida, pode-se fazer uma ligação entre o disposto no art. 60, §4, IV¹² da CF/88 que eleva os direitos sociais ao *status* de direito fundamental, e o art. 175, IV que obriga a prestação adequada do serviço público.

⁸ GUIMARÃES, Ulysses apud MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 245.

⁹ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime jurídico do serviço público: garantia fundamental do cidadão e proibição do retrocesso social**. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2010, p. 25.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos sociais como direitos fundamentais: Contributo para um Balanço aos Vintes anos da Constituição Federal de 1988**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coords.). **Vinte Anos de Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juis, 2009. p. 479-510.

¹¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista Crítica Jurídica**, Curitiba, n. 22, jul./dez. 2003, p. 19.

¹² Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais.

Há mais que haja inúmeras menções constitucionais e legais à expressão serviço público,¹³ o ordenamento jurídico não traz conceituação para tal instituto. Contudo, a CF/88 em seus artigos atribui os serviços como tarefa prestacional dos entes federativos.

O art. 21 traz a competência da União nos serviços: postal e de correio aéreo nacional de forma exclusiva (inc. X); de telecomunicações direta ou através de concessão, permissão ou autorização (inc. XI); mediante exploração direta, autorização, concessão ou permissão os de radiofusão sonora e de sons e imagens (inc. XII, “a”), de instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água (inc. XII “b”), de navegação aérea, aeroespacial e infraestrutura aeroportuária (inc. XII “c”), de transporte ferroviário e aquaviário de portos brasileiros ou que ultrapassem as fronteiras (inc. XII, “d”), de transporte rodoviário interestadual e internacional (inc. XII, “d”), portos marítimos, fluviais e lacustres (inc. XII, “e”). Ainda, também a Lei n.º 9.074/95 implica a União os serviços e obras públicas em vias federais, barragens, contenções, eclusas, diques e irrigações, terminais alfandegários em geral.

Com relação aos Estados e Distrito Federal, o art. 25 é expresso em caracterizar a atividade dos Estados-Membros como remanescente à União (§ 1º), enquanto o § 2º remete a sua competência a exploração direta ou mediante concessão de gás canalizado.

No tocante aos Municípios, o art. 30 estabelece como sua competência por excelência o transporte coletivo, e permite a prestação de outros serviços de interesse local.

Além disso, a relevância de algumas matérias fez com que o constituinte originário as impusesse como atividades prestacionais exigíveis comumente a todos os entes federativos. A importância da questão é tamanha que as ações requerendo medicamentos não disponíveis pelo Sistema Único de Saúde (SUS) têm em seu pólo passivo a União, o Estado onde se pleiteia e o Município competente.

A saúde (art. 196 e 197), a educação (art. 211), a previdência social (art. 202, §4º) e a assistência social (art. 203 e 204), são serviços que demandam a atuação conjunta da União, Estados e Municípios, de forma não exclusiva. A CF/88 é expressa ao aceitar a atuação concorrencial da atividade privada. No art. 199 remete

¹³ Dentre as menções trazidas pela Constituição Federal de 1988 ao instituto do serviço público, merece destaque as enunciadas nos seguintes artigos: 37, XIII; 40, III; 8º, §4º da ADCT.

a saúde à iniciativa privada, ainda que a atuação seja preferencialmente de entidades filantrópicas e sem fins lucrativos. Do mesmo modo ocorre com a educação, regulada pelo art. 209, que permite a atuação privada, mesmo havendo avaliação das instituições de ensino privadas pelo Poder Público. No que tange à previdência social, é possível haver regime previdenciário privado em caráter complementar ao público, conforme o art. 202. Por fim, o art. 204, I e II, contempla a possibilidade de atuação privada na assistência social.

O caráter essencial de tais matérias faz com que a atuação da Administração mediante regime jurídico público seja obrigatória, visando o interesse público e o desenvolvimento social. Contudo, quando tais atividades forem titularizadas pela iniciativa privada, será regulada pelo regime jurídico privado, possuindo massificação e visando o lucro.¹⁴ Isso porque, parte-se do binômio oferta/procura: particulares que podem arcar com o ônus pecuniário poderão optar pela contratação com a atividade privada.¹⁵

Diferentemente do que ocorre no ordenamento jurídico pátrio, a doutrina traz noções¹⁶ diferenciadas do serviço público. Ainda assim tal delimitação não seja exauriente, até porque, como ensina Dinorá Adelaide Musetti GROTTI “para a captação do conceito de serviço público, deve-se considerar ainda o fator histórico-político, o seu surgimento em uma época presidida ideologicamente por uma determinada concepção das relações entre Estado e sociedade e a separação de suas distintas esferas de atuação (...)”.¹⁷

Assim, dentre as diferentes noções do instituto,¹⁸ o presente trabalho se delimitará a trabalhar com as suas noções restritas, justamente para abordar os

¹⁴ Celso Antônio Bandeira de MELLO classifica esses serviços como de prestação obrigatória do Estado, mas sem exclusividade. Para o autor, tais atividades devem ser prestadas pela Administração, a partir do regime jurídico de direito público, contudo, sem retirar da iniciativa privada o direito de desempenhar os mesmos serviços, independentemente de delegação. Ainda, com relação a essa classificação, o autor inclui o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 685-690).

¹⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. Op. cit., p. 79-85.

¹⁶ Prefere-se utilizar a palavra noção ao invés de conceito, pois conforme Jean-Paul SARTRE, noção é “ideia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas”, enquanto que conceito é uma delimitação estática. (GRAU, Eros Roberto. *Constituição e Serviço Público*. In: _____; GUERRA FILHO, Willis Santiago. (Orgs.). **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 265-267.).

¹⁷ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço...**, p. 20

¹⁸ Para Maria Sylvia Zanella DI PIETRO “as primeiras noções de serviço público surgiram na França, com a chamada **Escola de Serviço Público**, e foram tão amplas que abrangiam, algumas

elementos formadores deste instituto, quais sejam: elemento subjetivo, elemento material e elemento formal.

O elemento subjetivo se refere ao vínculo da atividade com a Administração Pública (vínculo orgânico). Necessariamente, para que o serviço seja considerado público, precisa ser de titularidade do Estado.¹⁹ Odete MEDAUAR, afirma que a própria Constituição de 1988, em seu art. 175, fixa o vínculo entre serviço público e Administração quando estabelece que incumbe ao Poder Público a prestação dos serviços públicos, ainda que mediante delegação.²⁰ Contudo, tal elemento não é pacífico como sendo inerente ao serviço público. Para Celso Antônio Bandeira de MELLO o serviço público possui apenas dois elementos: o material e o formal, porém, mesmo que o autor reconheça apenas esses elementos, em sua noção há a ligação entre o serviço público e a prestação assumida pelo Estado, conforme se analisará mais adiante.

Entretanto, mesmo sendo de titularidade do Estado, a prestação do serviço pode ser concretizada pelo particular mediante concessão ou permissão.²¹ Nesse caso, o Poder Público continua atuando, porém não de forma direta (prestando o serviço), mas sim como agente regulador, impondo diretrizes que devem ser seguidas por tais entes privados.²²

Já o elemento material se reveste da essencialidade da promoção do serviço público como um instrumento de concretização dos direitos fundamentais e sociais, e, portanto, da dignidade humana.²³ Assim, o serviço público é o instrumento que possibilita “o exercício de direitos fundamentais, encontra seu fim na realização

delas, todas as atividades do Estado.” Ainda, cita autores brasileiros que conceituam amplamente o instituto: “Mário Masagão (...) considera como serviço público ‘toda atividade que o Estado exerce para cumprir os seus fins’” e “José Cretella Júnior, para quem serviço público é ‘toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades públicas mediante procedimento típico do direito público’”.(grifos no original). (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 98.).

¹⁹ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime...**, p. 36-41

²⁰ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 2. ed. São Paulo: RT, 1998, p.330-331.

²¹ A Lei n.º 8987/95 trata sobre os repasses de prestação de serviço público aos particulares mediante o regime de concessão ou permissão de que trata o art. 175 da Constituição Federal de 1988.

²² MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Regulação e Universalização dos Serviços Públicos: análise crítica da regulação da energia elétrica e das telecomunicações**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

²³ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime...**, p. 41-44

prática do valor máximo do sistema jurídico brasileiro: a dignidade da pessoa humana.”²⁴

Cármem Lúcia Antunes ROCHA, ao considerar que a própria sociedade diz o que é serviço público, e tal afirmação é, mais tarde, estampada no sistema jurídico, entende que:

O que marca a sua essência e essa sua condição jurídica mais não é que a sua eleição no sistema como voltada ao prioritário atendimento de interesses públicos previamente determinados, pelo que a sua economicidade não demarca nem o regime jurídico que o sujeita, nem determina a sua prestação com o fim de obtenção de lucro econômico-financeiro, **mas o de garantia de lucro social**. (sem grifos no original)²⁵

Dessa forma, cabe ao indivíduo o direito à exigência de prestação material positiva do Poder Público. Por isso, “os direitos a prestação partem do suposto de que o Estado deve agir para libertar os indivíduos das necessidades” e asseverar a “proteção de bens jurídicos indispensáveis à preservação de certos valores tidos como essenciais”. Isso porque, as “exigências existem, afinal, para que se possam preservar direitos subjetivos que lhes dão sentido. Tem por escopo preponderantemente reforçar o aspecto de defesa dos direitos fundamentais”.²⁶

Para tanto, a Administração Pública busca atingir a finalidade descrita no art. 3º, II, da CF/88: “garantir o desenvolvimento nacional” de forma ampla, ou seja, atingindo a necessidade de cada cidadão, o dito “lucro social”.

Por sua vez, o elemento formal consiste na submissão da atividade ao regime jurídico específico do serviço público, que consiste em princípios próprios,²⁷ e, concomitantemente, no conjunto de princípios e regras que caracterizam o regime jurídico administrativo, embasado em prerrogativas e sujeições.²⁸

²⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. In:_____. **Reflexões sobre Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 48.

²⁵ ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 507.

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 347.

²⁷ Os quais serão devidamente tratados no tópico 3 do presente trabalho.

²⁸ De acordo com o pensamento de Celso Antonio Bandeira de MELLO, são princípios do regime jurídico administrativo: (i) supremacia do interesse público sobre o privado; (ii) indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos; (iii) da legalidade; (iv) da finalidade; (v) da razoabilidade; (vi) da proporcionalidade; (vii) da motivação; (viii) da impessoalidade; (ix) da publicidade; (x) do devido processo legal; (xi) da moralidade administrativa; (xii) do controle judicial dos atos administrativos; (xiii) da responsabilidade do estado por atos administrativos; (xiv) da boa administração; (xv) da segurança jurídica; (xvi) da indisponibilidade do interesse público; (xvii) da

As prerrogativas presentes nesse regime instrumentalizam a concretização dos serviços justamente por se traduzirem em poderes exorbitantes, que permite colocar o regime jurídico administrativo como garantia fundamental, assegurando a efetivação dos direitos fundamentais e sociais.²⁹ Para Celso Antonio Bandeira de MELLO, o substrato formal reveste-se do regime de direito público, portanto, regime jurídico-administrativo submetido principalmente ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e a da indisponibilidade do interesse público pela Administração.³⁰

Para Romeu Felipe BACELLAR FILHO, o regime jurídico administrativo é tanto imprescindível para a atividade de serviço público realizada pela Administração em sentido objetivo, assim como de cumprimento obrigatório pela Administração Pública direta e indireta em sentido subjetivo.³¹

Brevemente esclarecidos os contornos dos três elementos que caracterizam um serviço como público, faz-se necessário transcorrer algumas noções traçadas pela doutrina contemporânea, que demonstram divergência de entendimentos sobre a estrutura da noção de serviço público.

Para Marçal JUSTEN FILHO “serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, destinada a pessoas indeterminadas e executada sob regime de direito público.”³²

O autor exclui as atividades legislativas e jurisdicionais ao identificar o elemento subjetivo do instituto. Determina, em relação ao elemento material, que prestação do serviço não necessariamente é fruível por um particular,³³ e, ainda, que

isonomia. Para a explicação de cada um dos princípios, recomenda-se a leitura do Curso de Direito Administrativo do autor. (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Op. cit., p. 69-87.).

²⁹ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime...**, p. 76.

³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 675-676.

³¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Serviço público. In: DELPIAZZO, Carlos E. (Coord.). **Estudios jurídicos en homenaje al profesor Mariano R. Brito**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 2008, p. 603-608.

³² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 487.

³³ Exemplifica, para tanto, que a atividade de varrer as ruas é um serviço público que não é fruível individualmente. *Ibidem*, p. 488.

a prestação de utilidade pode ser imaterial.³⁴ Por fim, aceita o elemento formal conforme defendido no presente trabalho.

Para Maria Sylvia Zanella DI PIETRO serviço público é “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.”³⁵

A autora identifica o elemento subjetivo, diferencia o instituto das demais atividades administrativas públicas do Estado (de polícia, de fomento e de intervenção), adota como sendo serviço público apenas o que a lei define como tal. Identificando o elemento formal, mesmo não atribuindo o regime jurídico administrativo como característica obrigatória da atividade, e a compreensão do elemento material se interliga no defendido pelo presente trabalho.

Cármem Lúcia Antunes ROCHA, ao seu turno, afirma que “serviço público é aquele titularizado pelo Estado, destinado à prestação universal aos usuários, atendendo à sua demanda, sendo sua natureza e prestação submetidas ao regime jurídico de direito público.”³⁶

Na noção trazida pela autora fica clara a adoção dos elementos: subjetivo, material e formal, compreendidos na presente pesquisa. No mesmo sentido, Romeu Felipe BACELLAR FILHO, identifica o elemento formal e subjetivo: “a outorga a particulares do exercício de serviços públicos não produz modificação no regime jurídico que preside sua prestação. Não importa transformação do serviço em privado. (...) permanecendo com o Poder Público a titularidade do serviço.”³⁷ Em relação ao elemento material: “à satisfação cotidiana das necessidades coletivas, a legitimidade do Estado-Administração depende da sua eficiência na prestação de serviços essenciais para a proteção dos direitos fundamentais.”³⁸

Destaca-se na doutrina, a noção de Celso Antônio Bandeira de MELLO:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos

³⁴ Utiliza o exemplo de prestação de assistência psicológica a pessoas portadoras de moléstias mentais, de rádio e de televisão. *Ibidem*, p. 488-489.

³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito...**, p. 102.

³⁶ ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 507.

³⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 176.

³⁸ *Ibidem*, p. 174.

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.³⁹ (grifos do autor)

Ainda que o autor, em sua noção, não expresse o elemento subjetivo, ao afirmar que “o Estado assume [a atividade] como pertinente a seus deveres”, entrega a titularidade da prestação do serviço público a Administração, como antes havia sido feita a referência. Quanto aos elementos material e formal, o posicionamento do autor é seguido e defendido aqui como marco teórico da noção de serviço público, ainda que o presente trabalho defenda a concepção de que o elemento subjetivo é característica inerente ao serviço público, e portanto, a titularidade deste instituto é sempre estatal.

Expostos os contornos que caracterizam o serviço público no modelo político adotado pela Constituição Federal de 1988, cabe, no próximo tópico, tratar da Reforma Administrativa da década de 1990, para identificar se as mudanças desejadas foram de fato implementadas no Brasil, e verificar se trouxeram resultados satisfatórios para o seu desenvolvimento, ou, apenas serviram para demonstrar que o país não está preparado para abrir mão do modelo de Estado Social de Democrático de Direito.

2 AS MUTAÇÕES DO ESTADO BRASILEIRO E A NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Para que se consiga compreender a atual noção de serviço público, notadamente a partir da Reforma da Administração Pública brasileira, é necessário que se faça um breve retrospecto histórico, nos limites do presente trabalho, que auxilie o entendimento global das alterações que vêm sendo implantadas.

A gestão burocrática chegou, no país, ainda que em termos gerais,⁴⁰ na década de 1930.⁴¹ O governo de Getúlio Vargas, obstinado a erguer a economia

³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 671.

⁴⁰ Sabe-se que a adoção do modelo de gestão burocrática no Brasil se deu em termos gerais, já que materialmente não foram combatidos, de forma total, o clientelismo e a apropriação da coisa pública favorecendo os particulares. Contudo não será abordado no presente trabalho a discussão crítica acerca do tema, o que se busca é uma definição teórica sobre o instituto da democracia e uma delimitação histórica de sua adoção pelo Brasil.

⁴¹ Adriana da Costa Ricardo SCHIER afirma que no governo de Getúlio Vargas “houve uma tentativa de se adotar a burocracia como modelo de gestão administrativa (...) ao menos em termos

brasileira após a chamada Grande Depressão,⁴² juntamente com a difusão da teoria keynesiana⁴³ implementou a burocracia através da adoção dos paradigmas de Max Weber,⁴⁴ visando modernizar⁴⁵ a Administração Pública e fugir do patrimonialismo.

No liame de tais mudanças, em 1936 é criado o Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP) objetivando a afirmação de princípios burocráticos: centralização, separação entre público e privado, hierarquia, impessoalidade e profissionalização de pessoal.⁴⁶

Ainda que no governo de Juscelino Kubitschek tenha havido tentativas de minimizar a gestão burocrática em favor da descentralização de serviços,⁴⁷ como a

legais buscou-se criar, desde a década de 1930, uma esfera de procedimentalização do agir administrativo, vinculando toda atividade do Poder Público não somente a um fim a ser alcançado, mas também a um procedimento a ser observado para a prática dos atos, permitindo maior fiscalização das atividades administrativas.”(SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Administração Pública: Apontamentos sobre os Modelos de Gestão e Tendências Atuais. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.) **Cenários do Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 33-34).

⁴² Marco Antonio S. VASCONCELLOS e Manuel E. GARCIA, explicam que “na década de 1930, a economia mundial atravessava uma crise que ficou conhecida como a **Grande Depressão**. A realidade econômica dos principais países capitalistas era crítica naquele momento. O desemprego da Inglaterra e em outros países da Europa era muito grande. Nos Estados Unidos, após a quebra da Bolsa de Valores de Nova York em 1929, o número de desempregados assumiu proporções elevadíssimas.” Grifos do autor. (VASCONCELLOS, Marco Antonio S.; GARCIA, Manuel E. **Fundamentos de Economia**. Saraiva: São Paulo, 2005, p. 20.).

⁴³ Idem. Segundo Marco Antonio S. VASCONCELLOS e Manuel E. GARCIA a teoria keynesiana, altera o sentido da lei de Say (a oferta cria sua procura), indicando que, a demanda criada ao redor dos bens e serviços produzidos pela economia de um país torna menor o desemprego. Para tanto a intervenção estatal na economia é necessária através “de uma política de gastos públicos”.

⁴⁴ Para Max WEBER a “precisão, velocidade, clareza, conhecimento dos arquivos, continuidade, discricção, unidade, subordinação rigorosa, redução do atrito e dos custos de material e pessoal – são levados ao ponto ótimo na administração rigorosamente burocrática, especialmente em sua forma monocrática. Em comparação com todas as formas colegiadas, honoríficas e avocacionais de administração, a burocrática treinada é superior, em todos esses pontos. É no que se relaciona com tarefas complicadas, o trabalho burocrático assalariado não é só mais preciso, mas, em última análise, frequentemente mais barato do que até mesmo o serviço honorífico não-remunerado formalmente.” (WEBER, Max. **Ensaio de Sociologia**. Tradução Waltensir Dutra. 5ª ed. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos. 1982. p. 249.).

⁴⁵ Para Max WEBER “Quando se estabelece plenamente, a burocracia está entre as estruturas sociais mais difíceis de destruir. A burocrática é o meio de transformar uma ‘ação comunitária’ em ‘ação societária’ racionalmente ordenada. Portanto, como instrumento de ‘socialização’ das relações de poder, a burocracia foi e é um instrumento de poder de primeira ordem – para quem controla o aparato burocrático.” Ibidem, p. 264.

⁴⁶ A noção desses princípios é: separação entre público e privado, o agente dispõe de todos os aparatos para a realização de seu trabalho, porém, é necessário que não haja confusão entre a disponibilização dos materiais para o trabalho e a propriedade daquilo; centralização e hierarquia, o direito da autoridade de controlar e fiscalizar seus subordinados; impessoalidade, diferença entre o cargo e quem o ocupa, o cargo não pode ser identificado pelo nome da pessoa que naquele momento o ocupa; e profissionalização de pessoal, apenas as pessoas que tem qualificação técnica para determinado cargo que pode ocupá-lo, traz a consequência do concurso público. (WEBER, Max. Op. cit, p. 249-257; Nesse mesmo posicionamento: SCHIER. Adriana da Costa Ricardo. **Apontamentos...**, p. 30-35).

⁴⁷ Raquel Melo Urbano de Carvalho baseada em Róbison de Castro e J. Wilson Granjeiro aduz que no governo de JK surgiu “o anteprojeto da reforma geral da Administração Pública federal,

criação da Comissão de Simplificação Burocrática (COSB) que “objetivou alcançar reformas globais, meios para a descentralização dos serviços e prestação de contas à autoridade”,⁴⁸ somente no decorrer do regime militar, com a Edição do Decreto-Lei n.º 200/1967, verificou-se legitimamente a distinção entre Administração Pública Direta e Indireta,⁴⁹ além dos ditames do planejamento, coordenação, descentralização, delegação e avocação de competências, etc., iniciando-se a Reforma Administrativa.⁵⁰

Durante o autoritarismo do regime militar (1964-1985) e a facilidade de imposição de ideais, frente à opressão social, diversas empresas estatais foram criadas, prolongando o modelo estatizante da época⁵¹ e postergando a reforma.

Com relação aos serviços públicos, no decorrer das décadas de 1930 até 1980, no Brasil foi realizada a estatização da prestação desses serviços. Os dois grandes fatores que incentivaram esse processo, segundo Alexandre Santos de ARAGÃO, foram os conflitos relativos aos reajustes dos valores tarifários através da comparação com o valor do ouro, e o nacionalismo, pois, nesse momento o patriotismo e a crença social na política levaram a população a depreciar empresas estrangeiras, valorizando a produção brasileira.⁵²

Contudo, a “desproporção entre os recursos políticos e disponíveis e os meios necessários à resolução dos problemas sociais”⁵³ levou o país à chamada crise de governabilidade. Todo o desenvolvimento econômico advindo de empresas que precisavam do apoio e proteção estatal evidenciou a fragilidade governamental do Estado que se tornou insustentável financeiramente frente à necessidade das empresas e da pressão social pela prestação de serviços públicos.

com menção, pela primeira vez, à questão da descentralização.” (CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo: parte geral, intervenção do Estado e Estrutura da Administração**. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 797.).

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ Para Celso Antonio Bandeira de MELLO, a partir da edição do Decreto-Lei 200/67, a Administração Pública Direta é a Administração centralizada, ou seja, ligada aos serviços relativos à Presidência da República e aos Ministérios, já, a Administração Pública Indireta é a Administração descentralizada, que possui personalidade jurídica própria. Contudo, para o autor, não foi isso que ocorreu, pois o decreto-lei “adotou critério por força do qual as noções mencionadas não se superpõem.” (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Op. cit., p. 152)

⁵⁰ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Administração...**, p. 37-41

⁵¹ Para Alexandre Santos de ARAGÃO “o regime militar implantado no País em 1964 por vinte anos, o modelo estatizante foi mantido e ampliado, tanto na área dos serviços públicos, como das atividades econômicas em geral, muitas vezes através da participação societária do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico – BNDE.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 70).

⁵² Ibidem, p. 65.

⁵³ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Op. cit. p. 799.

No Brasil, a partir de em 1980, juntamente com países da América Latina, e em concorrência com o cenário mundial, nasceu uma onda desestatizante. Em 1979, mediante o Decreto n.º 83.740, é adotado o Programa Nacional de Desburocratização, mais tarde modernizado pelo Decreto n.º 91.991 de 1985, sucedido, em 1988, pelo Decreto n.º 95.886, que cria o Conselho Federal de Desestatização. O processo fica evidente com a promulgação da Medida Provisória n.º 155/1990, mais tarde convertida na Lei n.º 8.031/1990, que instituiu o Programa Nacional de Desestatização (PND), o qual previa a implementação do modelo de gestão gerencial no Brasil, “pautado pelo princípio da eficiência, pela otimização de recursos, pela concessão de maior autonomia ao administrador público e pela orientação da ação do Estado para o cidadão-usuário ou cidadão-cliente”⁵⁴, transformando os objetivos do Estado para “o aumento da arrecadação de fundos e a diminuição de despesas”.⁵⁵ Conforme a redação do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado de 1995:

Na administração pública gerencial a estratégia volta-se (1) para a definição precisa dos objetivos que o administrador público deverá atingir em sua unidade, (2) para a garantia de autonomia do administrador na gestão dos recursos humanos, materiais e financeiros que lhe forem colocados à disposição para que possa atingir os objetivos contratados, e (3) para o controle ou cobrança *a posteriori* dos resultados.⁵⁶

Porém, enquanto o legislador infraconstitucional adotou os meios gerenciais, em 1988 é promulgada nova Constituição Federal, que, conforme já se anunciou no tópico anterior do presente trabalho, buscava concretizar o Estado Social e Democrático de Direito no país, encerrando o autoritarismo da ditadura e revelando direitos fundamentais e sociais à sociedade brasileira. Com relação à Administração Pública, a CF/88 estabeleceu o cumprimento dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (através da EC 19/98), bem como a obrigatoriedade de investidura em cargos públicos através de concurso e de licitação para contratação de obras e serviços.

Contudo, os ideais límpidos da CF/88 foram modificados. É que, na realidade, a Reforma Administrativa iniciada anterior a 1988 fez, mediante Emendas Constitucionais, distorcer a concepção moralista e desenvolvimentista adotada pela

⁵⁴ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime...**, p. 78.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 79

⁵⁶ BRASIL. Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado. **Plano diretor da reforma do aparelho do estado**. Brasília, 1995. p. 16.

constituição originária. Essa distorção fica clara no momento em que a CF/88 traz os mesmos direcionamentos e ordens à Administração Pública Direta e Indireta, fazendo com que o cenário inicialmente proposto pelo DL 200/67, que trazia uma gestão administrativa gerencial retornasse ao sistema burocrático, não com vista a levar o país à falência, mas com o propósito de concretizar os ditames constitucionais. Na visão dos adeptos à Reforma Administrativa “a conjunção desses dois fatores [patrimonialismo e burocracia] leva, na Constituição de 1988, a um retrocesso burocrático sem precedentes.”⁵⁷.

De forma tendente a interligar a redação original da Carta de 1988 com a ideologia da Reforma Administrativa foram editadas Emendas Constitucionais e leis infraconstitucionais⁵⁸ destinadas à abertura ao mercado privado para a prestação das atividades antes reservadas ao Estado,⁵⁹ assim como a abertura para investimentos estrangeiros, para a privatização e a desregulamentação. Conforme aduz Adriana da Costa Ricardo SCHIER:

Desse modo, ainda que se mantenham os direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988 salvaguardados como cláusulas pétreas, é inegável que as ideias dos anos 90 serviram para promover uma mudança simbólica na racionalidade do Direito Administrativo Brasileiro, com a pretensão de aproximá-lo dos cânones do direito privado. Tal conjectura pode significar a reformulação da noção de serviço público, de acordo com os matizes que informam essa nova concepção de Estado, dentro do atual catálogo das funções atribuídas ao Poder Público.⁶⁰

Assim, essa nova concepção de gerência da Administração Pública, centrada nos resultados, privilegiando a eficiência na prestação dos serviços públicos, sem preocupação com o desenvolvimento de suas etapas e independentemente de quem os está prestando, se afasta do modelo de Estado de Bem-Estar Social e se aproxima do Neoliberalismo.⁶¹

⁵⁷ Ibidem. p. 21.

⁵⁸ EC n.º 5/95, que permitiu aos estados a exploração dos serviços locais de gás-canalizado às empresas privadas, o que antes só era delegado às empresas sob controle estatal; EC n.º 6/95 suprimiu o art. 171 da CF/88, o qual trazia o conceito de “empresa brasileira de capital nacional” e concedia proteção, benefícios especiais e preferências a estas empresas; EC n.º 8/95, permitiu a privatização das empresas de telefonia, suprimindo a exigências anteriores de que os serviços de telecomunicações só poderiam ser explorados por empresas controladas pelo Estado; EC n.º 9/95, “permitiu a contratação de empresas privadas para as atividades relativas à lavra, às pesquisas e a outras etapas do ciclo econômico do *petróleo*”.

⁵⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Op. cit., p. 150.

⁶⁰ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime...**, p. 79.

⁶¹ Ainda que o presente trabalho tenha como limite acadêmico analisar o contexto da Reforma Administrativa no Brasil, a tentativa de implementação da gestão gerencial e de alteração para o modelo de Estado Neoliberal no país, faz-se necessária algumas passagens que se remetam aos acontecimentos e anseios dos países desenvolvidos, sobretudo países da Comunidade Europeia

Essa estruturação direcionada às determinações neoliberais no Brasil foi influenciada pela situação de alteração política e econômica que ocorria, desde a década de 1970, nos países da Comunidade Europeia (principalmente na Inglaterra) e nos Estados Unidos.

A origem do pensamento neoliberal remete à situação econômica dos Estados Unidos ainda na década de 1930. A crise de 1929, a qual até 1933 deixou “cerca de 15 milhões de americanos desempregados, cinco mil bancos paralisados, 85 mil empresas falidas, e as produções agrícolas e industriais reduzidas à metade do que eram antes do início da quebra da Bolsa”⁶² fez com que o governo de Franklin Delano Roosevelt eleito em 1932, embasado na teoria keynesiana, deixasse de lado o modelo de Estado Liberal, que vigorava até então no país, para projetar o *Welfare State* visando erguer novamente a economia dos EUA.

Para Paulo SANDRONI o modelo de Estado de Bem-Estar Social é:

Sistema econômico baseado na livre-empresa, mas com acentuada participação do Estado na promoção de benefícios sociais. Seu objetivo é proporcionar ao conjunto dos cidadãos padrões de vida mínimos, desenvolver a produção de bens e serviços sociais controlar o ciclo econômico e ajustar o total da produção, considerando os custos e as rendas sociais. Não se trata de uma economia estatizada; enquanto as empresas particulares ficam responsáveis pelo incremento e realização da produção, cabe ao Estado aplicação de uma progressiva política fiscal, de modo a possibilitar a execução de programas de moradia, saúde, educação, Previdência social, seguro-desemprego e, acima de tudo, garantir uma política de pleno emprego.⁶³

Encerrada a fase do pós-guerra mundial, a necessidade de reconstrução cultural e econômica fez com que a adoção do modelo de Estado interventor fosse predominante. Contudo, as críticas surgiram embasadas no posicionamento do liberalismo econômico. Assim, “Esses críticos, eventualmente, vieram a ficar conhecidos como ‘neoliberais’, por defenderem a eficiência e eficácia dos preceitos liberais clássicos, adaptando-os, porém, à realidade da virada do século XVIII-XIX para o mundo pós-Grande Depressão, e buscando a volta do mínimo envolvimento do Estado na Economia.”⁶⁴

e os EUA, em relação a estrutura comercial e concorrencial instalada mundialmente, a partir da globalização.

⁶² FARIAS, Déborah Barros Leal. Reflexos da Teoria Neoliberal e do Consenso de Washington na Constituição Brasileira de 1988, p. 75. In: **Revista de Direito Constitucional e Direito Internacional**. n. 59, p. 70-85, abr./jun. 2007.

⁶³ SANDRONI, Paulo. **Novíssimo Dicionário de Economia**. São Paulo: Best Seller, 1999, p.220.

⁶⁴ FARIAS, Déborah Barros Leal. Op. cit. p. 76.

Os primeiros economistas que se manifestaram a favor do Neoliberalismo questionavam os ideais do Estado Social, defendendo que a intervenção estatal na economia era inútil, e por isso deveria o Estado apenas se preocupar na circulação financeira visando o desenvolvimento e a estabilidade da economia.⁶⁵

Até que, nos anos 1970/1980 o pensamento neoliberal sai do campo acadêmico e passa a ser implantado na política, primeiramente nos governos dos Estados Unidos com Ronald Reagan e na Grã-Bretanha com Margareth Thatcher. Isso porque nesse momento eclode a chamada “grande crise econômica mundial” que tem por trás a desvalorização do dólar americano em relação ao ouro e o elevado aumento de preço do barril de petróleo, o que dificultou e encareceu o avanço da economia principalmente nos Estados Unidos e na Europa, trazendo recessão a tais países.⁶⁶

Nesse momento, se faz necessária a abertura das relações comerciais entre os países, eclodindo o mercado globalizado. A globalização prevê “o fim das economias nacionais e a integração cada vez maior dos mercados, dos meios de comunicação e dos transportes”,⁶⁷ ou seja, um produto comercializado em um país é montado em outro, com as peças produzidas em um terceiro. O que permite a produção em escala internacional, de boa qualidade e com preços acessíveis.

De acordo com Ana Cláudia FINGER

A globalização econômica também tornou imperativo redefinir as funções do Estado. Processada sem nenhum conteúdo ético, é uma globalização perversa e excludente que, eliminando as fronteiras de mercado, atinge negativamente os países em desenvolvimento, prestando-se, tão-somente, para atendimento dos interesses de países centrais.⁶⁸

Assim, a alteração da estrutura estatal para uma política menos intervencionista, com a “adoção de políticas de liberalização, de privatização, de desregulamentação e do desmantelamento dos direitos sociais e de conquistas

⁶⁵ Ibidem, p. 76-77. Para Déborah Barros Leal Farias, os primeiros economistas que defendiam o Neoliberalismo se estruturavam no cenário acadêmico já na década de 1940 e 1950, os principais: em 1944 Friedrich Hayek com a obra *O Caminho da Servidão* e em 1950 a Escola Monetarista Milton Friedman, Hayek, Lipman, Popper e Von Mises.

⁶⁶ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime...**, p. 80-82

⁶⁷ SANDRONI, Paulo. Op. cit., p. 265

⁶⁸ FINGER, Ana Cláudia. *O Público e o Privado na Administração Pública*. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.) **Cenários do Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 73.

democráticas.”⁶⁹ se traduz em um modelo de Estado inspirado nos cânones neoliberais.

Os primeiros países a adotarem as políticas do Neoliberalismo foram os países na Comunidade Europeia e os EUA. Contudo, não se pode esquecer que tais países estavam à frente do Brasil no sentido da conquista concreta dos direitos individuais. Naquele momento, a possibilidade de essas populações arcarem com os custos para obter educação, saúde, previdência, lazer, etc. sem a ajuda estatal se fazia maior, já que, em outro momento, o Estado prestacional alavancou a implementação de verbas nos setores básicos, alçando seus cidadãos a um estágio de desenvolvimento social maior do que o encontrado no Brasil e nos demais países da América-Latina.

A necessária utilização dos bens e serviços que o Brasil conseguiria gerar com custos baixos e uma política fiscal reduzida, sobretudo para as empresas estrangeiras que viessem a instalar uma de suas unidades no país,⁷⁰ acabou por despertar o interesse dos países desenvolvidos.⁷¹

Assim, com tais aspirações, em 1989 ocorreu uma reunião de membros políticos dos EUA com a participação de economistas latino-americanos. Encontro intitulado como Consenso de Washington, conforme Paulo Nogueira BATISTA “o objetivo do encontro, (...) era proceder uma avaliação das reformas econômicas empreendidas nos países da região [Latino-Americana]”, nesse encontro “registrou-se amplo consenso sobre a excelência das reformas iniciadas ou realizadas na região, exceção feita, até aquele momento, ao Brasil e Peru”.⁷²

O Consenso de Washington pregava ao Brasil a adoção dos ideais neoliberais, como condição de “cooperação financeira externa, bilateral ou multilateral”.⁷³ Assim, mais do que uma recomendação, a adoção de tal modelo de Estado era uma imposição para a globalização atingir o país, e, sobretudo, para a inserção do Brasil nas relações econômicas modernas, ou seja, para que o Brasil pudesse manter comércio com os demais países, sobretudo os desenvolvidos.

⁶⁹ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime...**, p. 83.

⁷⁰ BATISTA, Paulo Nogueira. **O Consenso de Washington: A visão neoliberal dos problemas latino-americanos**. São Paulo: Consulta Popular, 1999.

⁷¹ Isso porque, conforme já se referiu, o presente trabalho pretende analisar a implementação e o “desenvolvimento” do Neoliberalismo no Brasil, para que ao final se demonstre as alterações na noção de serviço público e a importância dessas mudanças no desenvolvimento social do país.

⁷² Ibidem, p. 11.

⁷³ Idem.

Foi o governo de Fernando Collor de Mello que adotou definitivamente os ditames neoliberais do Consenso de Washington,⁷⁴ com vista a alinhar sua política econômica à renegociação da dívida externa e a abertura do mercado nacional ao regime de importações.⁷⁵ Para tanto, o Programa Nacional de Desestatização (Lei n.º 8031/1990) “pretendia a reordenação da posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades *indevidamente* exploradas pelo setor público; visando reduzir a dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público e a retomada de investimentos nas empresas e atividades que viessem a ser transferidas à iniciativa privada”.⁷⁶ (grifos do autor).

Passado o impedimento de Collor de Mello, o novo Presidente Itamar Franco chama para ser Ministro da Fazenda Fernando Henrique Cardoso que cria o *Plano Real* destinado a estabilizar a moeda e normalizar os níveis inflacionários do país.⁷⁷

Já como Presidente, Fernando Henrique Cardoso juntamente com o então ministro Carlos Bresser Pereira, sob a concepção de que a “Administração Pública Federal encontrava-se numa acentuada decadência institucional devido ao esgotamento do modelo burocrático, agravado pela crise fiscal provocada pelo Estado Desenvolvimentista”⁷⁸ criam o Ministério da Administração e Reforma do Estado (MARE). E em 1995 foi apresentado o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado que, basicamente visava: “consolidar o ajuste fiscal, através da introdução de instrumentos de planejamento, orçamento, gestão e controle; concluir a profissionalização da administração pública, estruturando as carreiras, especialmente nos níveis gerenciais, introduzindo simultaneamente mecanismos mais eficientes e eficazes de gestão.”⁷⁹

Entretanto, o MARE foi extinto ao final do primeiro mandato de FHC, o desastroso resultado das concepções de mudança: apenas o próprio MARE concluiu a implementação inicialmente objetivada.⁸⁰

⁷⁴ Ibidem, p. 49. Também é esse o posicionamento de CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Op. cit. p. 801 e MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências...**, p. 6.

⁷⁵ Ibidem p. 50.

⁷⁶ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências...**, p. 6.

⁷⁷ Ibidem, p. 7.

⁷⁸ COSTA. Valeriano Mendes Ferreira. a dinâmica institucional da reforma do estado: um balanço do período FHC. In: ABRUCIO, Fernando Luiz e LOUREIRO, Maria Rita (Orgs.). **O Estado Numa Era de Reformas: Os Anos FHC - Parte 2.** Brasília: MP, SEGES, 2002, p. 31.

⁷⁹ Ibidem, p. 26.

⁸⁰ Ibidem, p. 33-36. Os defensores do Plano de Reforma encabeçado por Bresser argumentam que um dos grandes problemas foi as mudanças de Ministros e a baixa recepção do MARE pelos demais Ministérios.

Em seu segundo mandato, FHC substituiu o MARE pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SEGES) vinculada diretamente a Presidência da República. A SEGES dividiu-se em: Programa de Gestão Pública Empreendedora (PGPE) que visava a “eficiência operacional e da autonomia dos gerentes responsáveis”⁸¹ pelo desenvolvimento dos ideais da Reforma; e em “atender as solicitações dos ministérios para autorização de mudanças administrativas”.⁸²

Com relação ao serviço público, em seu primeiro ano de mandato, FHC promulgou a Lei n.º 8.987/1995, que regula a concessão e permissão de serviços públicos. Após dois anos, a Lei n.º 9.491/1997, que alterou a Lei 8.031/1990 (Programa Nacional de Desestatização), deixa expresso, em seu art. 2.º, III,⁸³ que a delegação de serviços públicos passa a ser forma de desestatização. Para Paulo Roberto Ferreira MOTTA o mandato de FHC “fez renascer, em todo o seu esplendor econômico, o instituto jurídico da concessão de serviços públicos, com a privatização de empresas (...) com presença no cenário econômico internacional, e, em algumas áreas de atividade, com incontestável liderança mercadológica.”⁸⁴

Em 2002 é eleito Luiz Inácio Lula da Silva. Ainda que com embasamento crítico em toda sua caminhada política e apoio da massa trabalhadora, Lula, como presidente do país, não propõe nova reforma na Administração Pública, apenas permite que o gerencialismo permaneça aliado ao modelo de Estado Regulador, fomentador e subsidiário.⁸⁵

Conforme já assentado, o principal objetivo da Reforma Administrativa instituída no Brasil é diminuir os gastos públicos através de aliança entre o público e o privado. Para tanto, através de parcerias,⁸⁶ o Estado “transfere para a iniciativa privada atividades que até então desempenhava, renuncia à prestação exclusiva de

⁸¹ Ibidem, p. 42.

⁸² Ibidem, p. 42-43.

⁸³ Art. 2º Poderão ser objeto de desestatização, nos termos desta Lei: (...) III - serviços públicos objeto de concessão, permissão ou autorização;

⁸⁴ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências...**, p. 26-27.

⁸⁵ Sobre o tema ler em: MELO, Marcelo Paula de. **Governo Lula e a nova face do Neoliberalismo no Brasil.** Disponível em: <<http://www.revistas2.uepg.br/index.php/emancipacao/article/view/92/90>>. Acesso em: 02/01/2012. E ABRUCIO, Fernando Luiz. Trajetória recente da gestão pública brasileira: um balanço crítico e a renovação da agenda de reformas. **Revista da Administração Pública.** Rio de Janeiro, v. 41, 2007.

⁸⁶ São exemplos de parcerias entre a Administração Pública e os particulares: Concessão e Permissão de serviços públicos, PPPS – Parcerias Público-Privadas, Convênios, etc.

determinados serviços, de modo a ensinar disputa pelo mercado de atividades até então monopolizadas”⁸⁷.

Com isso, se faz necessária regulação estatal sobre tais atividades. Para Marçal JUSTEN FILHO, “a regulação econômico-social consiste na atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos público e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais.”⁸⁸

Também o Estado Regulador remete à atuação estatal subsidiária, ou seja, apenas irá atuar quando o particular não conseguir atingir os objetivos anteriormente anunciados para tal atividade. Emerson GABARDO enuncia que no modelo gerencial “fundado no princípio da subsidiariedade, o Estado passa a ser um ente responsável prioritariamente pela atuação por via do fomento e dentro de limites de razoabilidade e excepcionalidade. Para tanto, deve desregulamentar e conceder incentivos fiscais e isenções.”⁸⁹.

Dessa forma, não se pode defender que o Brasil vivencia um modelo estatal único. Isso porque, é inegável a eleição do constituinte originário pelo modelo de Estado Social e Democrático de Direito. Porém, reformas administrativas e a inclusão de Emendas Constitucionais na CF/88 acometem concepções Neoliberais, e ainda, a divisão de tarefas entre o público e o privado de forma expansiva, remetendo ao controle estatal, indica a existência do Estado Regulador, fomentador e subsidiário, para atuar nos limites não operados pelo particular.

Esta reunião de modelos estatais se faz natural frente à transição global econômica e social, e, também às transformações nos níveis de desenvolvimento do país. Contudo, o que não se pode permitir é que, após a vitória trazida, em 1988, pela inauguração do modelo de Estado Social e Democrático de Direito, o Estado se torne novamente reduzido e repasse a responsabilidade de desenvolver o país àqueles que acordaram parcerias de prestação de serviços públicos com a Administração.

⁸⁷ CARVALHO, Raquel Urbano Melo de. Op. cit., p. 843.

⁸⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso...**, p. 456. Para Romeu Felipe Bacellar Filho “às agências reguladoras de serviços públicos incumbe fiscalizar e reprimir, administrativamente, toda forma de atentado aos princípios que norteiam a exploração do serviços público.” Para o autor, as agências reguladoras são verdadeiras guardiãs do serviço público. (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **O poder normativo...**, p. 55).

⁸⁹ GABARDO, Emerson. **Interesse Público e Subsidiariedade**: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum. 2009. p. 114.

Juarez FREITAS reconhece a necessidade de um “Estado essencial, sem significar um Estado reduzido”⁹⁰, sendo que “o Estado essencial busca ter o tamanho viabilizador do cumprimento de suas funções, nem mínimas, nem máximas, simplesmente essenciais”.⁹¹

Assim tem-se que:

em matéria de serviços públicos com o devido senso crítico, conscientes de que a delegação e a regulação dos serviços públicos enfrentam no Brasil problemas que não existem onde tais institutos foram concebidos, ou não existem com tamanha intensidade (por exemplo, grande inadimplência, os ‘gatos’ de energia elétrica, oneroso financiamento público e privado em razão das elevadas taxas de juros, etc.) infelizmente, os nossos desafios são maiores e os nossos recursos, econômicos e éticos, menores.⁹²

Justamente por isso, é imprescindível que a Administração Pública assegure o traço do serviço público como direito fundamental a todas as pessoas, não bastando o repasse desses serviços a uma tarifa módica, isso porque, milhares de cidadãos brasileiros, ainda hoje, não possuem as mínimas condições de arcarem com quaisquer tipos de tarifas.

Querer “despublicizar” os serviços públicos através do integral repasse à iniciativa privada é entregar ao mercado competitivo – e à sorte – a efetivação da dignidade das pessoas. Portanto, permitir a instalação do Neoliberalismo é garantir “mais empresários e menos Estado. Mais lucros e menos burocracia. Mais consumo e menos cidadania”⁹³ o que certamente não conjuga com os anseios da parcela da sociedade que não pode ser o empresário, apenas o consumidor das necessidades mais básicas.

3 O REGIME JURÍDICO DO SERVIÇO PÚBLICO

O regime jurídico do serviço público é formado por um “conjunto de princípios e regras”⁹⁴ que lhe confere identidade “especificidade e singularidade”⁹⁵ e impõe direitos e deveres tanto a quem os está prestando, quanto aos cidadãos que dele usufruem. Ainda que o rol de princípios a serem efetivados na prestação de serviço público seja tema bastante divergente na doutrina nacional, para o presente

⁹⁰ FREITAS, Juarez. **Estudos de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 33.

⁹¹ Idem.

⁹² ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Op. cit., p. 58.

⁹³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Op. cit., p. 507.

⁹⁴ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Op. cit., p. 254-255.

⁹⁵ Idem.

trabalho, utilizar-se-á do elenco trazido pela legislação infraconstitucional, editada em cumprimento aos ditames constitucionais.

A Constituição Federal, em seu art. 175, parágrafo único, IV,⁹⁶ determina a obrigatoriedade da prestação de um serviço público adequado. Corroborando o mandamento constitucional, a Lei n.º 8.987/95 em seu art. 6º⁹⁷ estabelece que “será adequado o serviço público que atender aos princípios da regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade de tarifas.”⁹⁸

Para que se compreenda o real significado de serviço público adequado, faz-se imperioso analisar fundamentalmente (nos contornos do presente trabalho) cada um dos princípios ditados no referido art. da Lei de Permissões e Concessões de 1995, sendo que, no capítulo seguinte serão desmembrados detalhadamente os princípios da generalidade, continuidade e da modicidade das tarifas, pois, adota-se o posicionamento da autora Adriana da Costa Ricardo SCHIER, de que tais princípios regem o núcleo fundamental da prestação de serviços públicos.⁹⁹

Assim, tem-se que o princípio da **continuidade** determina que a prestação do serviço público deve ser permanente, sendo que as interrupções apenas são permitidas nos casos previstos em lei.¹⁰⁰ Para Adelaide Musetti GROTTI tal princípio “deriva de sua indispensabilidade, do seu caráter essencial e do interesse geral que o serviço satisfaz.”¹⁰¹

⁹⁶ Art. 175, parágrafo único, “IV - a obrigação de manter serviço adequado.”

⁹⁷ Art. 6º: “§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.”

⁹⁸ A partir das chamadas “Leis de Rolland” – três princípios que deveriam sempre reger a prestação dos serviços públicos: continuidade do serviço; adaptação ou modificação do serviço pela autoridade competente; igualdade dos particulares perante os serviços públicos. Contudo, ao decorrer dos tempos, doutrinadores foram adicionando demais princípios para conduzir a prestação dos serviços públicos. (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Op. cit., p. 255-256).

⁹⁹ Adota-se a tese de Adriana da Costa Ricardo SCHIER. A autora defende que “os princípios da universalidade, da modicidade e da continuidade [são] como aqueles que irão assegurar, aos cidadãos, a máxima efetividade dos direitos sociais concretizados por meio do instituto dos serviços públicos. São esses, afinal, os princípios que integram o núcleo essencial do regime jurídico do serviço público, diretamente ligados à noção de mínimo existencial.” (SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime...**, p. 229).

¹⁰⁰ No art. 6º, § 3º da Lei n.º 9.897/1995 prevê que não cairá em descontinuidade o serviço público que for interrompido em situação de emergência ou após aviso, quando: (i) motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; (ii) por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

¹⁰¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Op. cit., p. 261.

Conforme Celso Antônio Bandeira de MELLO a continuidade garante o direito dos administrados em não ter os serviços públicos interrompidos ou suspensos,¹⁰² justamente por ser atividade de interesse público, revestido de importância e necessidade.¹⁰³

O princípio da **regularidade** pode ser entendido como “um *plus* em relação à continuidade, de tal modo de aquela [regularidade] pressupõe esta”¹⁰⁴, isso porque a regularidade “se vincula à prestação devida de acordo com as regras, normas e condições preestabelecidas”¹⁰⁵, assim “o serviço não pode ser regular, se também não for contínuo”¹⁰⁶.

Porém, alguns autores entendem que o princípio da regularidade é consequência do princípio da continuidade. Segundo José CRETELLA JÚNIOR o serviço público atende a regularidade quando é prestado de acordo com o que foi previamente estabelecido, para tanto, explica que existe continuidade quando o serviço é regular, não necessariamente prestado de forma permanente.¹⁰⁷

O princípio da **eficiência**, adicionado ao art. 37, *caput*, da CF/88 através da Emenda Constitucional n.º 19/98, prevê a promoção satisfatória dos serviços públicos a toda sociedade, sem que haja gasto financeiro excessivo.¹⁰⁸

Para Adriana da Costa Ricardo SCHIER, o princípio da eficiência está voltado à otimização das funções administrativas, impondo o melhor atendimento possível das finalidades estatuídas em lei, de acordo com os padrões de qualidade exigíveis.¹⁰⁹

No tópico anterior já se explicitou que a EC 19/98 foi promulgada no anseio da Reforma Administrativa, a qual visava prioritariamente reduzir os custos estatais. Diversas críticas foram esboçadas a partir da introdução da eficiência nos princípios direcionados à atuação administrativa.

Para Paulo MODESTO, inserir o princípio da eficiência no art. 37 da CF/88 se tornaria redundante e desnecessário, pois, consoante o autor diversos

¹⁰² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Op. cit., p. 678.

¹⁰³ BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Estudos de Direito Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 55-56.

¹⁰⁴ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Op. cit., p. 287.

¹⁰⁵ Idem.

¹⁰⁶ Idem.

¹⁰⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. 10. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 85.

¹⁰⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito...**, p. 54.

¹⁰⁹ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime...**, p. 57.

mandamentos constitucionais já explicitavam a necessidade do agir eficiente do administrador público,¹¹⁰ sendo que “nunca houve autorização constitucional para uma administração pública ineficiente. A boa gestão da coisa pública é obrigação inerente a qualquer exercício da função administrativa e deve ser buscada nos limites estabelecidos pela lei.”¹¹¹

Para Celso Antônio Bandeira de MELLO o princípio da legalidade já justificava a indispensabilidade da eficiência, por conseguinte, trata do princípio da boa administração¹¹² como uma faceta da eficiência, sendo dever jurídico a melhor maneira de administrar a coisa pública.¹¹³

O princípio da **segurança** implica que quaisquer pessoas que tenham contato com o serviço precisam estar afastadas de riscos. Para que possíveis acidentes sejam apartados, todos os meios de segurança e técnicas devem ser utilizados.¹¹⁴ Também, o fato da segurança não ser absoluta, “pressupõe uma relação de custo-benefício, cujo objetivo é o interesse público, envolvendo, pois, uma ponderação de vantagens e desvantagens das medidas atinentes à diminuição dos riscos.”¹¹⁵

Para Adriana da Costa Ricardo SCHIER, o princípio da segurança “pode ser tomado como corolário do princípio da eficiência, na medida em que define que o serviço público seja prestado da maneira mais segura possível, garantindo a incolumidade das pessoas e dos bens afetos aos serviços.”¹¹⁶

O princípio da **atualidade** presume que o serviço público satisfaça “a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.”¹¹⁷ Conforme ensina Marçal JUSTEN FILHO “é da essência do serviço público sua adaptação conforme a variação das necessidades e a alteração dos modos possíveis de sua solução.”¹¹⁸

É de se chamar atenção o fato de que, mesmo não utilizadas técnicas mais modernas, mas, satisfeito o princípio da eficiência conclui-se que há atualidade no

¹¹⁰ Para o autor, os arts. 70, *caput*, 71, VII, 74, II, 93, X, 144, §7º e 175 da Constituição Federal de 1988, já explicitavam o dever dos administradores públicos de agir de forma eficiente. (MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador, n. 10, maio/jun/jul, 2007.)

¹¹¹ *Ibidem.*, p. 7.

¹¹² Conforme o autor, o princípio da boa administração advém do Direito Administrativo Italiano. (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 122.)

¹¹³ *Idem.*

¹¹⁴ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Op. cit.*, p. 293.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 293-394.

¹¹⁶ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime...**, p. 58.

¹¹⁷ Art. 6º, §2º da Lei n.º 9.897/1995.

¹¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso...**, p. 499.

serviço. Isso porque, é necessário verificar o custo-benefício de certas mudanças, pois, se absurdamente drásticas irão elevar as tarifas, o que não atenderá o melhor interesse do administrado.¹¹⁹

Contudo, há que se verificar situações em que a não modernização do serviço público prejudica sua utilização, pois, “o progresso tecnológico produz redução de custos e de tempo e ampliação de utilidades ofertáveis ao público. Mais ainda, gera novas necessidades. (...) Portanto, não adotar novas técnicas significa desatender às necessidades a ela relacionadas.”¹²⁰

Ainda, de acordo com Adriana da Costa Ricardo SCHIER, a atualidade “não poderá ser admitida para piorar as condições de prestação do serviço em desfavor dos cidadãos; só poderá ser entendida como uma exigência de melhoras na prestação dos serviços, para que o interesse público seja melhor atendido.”¹²¹

O princípio da **generalidade** ou universalidade é o que impõe a prestação do serviço a todos os cidadãos, independentemente de qualquer distinção. Para Marçal JUSTEN FILHO “significa que o serviço público deve ser prestado em benefício de todos os sujeitos que se encontrem em situação equivalente, de modo indeterminado.”¹²²

O princípio da **cortesia** “traduz-se em bom acolhimento ao público.”¹²³ É um direito do usuário do serviço em ser tratado de forma cortês por aquele que está lhe prestando o serviço. Caso tal princípio não seja respeitado deverá haver sanção disciplinar para aquele que desrespeitou, aplicada diretamente por seu superior hierárquico.¹²⁴

O princípio da **modicidade das tarifas** equivale a cobrança da menor tarifa possível em face da prestação do serviço, tendo em vista o baixo nível de poder econômico da ampla maioria da população brasileira. Isso porque, um serviço eleito como essencial, integra-se ao rol constitucional e se torna serviço público, logo, seu caráter primordial não pode ser retirado da população pelo seu valor implausível.¹²⁵

¹¹⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Op. cit., p. 294-296. Também nesse sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de Serviços Públicos**: comentários às Leis n.º 8.987 e 9.074, de 1995. São Paulo: Dialética. p. 128.

¹²⁰ Idem.

¹²¹ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime...**, p. 59.

¹²² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso...**, p. 498-499.

¹²³ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Op. cit., p. 299.

¹²⁴ Idem.

¹²⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Op. cit., p. 679.

Desmembrados tais princípios, conclui-se, inicialmente, que será adequado o serviço que englobar todas as características acima expostas. Contudo, em uma análise mais profunda, poder-se-á entender como adequado o serviço público que, mesmo não efetivando todos os princípios em sua maximidade, na situação concreta atender as necessidades dos administrados. Nesse sentido, Marçal JUSTEN FILHO aduz que “também serão adequados os serviços que, em face das circunstâncias, possam ser reconduzidos ao conceito, na acepção de terem sido adotadas as precauções viáveis em face das condições materiais e humanas.”¹²⁶

Entretanto, há que se permear a diferença entre não atender todos os princípios de forma integral e simplesmente não atendê-los. Justamente por isso, adota-se o posicionamento de que é basilar configurar o núcleo essencial¹²⁷ da prestação de serviços públicos, para que os direitos fundamentais sejam garantidos e o desenvolvimento social alcançado. Para tanto, no próximo capítulo se desenvolverá uma análise minuciosa em relação aos princípios da universalidade, continuidade e modicidade das tarifas, que configuram o núcleo essencial na prestação dos serviços públicos, na estrutura do pensamento de Adriana da Costa Ricardo SCHIER.¹²⁸

A Lei n.º 8.987/95, a qual traz os princípios caracterizadores do serviço público adequado, tem como objetivo, regular o regime de concessão e permissão da prestação de serviço público, portanto, quando os serviços não forem prestados diretamente pelo Estado. Todavia, não é possível admitir que, o fato da lei conferir mandamentos ao setor privado desincumba o Poder Público de atuar também nessa direção.

Tal interpretação pode ser retirada do próprio art. 175, *caput*, da CF/88, pois ao determinar que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente (...), a prestação de serviços públicos”, e, posteriormente, em seu inciso IV, definir que o

¹²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões...**, p. 125.

¹²⁷ Consoante os ensinamentos de Gilmar Ferreira MENDES a CF/88 em seu art. 60, §4º, veda expressamente qualquer alteração constitucional que tenda a minimizar ou abolir direitos e garantias individuais. Assim a adoção de um núcleo essencial advém do próprio modelo constitucional brasileiro. Para o autor, “a não admissão de um limite ao afazer legislativo tornaria inócua qualquer proteção fundamental.”, justifica, portanto, a existência de um núcleo essencial. (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso...**, p. 398).

¹²⁸ A autora defende a tese de que “identificaram-se os princípios da universalidade, da modicidade e da continuidade como aqueles que irão assegurar, aos cidadãos, a máxima efetividade dos direitos sociais concretizados por meio do instituto dos serviços públicos. São esses, afinal, os princípios que integram o núcleo essencial do regime jurídico do serviço público, diretamente ligados à noção de mínimo existencial.” (SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime...**, p. 228-229).

serviço deve ser adequado, impõe também à Administração Pública, o dever de obediência à legislação que defina o que é o serviço público adequado.

A doutrina de Odete MEDAUAR ensina que “se essa lei [Lei n.º 8.987/95] indica os índices de exigência do serviço executado pelo concessionário, tais índices também devem prevalecer na prestação de serviços efetuada diretamente pelo poder público.”¹²⁹

Com relação aos delegatários dos serviços públicos não resta dúvida sobre o dever de efetivarem tais princípios na prestação dos serviços. Porém, conforme se verificou no tópico anterior, a partir da Reforma Administrativa iniciada no Brasil, o repasse do dever de prestação dos serviços públicos teve um aumento considerável através da privatização,¹³⁰ exatamente para haver diminuição dos gastos públicos, ficando a Administração encarregada de fiscalizar a conduta de tais agentes.

Para tanto, em 1996, houve no Brasil a implementação das agências reguladoras¹³¹ de serviços públicos,¹³² que têm função de manter o equilíbrio entre o interesse econômico do concessionário, e os interesses dos usuários do serviço. Para isso, atua mediante as benevolências políticas do Estado.¹³³

De acordo com Dinorá Adelaide Musetti GROTTI, as agências reguladoras possuem extenso poder normativo, “cumulado com o fiscalizatório, o sancionatório, o de dirimir conflitos de interesses entre agentes econômicos regulados, entre tais agentes e a própria agência, ou mesmo entre tais agentes e usuários etc.”¹³⁴. Além disso

¹²⁹ MEDAUAR, Odete. Op. cit., p. 337.

¹³⁰ Paulo Roberto Ferreira Motta esclarece que, segundo a doutrina majoritária, são formas de privatização “privatização por desestatização (ou seja, alienação da propriedade pública); por concessão; por terceirização; por quebra de monopólio; por desregulamentação.” (MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências...**, p. 48).

¹³¹ Consoante os ensinamentos de Marçal JUSTEN FILHO as agências reguladoras são autarquias especiais, portanto integrantes da Administração Pública Indireta, possui personalidade jurídica de direito público e se sujeita ao regime jurídico administrativo, porém, por serem autarquias especiais, possuem certa margem discricionária na sua atuação para diminuir o grau de subordinação à Administração Pública Direta. Além disso, pode editar “normas abstratas infralegais, adotar decisões discricionárias e compor conflitos num setor econômico.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso...**, p. 474-475).

¹³² Paulo Roberto Ferreira MOTTA assevera que muito antes da década de 1990 já haviam autarquias com as mesmas funções das agências reguladoras, sendo que, aquelas exerciam “concomitantemente, as funções normativa, administrativa e jurisdicional”. Para tanto, exemplifica com a criação em 1964 do Banco Central, do Conselho Monetário Nacional – CMN e da Comissão de Valores Imobiliários. Contudo, alerta que tais autarquias nunca tiveram a função de regular os serviços públicos. (MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências...**, p. 48).

¹³³ Ibidem, p. 32.

¹³⁴ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As Agências Reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador, n. 6, maio/jun/jul, 2006. p. 8.

desenvolvem uma tripla regulação: a ‘regulação dos monopólios’, visando atenuar os efeitos das forças de mercado, através de controle de preços e da qualidade do serviço; a ‘regulação para a competição’, a fim de criar condições para existência e manutenção da concorrência e a ‘regulação social’, objetivando à universalização dos serviços (...)¹³⁵

Com relação aos contornos do presente trabalho, importa expandir a ideia de que cabem às agências reguladoras o controle social, ou seja, controlar o desenvolvimento proporcionado pelo serviço em questão e dar voz à população usuária de serviços concedidos, para que suas reclamações auxiliem na melhoria da prestação de tais serviços.

Diferentemente do que ocorre com a Lei de Concessão e Permissão de serviços públicos, a qual apenas infere quais os direitos e obrigações do usuário¹³⁶, as leis que instituem as agências reguladoras devem englobar a ideia de controle social.

Dinorá Adelaide Musetti GROTTI entende que a participação do cidadão mediante a “instituição de ouvidores junto a diferentes órgãos públicos, audiências públicas, consulta pública, criação de Conselhos, sistemas de ‘disque-denúncias, coletas de opinião”¹³⁷ entre outras, configuram “instrumentos de legitimidade do poder, aproximando o Estado e a sociedade.”¹³⁸

Com esse viés, a Lei n.º 9.472/1997, Lei Geral das Telecomunicações, introduziu o acesso popular através de consultas públicas, aos atos normativos realizados pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), direcionando que as “críticas e sugestões merecem exame e [devem] permanecer à disposição do público na Biblioteca.”¹³⁹ que a “invalidação de atos e contratos, será garantida previamente a manifestação dos interessados”¹⁴⁰, e ainda, concedendo, aos usuários, o direito de petição contra ato da agência.¹⁴¹

¹³⁵ Idem.

¹³⁶ “Art. 7º (...) são direitos e obrigações dos usuários: I - receber serviço adequado; II - receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos; IV - levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado; V - comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço;”

¹³⁷ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **As Agências...**, p. 19.

¹³⁸ Idem.

¹³⁹ Art. 42 da Lei n.º 9472/1997.

¹⁴⁰ Art. 43 da Lei n.º 9472/1997.

¹⁴¹ Art. 44 da Lei n.º 9472/1997.

A Lei n.º 9.427/1997 a qual instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) determina que “o processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, (...) será precedido de audiência pública”.¹⁴² Da mesma forma, demais leis preveem a necessidade de realizar audiência pública anterior a alterações normativas, são exemplos: Lei n.º 9.478/1997, art. 19,¹⁴³ relativa à criação da Agência Nacional de Petróleo e Lei n.º 10233/2001, art. 68,¹⁴⁴ relativo à criação das Agências Nacional de Transportes Terrestres e Aquaviários.

Tais mecanismos, além de favorecerem a participação popular, permitem que a interferência provocada pelo cidadão usuário de serviço público resulte em atos normativos práticos, consubstancializados na vivência do aproveitamento de tais serviços, além de priorizar informações e discursos claros, sem formalismos exacerbados.

Nesse sentido, a Lei n.º 12.527/2011, regulamentada pelo Decreto n.º 7.724/2012, popularizada como a Lei de Acesso a Informação Pública, a qual se destina-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação consoante o art. 5º, XXXIII da CF/88, determina em seu art. 3º, V, que uma de suas diretrizes será o “desenvolvimento do controle social da administração pública”.¹⁴⁵

Consoante a Cartilha produzida pela Controladoria-Geral da União e destinada a introduzir o assunto para capacitação dos servidores públicos ao atendimento da população com relação a Lei de Acesso a Informação Pública, controle social é

A participação do cidadão na gestão pública, na fiscalização, no monitoramento e no controle da Administração Pública. O controle social é um complemento indispensável ao controle institucional realizado pelos órgãos que fiscalizam os recursos públicos. Contribui para a

¹⁴² Art. 4º, § 3º da Lei n.º 9427/1996.

¹⁴³ “Art. 19. As iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços das indústrias de petróleo, de gás natural ou de biocombustíveis serão precedidas de audiência pública convocada e dirigida pela ANP.”

¹⁴⁴ “Art. 68. As iniciativas de projetos de lei, alterações de normas administrativas e decisões da Diretoria para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte serão precedidas de audiência pública.”

¹⁴⁵ “3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:” (...) “V - desenvolvimento do controle social da administração pública.”

gestão ao favorecer a boa e correta aplicação dos recursos, é um mecanismo de prevenção da corrupção e fortalece a cidadania.¹⁴⁶

Dessa forma, no atual momento histórico, em que a Administração Pública não perfaz totalmente a necessidade dos administrados, sendo que a prestação dos serviços públicos fica – em muitas vezes – a cargo da atividade privada. Nessa toada, a conjugação da efetivação dos princípios insertos à Lei n.º 8.987/95 pelo prestador do serviço, a verdadeira fiscalização por intermédio das Agências Regulatórias e a participação popular mediante o controle social, certamente contribuirão para o desenvolvimento social do país através do crescimento e aprimoramento da prestação adequada de serviços públicos.

CONCLUSÃO

Infere-se das considerações apresentadas que o modelo de Estado adotado pelo Brasil traz consigo a obrigação na prestação de serviços públicos, pois a sua instrumentalização acresce na efetivação dos direitos fundamentais, de modo a garantir a dignidade da pessoa humana.

Não há na Constituição Federal uma definição acerca da ideia de serviço público, mas apenas a determinação de sua efetivação pelos entes federativos. Assim, a doutrina traz a noção de serviço público de forma a unir seu ângulo de essência social, visto sua importância primordial para a dignidade humana, com seu lado mais dinâmico e conceitual, não permitindo outra forma de compreensão.

Portanto, a doutrina defende que o serviço público obrigatoriamente tenha um vínculo com o Estado que determina sua titularidade, ou seja, ainda que e a atividade seja prestada mediante concessão ou permissão, casos esses em que a Administração irá atuar como reguladora, o serviço público continua tendo como titular o Estado, da mesma forma essencial que o regime jurídico da atividade seja público, com suas prerrogativas e sujeições o que permite que o interesse público daquele serviço seja efetivado.

Dessa forma, o que se fez mostrar no presente trabalho foi que o serviço público, como atividade determinante na garantia da efetivação dos direitos

¹⁴⁶ Controladoria-Geral da União. **Acesso à Informação Pública**: Uma introdução à Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011, Brasília, 2011, p. 22.

fundamentais e preponderante para a facilitação do desenvolvimento nacional sustentado no art. 3º, II, da Constituição Federal de 1988.

Conclui-se, por fim, que os serviços públicos são instrumentos necessários à garantia dos direitos fundamentais presentes na CF/88 1988, e permitem que o indivíduo se liberte de tais tarefas, ficando livre para desenvolver sua personalidade da maneira como lhe convier e lutar por seus ideais.

Assim, imprescindível que se feche o presente trabalho parafraseando a professora que o inspirou desde o início, da melhor forma possível, pois, acredita-se que o desenvolvimento é apto a ensinar nas pessoas a esperança

Para efetivar o ideário da Carta de 88 é preciso lutar – e com esperança. Esperança na capacidade das pessoas na construção de suas histórias, esperança de que o Direito também possa vir a ser veículo de efetivação da vida digna, esperança de que os ideais emancipatórios que preenchiam os livros e os discursos jurídicos das décadas de 1980 e 1990, no Brasil, possam realizar-se como prática democrática no novo século.¹⁴⁷

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Serviço público. In: DELPIAZZO, Carlos E. (Coord.). **Estudios jurídicos en homenaje al profesor Mariano R. Brito**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 2008.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

In:_____. **Reflexões sobre Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BATISTA, Paulo Nogueira. **O Consenso de Washington: A visão neoliberal dos problemas latino-americanos**. São Paulo: Consulta Popular, 1999.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Estudos de Direito Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BRASIL. Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado. **Plano diretor da reforma do aparelho do estado**. Brasília, 1995.

In:_____. Controladoria-Geral da União. **Acesso à Informação Pública: Uma introdução à Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011**, Brasília, 2001.

¹⁴⁷ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime...**, p. 230-231.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo: parte geral, intervenção do Estado e Estrutura da Administração**. Salvador: JusPodivm, 2008.

CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista Crítica Jurídica**, Curitiba, n. 22, jul./dez. 2003.

COSTA, Valeriano Mendes Ferreira. a dinâmica institucional da reforma do estado: um balanço do período FHC. In: ABRUCIO, Fernando Luiz e LOUREIRO, Maria Rita (Orgs.). **O Estado Numa Era de Reformas: Os Anos FHC - Parte 2**. Brasília: MP, SEGES, 2002.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. 10. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FARIAS, Déborah Barros Leal. Reflexos da Teoria Neoliberal e do Consenso de Washington na Constituição Brasileira de 1988. In: **Revista de Direito Constitucional e Direito Internacional**. n. 59, abr./jun. 2007.

FINGER, Ana Cláudia. O Público e o Privado na Administração Pública. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.) **Cenários do Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 73.

FREITAS, Juarez. **Estudos de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

GABARDO, Emerson. **Interesse Público e Subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal**. Belo Horizonte: Fórum. 2009.

GRAU, Eros Roberto. Constituição e Serviço Público. In: _____; GUERRA FILHO, Willis Santiago. (Orgs.). **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001.

GROSSI, Paolo. **Primeira Lição Sobre Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

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

In:_____. As Agências Reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador, n. 6, maio/jun/jul, 2006.

GUIMARÃES, Ulysses apud MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de Serviços Públicos: comentários às Leis n.º 8.987 e 9.074, de 1995**. São Paulo: Dialética.

In:_____ **Curso de Direito Administrativo**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 2. ed. São Paulo: RT, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador, n. 10, maio/jun/jul, 2007.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Regulação e Universalização dos Serviços Públicos**: análise crítica da regulação da energia elétrica e das telecomunicações. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SANDRONI, Paulo. **Novíssimo Dicionário de Economia**. São Paulo: Best Seller, 1999.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coords.). **Vinte Anos de Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juis, 2009.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime jurídico do serviço público**: garantia fundamental do cidadão e proibição do retrocesso social. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2010.

In:_____. Administração Pública: Apontamentos sobre os Modelos de Gestão e Tendências Atuais. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.) **Cenários do Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional**: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4 ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

VASCONCELLOS, Marco Antonio S.; GARCIA, Manuel E. **Fundamentos de Economia**. Saraiva: São Paulo, 2005.

WEBER, Max. **Ensaios de Sociologia**. Tradução Waltensir Dutra. 5ª ed. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos. 1982.