

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO
NÚCLEO DE MONOGRAFIAS

SERVIÇOS PÚBLICOS À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

CURITIBA
2006

FERNANDA SANSON ZAGONEL

SERVIÇOS PÚBLICOS À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Monografia apresentada ao Núcleo de Monografias como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho

Co-orientador: Prof. Marcus Vinicius Corrêa Bittencourt

CURITIBA

2006

TERMO DE APROVAÇÃO

FERNANDA SANSON ZAGONEL

SERVIÇOS PÚBLICOS À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Professor Romeu Felipe Bacellar Filho
(Departamento de Direito Público)

Professor Marcus Vinicius Corrêa Bittencourt

Professora Ângela Cassia Costaldello

Curitiba, 23 de outubro de 2006.

Agradeço a Deus pela vida e pela oportunidade de poder estudar em uma Universidade de qualidade. Aos meus pais Marcio e Ivete pelo carinho e amor eternos, bases de minha existência; aos meus irmãos Fabiana e Felipe que antes de tudo são amigos, pela compreensão que tiveram desde o início; a todos os demais amigos pelo incentivo, sobretudo as amigas-irmãs Andrea, Camila, Camile, Maria Silvia, Paula, Silvia, Viviane e Maria Luiza por serem tão especiais, companheiras no estudo do Direito e indispensáveis para minha vida; ao meu orientador, prof. Romeu Felipe Bacellar Filho e ao meu co-orientador, prof. Marcus Vinicius Corrêa Bittencourt, pela disposição em aceitarem a tarefa de me orientar no presente trabalho, pela paciência e pelas palavras sábias de direção e ensinamento.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	1
2 DESENVOLVIMENTO DA TEMÁTICA	5
2.1 SISTEMATIZAÇÃO DA TEORIA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS.....	5
2.1.1 Conceito de Serviços Públicos e Regime Jurídico.....	5
2.1.2 Evolução histórica do conceito e redimensionamento dos Serviços Públicos no contexto de transformação estatal.....	15
2.1.3 Estado Social, neoliberalismo, globalização e direitos fundamentais.....	24
2.2. A ESPECIAL PROBLEMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	33
2.2.1 A Constituição Federal como concretizadora dos direitos fundamentais no Estado Reestruturado.....	34
2.2.2 Direitos Fundamentais – obstáculos à judicialização.....	37
2.2.3 Eficácia jurídica dos Direitos Fundamentais e sua legitimação.....	43
2.3 IMPULSO A UM NOVO MODELO DE SERVIÇOS PÚBLICOS.....	48
2.3.1 Pensar os Serviços Públicos com a ótica dos Direitos Fundamentais.....	48
2.3.2 Pensar o usuário dos Serviços Públicos, com enfoque na cidadania e dignidade da pessoa humana como valores fundamentais.....	60
3 CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	69

RESUMO

O presente estudo fixa-se nas transformações que sofreu o conceito de serviço público ao longo da história, até os dias atuais, em que é sobremaneira influenciado pelos direitos fundamentais. Ressalta-se, inicialmente seu conceito, regime jurídico e que embora não deixe de ter um aspecto econômico, possui uma qualificação especial pelos interesses a serem protegidos. Em seguida analisa-se a evolução do Estado que de Absolutista, passou a Estado Social e hoje se entende como sendo um Estado Regulador, o qual influenciado pelos ideais neoliberais e globalizadores, e pelo crescente número de privatizações, se vê muito mais num papel de gerenciador da prestação de serviços públicos pelos particulares, do que no papel de prestador. É nessa mudança de paradigma que se concentra a análise do presente trabalho, uma vez que apesar de ser prestado por particular, o serviço continua contendo um interesse público a ser preservado, o qual deve ser compreendido à luz do valor da dignidade da pessoa humana. Nessa seara, entende-se que não há uma crise do conceito de serviço público, mas apenas o dever de o readequarmos à realidade contemporânea. Deve ser sempre vinculado à realização material da dignidade humana, de modo que sua supressão equivale a tornar inexistentes esses direitos. Por fim, analisa-se o usuário dos serviços públicos, uma vez que num país como o nosso, em que milhares de pessoas vivem sem condições mínimas de ter uma vida digna, os serviços públicos ainda se apresentam como garantidores da efetividade de seus direitos fundamentais e da justiça social.

Palavras-Chaves: Serviço público – direitos fundamentais – usuário – dignidade da pessoa humana.

SERVIÇOS PÚBLICOS À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

“(...) es imposible concebir una ética que no se base en el respeto de los derechos de cada ser humano, por el Estado y por los demás hombres, en la comprensión de que su naturaleza es el resultado de una idea de lo que es el hombre en su relación con la organización política, de que estos derechos son una emanación de la dignidad eminentemente de la persona y que derechos y deberes se han de integrar correlativamente para asegurar un orden de libertad, paz y justicia.” (GROS ESPIELL, H. **Derechos humanos y vida internacional**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, p. 41).

1 INTRODUÇÃO

Buscar-se-á, com o presente estudo a interdisciplinaridade do Direito Administrativo, Econômico e Constitucional, na certeza de que a ciência do Direito é uma, e a compartimentalização deve ser fundida, para que se busquem as soluções adequadas.

Além do estudo dos aspectos supra descritos, logicamente há que se buscar os fundamentos normativos comparados das estruturas dos diferentes fatos – ordenamentos – sociais, políticos e econômicos, analisando sua cristalização na positivação jurídica, passando necessariamente pela mudança estatal sofrida durante a evolução histórica, que se reflete diretamente na prestação de serviços públicos, e confrontando a garantia dos direitos fundamentais do homem.

A partir dessas premissas é que se parte para a análise da noção de serviços públicos, a qual, desde seu conceito clássico francês até os dias atuais, sofreu grandes transformações.

Oriunda das ciências políticas, após sua inserção no universo jurídico através das jurisprudências francesas, a sua noção sofreu muitas variações no enfoque, eis que ora foi considerado a pedra angular do Direito Administrativo¹, ocupando posição central no direito público, ora foi entendida como instituição sem importância jurídica. Por essa razão é que se diz que a doutrina destaca freqüentemente a fluidez do

¹ Expressão atribuída a Gaston Jèze.

tema referente ao serviço público, sendo considerado um dos tópicos mais incertos e duvidosos do Direito Administrativo.

Ressalta-se que a preocupação dos serviços públicos sempre foi muito mais de interesse do Estado que dos cidadãos. A sua noção genérica remetia à existência de um interesse coletivo inerente à atividade que justificava: sua supressão do regime de liberdade econômica; sua sujeição a um regime público; eventual participação dos particulares por delegação (descentralização).

Nesse passo, não se deve olvidar que “embora serviço público não deixe de ter um aspecto econômico, possui uma qualificação especial pelos interesses a serem protegidos”². Assim, faz-se a separação entre serviço público e atividade econômica *stricto sensu* na Constituição Federal de 1988, uma vez que o art. 175 se encontra no capítulo que trata dos princípios gerais da atividade econômica³.

Disso infere a idéia de que a identificação das atividades econômicas que serão consideradas serviço público nunca foi influenciada pela perspectiva dos direitos fundamentais. Nem para eleger a atividade, nem para disciplinar a forma como seriam prestadas. Seria incorreto, então, achar que tem-se uma noção de serviço público formado pela lógica da solidariedade, dignidade e distribuição.

Quem sempre teve acesso aos serviços públicos foram as classes médias, e nunca se viu perspectiva de aumento a esse acesso. Há um caráter regressivo e concentrador.

O estudo dos serviços públicos revela-se vasto e é no entendimento de seu conceito, sua evolução e crise, que se faz necessária a presente pesquisa. Percebe-se que o conceito de serviços públicos mostrou-se ultrapassado frente aos novos desafios do Estado e da Sociedade e frente ao enfoque na importância dos direitos fundamentais do sujeito usuário desse serviço.

Este trabalho justifica-se, então, pelo caráter científico e inovador que se pretende alcançar, através da análise minuciosa de diferentes possibilidades para integrar os direitos fundamentais à Administração Pública.

Deve ser perseguido o cumprimento da noção de prestação de serviços públicos igualitária e sem discriminações, quanto ao acesso dos usuários ao serviço ofertado e à eliminação de favoritismos ou de exclusões.

² BITTENCOURT, Marcus Vinicius Correa. *Deveres-poderes de controle e fiscalização do concedente de serviço público*. Curitiba, 2004, p.2.

³ “Art. 175 da Constituição Federal brasileira: 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”.

Sendo os serviços públicos um meio de promoção dos direitos fundamentais, através do fornecimento de utilidades necessárias, de modo direto e imediato, são eles meios de assegurar a existência digna do ser humano. Há um vínculo inseparável entre o serviço público e a satisfação de direitos fundamentais. Caso este vínculo não se faça visível, será impossível reconhecer a existência de um serviço público, conseqüentemente esta atividade não será regulada pelo regime de direito público.

Nesse prisma, o presente trabalho se subdivide em três capítulos. No primeiro, apresenta-se o conceito de serviços públicos, o qual sempre foi alvo de diversas críticas o que acabou por propiciar constantes mutações em sua estrutura teórica. Ainda, cita-se sua evolução histórica e redimensionamento no contexto de transformação estatal, e a relação dos serviços públicos com os direitos fundamentais no modelo de Estado Social, permeado pelo neoliberalismo e globalização.

No segundo capítulo aprofunda-se o enfoque dado ao Estado Social e Democrático de Direito, o qual busca o bem-estar geral, a dignidade da pessoa humana e a concretização dos interesses públicos no âmbito social. Além disso, dá-se foco aos conhecimentos acerca dos direitos fundamentais e sua vinculação com a prestação dos serviços públicos pela Administração Pública.

Por fim, após essa base indispensável dada pelos capítulos precedentes, de cunho doutrinário e sociológico, o terceiro capítulo traz a instigante questão da abordagem dos serviços públicos com a ótica dos direitos fundamentais, ou seja, entender os serviços públicos como instrumentos de satisfação direta e imediata dos direitos fundamentais. Nessa mesma seara, este capítulo traz a análise do sujeito usuário dos serviços públicos, com enfoque na cidadania e dignidade da pessoa humana como valores fundamentais.

Assim, procura-se analisar a evolução dos serviços públicos, que nos dias atuais, marcados pela ideologia neoliberal, nada têm dos serviços públicos tradicionais. Hoje, a idéia prevalente é de que estes serviços garantam a efetividade de direitos essenciais e fundamentais ao homem. Um conceito que se revele verdadeiramente comprometido com a solidariedade, dignidade da pessoa humana e a justiça social, características sob as quais se assenta o Estado Democrático de Direito.

Ademais, o Direito Administrativo, genericamente, tem como pressuposto a missão constitucionalmente outorgada à Administração Pública, ou seja, a obrigação imposta ao Estado de ao prestar serviços públicos, ou ao delegá-los a terceiros, respeitar as regras constitucionalmente positivadas, quais sejam, as do Título II da Constituição Federal brasileira (“Direitos e Garantias Fundamentais”). Aqui jaz a importância extrema de o conceito de serviços públicos estar adequado a esta realidade, motivo do presente estudo.

2 DESENVOLVIMENTO DA TEMÁTICA

2.1 SISTEMATIZAÇÃO DA TEORIA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Para melhor estudar os serviços públicos e as transformações que vêm sofrendo ao longo dos anos, neste capítulo dividir-se-á o estudo na análise de seu conceito e regime jurídico, sua evolução histórica, e por fim, o seu redimensionamento no contexto de transformação estatal.

Pretende-se estabelecer também as diferenças na maneira de atuação da Administração Pública, em relação à prestação dos serviços públicos, que nos tempos atuais é influenciada pelo neoliberalismo, globalização e pelos direitos fundamentais e, por consequência, sofre vinculação ao núcleo fundamental constitucional erigido em torno da dignidade da pessoa humana⁴. É nestas razões que se fará o estudo do conceito de serviços públicos e a sua contextualização sob a nova ótica estatal, qual seja, de um Estado compromissado com o dever de prestá-los, nunca deixando de levar em conta o bem comum de seus cidadãos.

2.1.1 Conceito de Serviços Públicos e Regime Jurídico

Não é tarefa fácil definir os serviços públicos e seu regime jurídico, por isso levar-se-á em conta, no presente trabalho, a opinião de diversos autores sobre o tema.

Seu conceito está intimamente relacionado à função do Estado, com sua intervenção na economia e pela definição de suas atividades tidas como precípuas. Dependendo da realidade política em que se encontra a sociedade nos variados períodos históricos, o Estado se encontra proposto de uma forma. Assim, o conceito de serviços públicos varia de acordo com as características de cada ordenamento

⁴ LIMA, Vivian Cristina. *Administração pública contemporânea: o usuário de serviço público e a dignidade da pessoa humana*. Curitiba, 2004. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 5.

jurídico de cada momento histórico⁵. Vale dizer, ainda, que sua trajetória informa o quão flexível a sua noção precisa ser, para se adequar às diversas políticas sociais.

Referindo-se ao conceito propriamente dito de serviço público, que é uma das modalidades de ação administrativa do Estado, nota-se que a doutrina não é uniforme, pois que se têm vários conceitos deste tema relevante. Há quem ofereça uma idéia *orgânica*, só considerando como tal o que é prestado por órgãos públicos; há quem apresente um conceito *formal*, que caracterizaria os serviços públicos por suas características extrínsecas; ainda, há quem se valha do conceito *material*, visando estabelecê-lo por seu objeto. Observa-se, desta forma, que o conceito de serviços públicos varia de acordo com as necessidades e exigências políticas, econômicas, sociais e culturais de cada sociedade, em cada momento histórico⁶.

Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO assume em sua obra a idéia de que para a noção de serviços públicos estar completa, “combinam-se, em geral, três elementos [...]: o material (atividades de interesse coletivo), o subjetivo (presença do Estado) e o formal (procedimento de direito público)”⁷.

A maioria dos doutrinadores considera imperiosa a união de dois ou três desses elementos, o que fez com que esses três critérios fossem sendo solidificados ao longo do tempo, e perduram até os dias atuais.

Salienta-se, ainda, a idéia de Rafael Antonio BALDO de que a conceituação de serviço público precisa ser precedida de uma delimitação de seu âmbito de incidência, implicando a necessária distinção entre os conceitos amplo e restrito do instituto em tela⁸. Nesse sentido, Marçal JUSTEN FILHO assevera que o serviço público, sendo uma atividade administrativa, exclui as atividades legislativas e jurisdicionais⁹.

Assim, além de a prestação de serviços públicos não se confundir com a atuação estatal, não corresponde igualmente a todas as atividades administrativas,

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, pp. 16-17.

⁶ Consoante Hely Lopes Meirelles, “o conceito de serviços públicos é variável e flutua ao sabor das necessidades e contingências políticas, econômicas, sociais e culturais de cada comunidade, em cada momento histórico, como acentuam os modernos publicistas”. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 326).

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 95.

⁸ BALDO, Rafael Antonio. *O serviço público como instrumento de garantia do cidadão: inserindo a noção de serviço público na evolução estatal*. Curitiba, 2005. 60 f. Monografia (Graduação em Direito) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 11.

⁹ Para Marçal Justen Filho “prestar um serviço público não abrange compor jurisdicionalmente um litígio nem produzir uma lei”. (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 478).

não havendo que se falar em semelhança com a função administrativa exercida exclusivamente pelo Poder Executivo. Apesar de comum ter-se a idéia de ser serviço público tudo aquilo que é feito pelo Estado, a atividade prestacional não deve ser confundida com a atividade de fomento, com a polícia administrativa, com a fiscalização e a arrecadação tributária, ou com a execução de obras públicas¹⁰.

Assim, depois de explicitadas as dificuldades da amplitude conceitual, importante priorizar neste estudo algumas noções de serviço público de destaque na doutrina nacional, e seus desdobramentos.

Dessa forma, Eros Roberto GRAU afirma ser o serviço público uma modalidade de atividade econômica. Para ele a intervenção estatal no domínio econômico, sem olvidar-se a sistemática adotada pela Constituição Federal de 1988, realizar-se-ia de duas maneiras: o exercício da atividade econômica em sentido estrito, regida pelo direito privado, e a prestação de serviços públicos, regida pelo direito público, onde serviço público seria, pela dificuldade na distinção das duas atividades, uma espécie do gênero atividade econômica¹¹.

Nesse mesmo enfoque, Marçal JUSTEN FILHO cita em sua obra que o serviço público apresenta caracteres econômicos, motivo pelo qual não pode ser diferenciado de forma absoluta do conceito de atividade econômica¹².

Prosseguindo no estudo, vale ressaltar o pensamento de Celso Antônio Bandeira de MELLO, que os reputa como sendo:

[...] certas atividades (consistentes na prestação de utilidade ou comodidade material) destinadas a satisfazer a coletividade em geral, [...] quando em dado tempo e lugar, o Estado reputa que não convém relegá-las simplesmente à livre iniciativa: ou seja, que não é socialmente desejável fiquem tão só assujeitadas à fiscalização e controles que exerce sobre a generalidade das atividades privadas (fiscalização e controles estes que se constituem no chamado poder de polícia) Justamente pelo relevo que lhes atribui, o Estado considera de seu dever assumi-las como pertinentes a si próprio (mesmo que sem exclusividade) e, em consequência exatamente por isto, as coloca sob uma disciplina peculiar instaurada para resguardo dos interesses nela encarnados: aquela disciplina que naturalmente corresponde ao próprio Estado, isto é, uma disciplina de Direito Público¹³.

Serviço público é, então, para Celso Antônio Bandeira de MELLO toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à

¹⁰ BALDO, Rafael Antonio. *O serviço público como instrumento de garantia do cidadão: inserindo a noção de serviço público na evolução estatal*. Curitiba, 2005. 60 f. Monografia (Graduação em Direito) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 12.

¹¹ GRAU, Eros. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1990, pp. 135 e ss.

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 19.

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 619.

satisfação da coletividade em geral¹⁴. Extrai-se, assim, do pensamento do autor, que os serviços públicos são algumas atividades que o Estado realiza por si só, ou por quem lhe faça às vezes, e que estão necessariamente ligadas ao regime jurídico de direito público – prerrogativas e sujeições.

Por conseguinte, complementando o conceito, Hely Lopes MEIRELLES cita em sua obra a idéia de Léon DUGUIT, para o qual “a atribuição primordial da Administração Pública é oferecer utilidades aos administrados, não se justificando sua presença senão para prestar serviços à coletividade”¹⁵.

Assim, para ele, também os serviços públicos são aqueles prestados pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer as necessidades da coletividade, sendo elas essenciais ou secundárias, ou ainda para satisfazer simples conveniências do Estado¹⁶. Já a indicação de quais seriam estas atividades prestadas pelo Estado é algo um pouco mais complexo, eis que as exigências sociais variam de acordo com cada momento histórico da sociedade, como já explicitado acima.

Nesse prisma, explica Romeu Felipe BACELLAR FILHO que:

parte da doutrina brasileira, representada por Celso Antônio Bandeira de Mello, têm defendido, com tenacidade, que o traço formal, que caracteriza o serviço público é a submissão ao regime jurídico administrativo. [...] Já Carlos Ari Sunfeld defende que a Constituição não vincula serviço público a regime jurídico administrativo, de forma que o legislador é livre para decidir o regime – público ou privado¹⁷.

No entanto, seguindo as idéias deste mesmo autor, não se pode concordar em dissociar os serviços públicos do regime jurídico administrativo, pois vale ressaltar que a Constituição brasileira de 1988 reservou um capítulo dedicado à Administração Pública. Isso significa dizer que a Lei Fundamental oferece um capítulo para o “regime jurídico constitucional-administrativo”, ou seja, aquele fundado em princípios constitucionais, como a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*, Constituição Federal).

Assim, obriga-se a Administração Pública a seguir esses princípios, seja no seu sentido subjetivo (órgãos da Administração Pública direta, autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista que compõem a

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 620.

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 326.

¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 326.

¹⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 163-164.

Administração Pública indireta), seja no seu sentido objetivo, da atividade administrativa, que inclui o serviço público¹⁸.

Desse modo é que se apresenta a idéia de Romeu Felipe BACELLAR FILHO, qual seja, de que os serviços públicos não podem se dissociar do regime jurídico administrativo, que carrega por si princípios constitucionais, os quais apesar de grande importância no cenário da administração pública, não serão aprofundados neste trabalho.

Ademais, vale ressaltar que dentre as competências da União elencadas no art. 21 da Constituição de 1988, estão nos incisos X, XI, XII e XIII alguns exemplos de serviços públicos¹⁹. Também no art. 25, § 2º, da Carta Constitucional brasileira há a atribuição de competência aos Estados-Membros para exploração de gás canalizado²⁰, assim como no art. 30, inciso V, que confere aos Municípios a prerrogativa de explorar os serviços públicos de interesse local, inclusive o transporte coletivo, que tem caráter essencial²¹.

Todas essas assertivas constitucionais decorrem segundo Romeu Felipe BACELLAR FILHO, do art. 175 da Carta Magna, segundo o qual “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”²². Fica mais do que demonstrado, então, que o exercício da função administrativa, no que tange aos serviços públicos, deve estar sempre pautado nos pressupostos constitucionais ditames do Estado Democrático de Direito, pois que o interesse perseguido tem por fim sempre a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Assim, é imperioso que a prestação de serviços públicos siga o regime jurídico “administrativo-constitucional”, para que sejam assegurados todos os postulados constitucionais, atendendo-se aos interesses de todos os cidadãos, tanto numa perspectiva individual, quanto coletiva.

¹⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 164.

¹⁹ Art. 21. Compete à União: [...] X – manter o serviço postal e o correio aéreo nacional; XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais.

²⁰ Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. [...] § 2º – cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.

²¹ Art. 30. Compete aos Municípios: [...] V – organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial.

²² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 160.

Para Celso Antônio Bandeira de MELLO, por meio de tal regime o que se busca é a garantia da prestação dos serviços públicos, ou seja:

pretende-se proteger, do modo mais eficiente possível, as conveniências da coletividade e, igualmente, defender a boa prestação do serviço não apenas [...] em relação a terceiros que pudessem obstá-la, mas também [...] em relação ao próprio Estado e [...] ao sujeito que as esteja desempenhando (concessionário ou permissionário)²³.

Quer-se, portanto, de um lado impedir que terceiros coloquem obstáculos à sua prestação, e de outro lado impedir que o titular deles ou quem haja sido indicado a prestá-los proceda de forma abusiva no seu exercício.

Ainda, deve-se ter em mente que não é a atividade em si que tipifica o serviço público, já que tanto podem ser exercidos pelo Estado como pelos cidadãos. O que tipifica a atividade é a lei, sem olvidar a importância do enquadramento da atividade num determinado sistema de princípios e regras: o regime de direito público – o regime jurídico-administrativo.

O objetivo do regime jurídico administrativo é fazer o funcionário seguir exatamente o que a lei diz, já que é a lei que tipifica as atividades como sendo serviços públicos ou não. Além disso, busca-se proteger os direitos dos particulares contra o Estado, sempre se levando em conta o interesse coletivo.

A característica fundamental da pessoa jurídica de direito público é a preocupação com o bem-estar social. Dessa forma, pode-se entender o regime jurídico administrativo como sendo aquele que segue os princípios do Estado Democrático de Direito (art. 37 da Constituição Federal). É um sistema de prerrogativas e sujeições, ou seja, o Poder é a prerrogativa que se reconhece ao administrador, para nos limites da lei, buscar objetivos que atendam ao interesse público. Nesse sentido Celso Antonio Bandeira de MELLO não fala em poder, mas em dever²⁴, um poder-dever que deve ser exercido no limite da lei, para não haver abusos.

O regime jurídico administrativo, então, é diferente da relação entre dois particulares, eis que o interesse público sempre se sobrepõe ao particular. Há as prerrogativas da Administração Pública sobre o particular, quais sejam: a auto-executoriedade, o poder de auto-tutela, o poder de expropriar bens e serviços, o

²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 621.

²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 27.

poder de impor medidas de polícia, privilégios nos prazos processuais e na execução (Lei de Execução Fiscal, por exemplo), a previsão de veracidade dos seus atos, entre outros. Também a Administração Pública possui algumas imposições (sujeições) que vão equilibrar o sistema, quais sejam: agir somente de acordo com seus princípios vetores, o administrador público somente pode seguir aquilo que está estipulado em lei, os atos administrativos têm que ter eficiência e eficácia, além de sempre serem motivados, entre outros.

Assim, claro fica que o que prevalece é a vontade soberana do Estado, qualificando o serviço como público ou de utilidade pública.

Alem disso, importante destacar neste estudo, que os serviços públicos podem ter sua prestação de forma direta ou indireta, pois há aqueles que são privativos do Poder Público e só por seus órgãos devem ser executados, e há aqueles que são comuns ao Estado e aos seus particulares, podendo ser realizados por aqueles e estes²⁵.

Evidente que ao Estado incumbe o dever de realizar aquelas atividades caracterizadas como essenciais à sociedade, de satisfação das necessidades coletivas, ou seja, os serviços públicos. O que deve ser entendido neste momento é que apesar de ser dever do Estado suprir as necessidades da coletividade, não necessariamente a Administração Pública vai exercer estas atividades, eis que pode se valer de terceiros, ou entidades que ela própria cria para sua realização. Aqui estamos diante de duas situações: a concessão e a permissão. Há, ainda, quem fale em autorização de serviços públicos.

Apesar de não ser este o foco do presente trabalho, vale ressaltar a importância dessas figuras. Segundo Romeu Felipe BACELLAR FILHO:

caracterizando, junto com a autorização, [...] a concessão e a permissão, sempre foram tratadas com cuidado pela doutrina brasileira, cuja preocupação incluía o estabelecimento das respectivas distinções. A bem de ver, a primeira, como vínculo de natureza contratual e a segunda, retratando, tal como a autorização, um ato administrativo unilateral, discricionário e precário para atender necessidades coletivas instáveis ou de emergência transitória, dispensavam extensas tratativas envolvendo aspectos distintivos²⁶.

²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 327.

²⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A natureza contratual das concessões e permissões de serviço público. In: *ANAIS – Seminário Jurídico: concessões de serviços públicos*. Foz do Iguaçu: Escola Nacional da Magistratura, 2001, pp. 52-64.

Ainda, fala Odete MEDAUAR que:

essas três figuras do direito administrativo dizem respeito à gestão ou execução dos serviços públicos, considerados, em essência, como aquelas atividades que atendem as necessidades fundamentais da população e que, por isso, são assumidas pelo poder público²⁷.

Neste contexto, o art. 175 da Constituição Federal de 1988 determina que a prestação de serviços públicos incumbe ao Poder Público, diretamente ou “sob regime de concessão ou permissão”. Ainda, em 1995, surgiu a Lei nº 8.987, que forneceu a definição legislativa para o instituto da concessão.

Odete MEDAUAR assevera que, mediante a concessão de serviços públicos, são atribuídos encargos aos particulares, próprios do Estado. Destarte, o concessionário realiza a incumbência que o ordenamento destina ao órgão público. A concessão, portanto, envolve atividades que não podem ficar no âmbito da autonomia privada, eis que reservadas ao poder público²⁸.

A concessão é definida, então, como a delegação a um particular, pessoa natural ou jurídica, do exercício de um serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, e remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral pelos seus usuários. A concessão é um acordo administrativo (e não um ato unilateral da Administração), com vantagens e encargos recíprocos, considerando-se o interesse coletivo na sua obtenção e as condições pessoais daquele que se propõe a realizá-lo por delegação do poder concedente²⁹.

Já a permissão é definida no art. 4º da Lei nº 8.987/95, como “delegação a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente a pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por conta e risco”.

Para Marçal JUSTEN FILHO essa definição é insuficiente. Para ele “permissão é o ato administrativo de delegação da prestação de serviço público a particular, sem a imposição de deveres de investimento amortizáveis em prazo mínimo de tempo”³⁰. Assim, apesar dos conceitos serem próximos, trata-se de duas

²⁷ MEDAUAR, Odete (Coord.). *Concessão de serviço público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 11.

²⁸ MEDAUAR, Odete (Coord.). *Concessão de serviço público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 13.

²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 383.

³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 545.

figuras distintas e inconfundíveis, que até hoje encontram dificuldades em apresentar uma definição única na doutrina.

Ainda, “quanto à autorização, permanece sua formalização por ato administrativo discricionário e precário”³¹, eis que através dessa figura, em geral, se transferem a particulares serviços pouco complexos, nem sempre com remuneração por tarifas. Vale lembrar que a autorização de serviços não é objeto da Lei nº 8.987/95.

Assim, no direito brasileiro, a discussão acerca do regime jurídico dos serviços públicos tem suscitado calorosas discussões, principalmente a partir da Lei nº 9.472/97 que, ao regulamentar o inciso XI, do art. 21, da Constituição Federal de 1988 estabeleceu que os serviços públicos de telecomunicações podem ser prestados no regime público ou no regime privado, isolada ou concomitantemente, definição do Presidente da República³².

Então, há autores como Marçal JUSTEN FILHO, que possuem um entendimento restrito, pois que consideram serviço público somente aquele sob regime de direito público, já que a aplicação do regime de direito privado o desnaturaria³³. Na mesma corrente José CRETELLA JÚNIOR para quem serviço público é toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para satisfazer as necessidades públicas, mediante procedimento típico de direito público.³⁴

Ainda, nessa corrente, a idéia de Romeu Felipe BACELLAR FILHO, para quem “a outorga a particulares do exercício de serviços públicos não produz modificação no regime jurídico que preside a sua prestação. Não importa transformação do serviço em privado”³⁵.

Em contrapartida, há autores que entendem ser possível a prestação por meio do regime jurídico de direito privado. Não seria uma atividade econômica,

³¹ MEDAUAR, Odete (Coord.). *Concessão de serviço público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 16.

³² 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*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, n. 230, out/dez 2002, p. 156.

³³ KANAYAMA, Rodrigo Luís. A polêmica acerca do regime jurídico do serviço público. In: COSTALDELLO, Angela Cássia (Coord.). *Serviço público: direitos fundamentais, formas organizacionais e cidadania*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 203.

³⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. *Administração indireta brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, pp. 55-60.

³⁵ 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*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, n. 230, out/dez 2002, p. 157.

apesar de ser prestado por particulares, uma vez que é extremamente regulado e com pouca autonomia da vontade. Nesse sentido pode-se citar Augustín GORDILLO, para quem o regime jurídico de direito público não é um elemento que sempre se associa com a prestação de serviços públicos³⁶. Ainda, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, para quem serviço público seria “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”³⁷.

Ademais, vale citar Rodrigo Luís KANAYAMA, para quem o regime jurídico em nada pode influenciar a prestação dos serviços públicos, eis que, o que prevalece é o interesse público da coletividade. Para esse autor, o regime jurídico de direito privado não desnatura a atividade de prestação de serviços públicos, desde que não seja considerada atividade puramente econômica³⁸. A atividade não deixaria de possuir características de serviço público, uma vez que atenderia às necessidades dos cidadãos que estão sob os princípios do serviço público, porém seria regida principalmente pelo direito privado.

Dessa forma, a autonomia da vontade seria maior, mas ainda bastante limitada (extensa regulamentação). Também existiria a obrigação (decorrente da lei) de atender os cidadãos de forma satisfatória, da mesma forma se a Administração estivesse exercendo a atividade, com base nos princípios do serviço público, para bem desempenharem a função de garantidores dos direitos fundamentais.

Não é intenção deste trabalho aprofundar o tema do regime jurídico dos serviços públicos, ou concluir por uma das correntes doutrinárias. O que se busca é apresentar as características bases deste conceito tão amplo, suas divergências e transformações ocorridas ao longo da história, para futuramente, ao aprofundar-se o estudo de sua noção, atualmente inserida no contexto de um Estado reestruturado, ter-se já entendido suas premissas básicas.

³⁶ Segundo Augustín Gordillo “nem toda atividade realizada direta ou indiretamente pela Administração com fim de satisfazer uma necessidade pública se rege pelo direito público. Ainda, há outras atividades que não são administrativas direta ou indiretamente e que, tendo como fim a satisfação de uma necessidade pública, se regem sob um regime exorbitante ao direito privado”. (Citado por KANAYAMA, Rodrigo Luís. *A polêmica acerca do regime jurídico do serviço público*. In: COSTALDELLO, Angela Cássia (Coord.). *Serviço público: direitos fundamentais, formas organizacionais e cidadania*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 204).

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 99.

³⁸ KANAYAMA, Rodrigo Luís. *A polêmica acerca do regime jurídico do serviço público*. In: COSTALDELLO, Angela Cássia (Coord.). *Serviço público: direitos fundamentais, formas organizacionais e cidadania*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 207.

Finalmente, após analisar os conceitos de vários autores sobre os serviços públicos, suas características e regimes jurídicos, além de tecer rasas considerações acerca da concessão, permissão e autorização, conclui-se esta etapa inicial do estudo com as palavras de Carmem Lúcia Antunes ROCHA, que manifesta seu entendimento sobre o tema no sentido de que:

Serviço público é o que cada povo o diz em seu sistema jurídico, que é onde se definem as atividades como tal consideradas. Constitui ele uma atividade que não é incompatível nem contrária à atividade econômica, como se chegou a supor e a encarecer anteriormente na doutrina. A atividade pode ser considerada econômica e nem por isso deixar de arrolar-se entre aquelas tidas como serviço público³⁹.

Assim, levando-se em conta todos esses ensinamentos é inegável a submissão dos serviços públicos ao regime jurídico administrativo, e conseqüentemente ao poder fiscalizatório e regulador do Estado, através da Administração Pública, cuja existência, entre outros, mantém-se e justifica-se pela satisfação concreta dessas necessidades⁴⁰. Seu conceito está intimamente ligado com o papel do Estado e com a sua necessidade de intervenção na economia.

2.1.2 Evolução histórica do conceito e redimensionamento dos Serviços Públicos no contexto de transformação estatal

O entendimento da noção de serviço público não é simples como se pode observar do tópico anteriormente elencado, já que o seu conceito não é uno. Para entender como a doutrina chegou aos conceitos atuais de serviço público, com suas características e regime jurídico próprio, imperioso é estudar as bases históricas que originaram o tema e sua evolução ao longo do tempo, especialmente analisando as alterações sociais e políticas na concepção de Estado.

³⁹ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 507.

⁴⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *A natureza contratual das concessões e permissões de serviço público*. ANAIS – Seminário Jurídico: concessões de serviços públicos. Foz do Iguaçu: Escola Nacional da Magistratura, 2001, pp. 52-64.

Fernando Herren AGUILLAR nota que os conceitos existentes sobre serviços públicos, além de variarem de acordo com a escola do pensamento jurídico da qual pertencem, variam também de acordo com o momento histórico de cada época⁴¹.

O estudo do tema “serviços públicos” teve bastante relevância na França, com a chamada Escola Francesa do Serviço Público, liderada por Léon DUGUIT e Gastón JÈZE, entre outros publicistas. Sua doutrina se utilizava da noção de serviço público como:

fórmula revolucionadora do Direito Público em geral e do Direito Administrativo em particular, intentando fazer subsistir o eixo metodológico dessa disciplina – que dantes se constituía sobre a idéia de “poder” estatal – pela idéia de “serviço aos administrados”⁴².

Passou-se a ver o Direito Administrativo como um conjunto de princípios e regras, congregados ao redor da idéia de serviços públicos. Então, segundo a Escola de Serviços Públicos francesa, todas as particularidades do Direito Administrativo poderiam ser explicadas pelas necessidades do serviço público⁴³. “A tese fundamental é a de que todo o Direito Administrativo se explica pela noção de serviço público”⁴⁴.

Durante algum tempo, a idéia de serviço público esteve ligada a um tipo de atividade material específico (serviços indispensáveis “à interdependência social, de tal modo que não poderiam ser prestados senão com a intervenção da força governante”), período que poderia servir de critério de repartição de competências entre as duas jurisdições existentes na França (comum e administrativa), pois para a aplicação do Direito Administrativo, lhe era atribuído o caráter de elemento decisório.

Mais tarde, esta mesma noção foi usada para delimitar outro tipo de atividade que o Estado assumiu para si, sob o regime de direito privado – a exploração de atividade econômica -, que abrangeria as atividades exercidas por particular, sem

⁴¹ AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social dos serviços públicos*. São Paulo: Max Limonard, 1999, p. 112.

⁴² Cyr Cambier observou com inteira propriedade, que tal concepção “conduz a fazer do poder um dever, do comando, que é ordem dada (*jussus*), um ordenamento, que é medida adotada e adaptada (*ordinatio*)” (*Droit Administratif*. Bruxelas: Ed. Maison Ferdinand Larcier, 1968, p. 228). Duguit propôs-se a afastar a ideia de soberania e de Poder Público como origem do Direito, repelindo a teoria de que: “o Estado cria o Direito, mas está regido por ele”. Para este mestre, “o serviço público é o limite e o fundamento do poder governamental”. Daí haver arrematado: “Et par là ma théorie de l’État est achevée (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 620).

⁴³ Idéia de Jean RIVERO (Citado por MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 620).

⁴⁴ Idéia de Georges VEDEL (Citado por MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 620).

concessão, mas que se entendeu deveriam sofrer o impacto de regras publicísticas (“serviço público virtual”). Assim, passou a ser uma expressão “excessivamente ampla e inútil para os fins a que se propôs, eis que apesar de tornada tão compreensiva, quase não mais possuía interesse jurídico”⁴⁵.

O que DUGUIT pretendeu explicar foi que o Estado deveria se sujeitar a um direito objetivo, agindo dentro dos limites por ele estabelecidos, sempre vinculado ao fim da solidariedade social. Ainda, o direito aplicável seria aquele socialmente aceito e integrado ao comportamento social⁴⁶.

Enfim, o que DUGUIT pretendia era identificar um direito público prevalente sobre o direito privado em muitos pontos, ou seja, identificar o regime jurídico, e as prerrogativas e sujeições da Administração Pública. Esse publicista criou um novo paradigma para o direito administrativo, fundado na noção de serviço aos administrados, superando a idéia anterior, de direito administrativo fundado na noção de poder.

Pretendia, então, identificar, no Estado, não somente o monopólio da violência, mas também a prestação de atividades que satisfizessem os interesses gerais da coletividade⁴⁷.

Ademais, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO cita em sua obra que Léon DUGUIT, acompanhado por Roger BONNARD, considerava o serviço público como atividade ou organização, em sentido amplo, abrangendo todas as funções do Estado; pretendia substituir a noção de soberania pela de serviço público, pois para ele o estado era uma cooperação de serviços públicos organizados e fiscalizados pelos governantes⁴⁸.

Importante ressaltar também as lições de MESCHERIAKOFF, lembradas na obra de Mônica Spezia JUSTEN, que afirma:

a noção de serviço público de DUGUIT permite entendê-lo como meio de estruturação das funções estatais. Ou seja, como instrumental do Estado, ou ainda, o modo como o Estado realizaria o seu fim de solidariedade social. DUGUIT colocou a noção de serviço

⁴⁵ Idéia de Georges VEDEL (Citado por MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 621).

⁴⁶ JUSTEN, Monica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 30.

⁴⁷ LIMA, Vivian Cristina. *Administração pública contemporânea: o usuário de serviço público e a dignidade da pessoa humana*. Curitiba, 2004. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 66.

⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.95.

público no centro do direito público e fez com que todos os demais conceitos girassem ao seu redor⁴⁹.

Essa mesma autora cita, ainda, JÈZE e a Escola Francesa do Serviço Público, os quais não conseguiram associar de forma definitiva o serviço público ao regime de direito público, por duas razões: a concepção subjetiva por ele proposta tornou desprezível a finalidade essencial da doutrina de DUGUIT, que era de definir adequada e juridicamente as áreas de atuação do Estado; e também porque não conseguiu capacitar o serviço público como critério de definição da competência administrativa e de sua jurisdição⁵⁰.

Assim, a noção *duguista* de serviço público passou a ser alvo de diversas críticas, eis que não fornecia os elementos caracterizadores do instituto perante o direito, servindo apenas para indicar ao legislador aquilo que deve se extrair da realidade concreta como serviço público⁵¹.

Expoente da Escola da *puissance publique* (como chamava a idéia de prerrogativa pública), HAURIUO combateu a doutrina do serviço público, afirmando a idéia de prerrogativa, como sendo o cerne do direito administrativo. Seriam os serviços públicos, então, a prerrogativa, o meio utilizado, mas em segundo plano, atrás do poder, que seria o delimitador do direito administrativo⁵².

Dessa forma, o critério delimitador da competência administrativa, adotado para vincular a responsabilidade do Estado foi o serviço público, que passou a determinar a competência da jurisdição administrativa na França.

Vale ressaltar que o contencioso administrativo francês, chamado de Conselho do Estado, é uma justiça administrativa independente da justiça comum, que aprecia e analisa os litígios de cunho administrativo, manifestando decisões com poder de coisa julgada. Já a justiça comum se encarrega de toda matéria que não traz cunho administrativo⁵³.

Assim, de todo debate que se travou pela doutrina entre o final do século XIX e início do século XX, restou a conclusão de que a noção de serviço público serviria

⁴⁹ JUSTEN, Mônica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 37.

⁵⁰ LIMA, Vivian Cristina. *Administração pública contemporânea: o usuário de serviço público e a dignidade da pessoa humana*. Curitiba, 2004. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 68.

⁵¹ JUSTEN, Mônica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 31.

⁵² LIMA, Vivian Cristina. *Administração pública contemporânea: o usuário de serviço público e a dignidade da pessoa humana*. Curitiba, 2004. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 68.

⁵³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005 p. 6.

a dois propósitos fundamentais do direito público, os quais segundo Mônica Spezia JUSTEN, seriam: delimitar o campo de aplicação do direito administrativo e ser o elemento essencial da figura do Estado, fazendo do critério de serviço público o centro do direito administrativo⁵⁴.

A crença de que o serviço público seria o elemento central do direito administrativo foi sustentada por um bom tempo, e por boa parte da doutrina e jurisprudência até meados dos anos 50. Após esse período muito se falou na “crise” do conceito de serviço público.

Nesse prisma cumpre ressaltar a visão subjetivista de Jean RIVERO, para o qual o Estado não encontra sua razão de ser apenas na realização de serviços públicos e nem se limita a gerir. Para ele “em sentido concreto ou orgânico, a expressão (serviço público) designa um conjunto de agentes e de meios que uma pessoa pública afecta (sic) a uma mesma tarefa”⁵⁵.

Ainda, para BONNARD o serviço público administrativo não se confunde com o direito administrativo, já que este se limitaria a regular as intervenções administrativas do Estado. Por isso, o autor fala que em algumas situações a aplicação do direito público não se faria necessária para garantir o bom funcionamento do serviço, eis que poderia se sujeitar às condições idênticas as de um particular, sujeitando-se, por conseqüência, às regras de direito comum⁵⁶. É desse raciocínio que surge a conclusão de que atualmente o serviço público não significa, necessariamente, uma atividade prestada por órgão público (conforme já se pode observar do presente estudo as hipóteses de concessão, permissão e autorização de prestação de serviços públicos por particulares).

Assim, ao analisar a doutrina clássica e sua concepção de serviço público, nota-se que careceu de um critério unitário capaz de atingir uma definição de alcance geral. A utilização isolada dos critérios formadores do conceito de serviço público não conferiu as condições necessárias para se cristalizar esta noção, já que se observava apenas um prisma da realidade.

⁵⁴ JUSTEN, Mônica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 47.

⁵⁵ BALDO, Rafael Antonio. *O serviço público como instrumento de garantia do cidadão: inserindo a noção de serviço público na evolução estatal*. Curitiba, 2005. 60 f. Monografia (Graduação em Direito) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 10.

⁵⁶ JUSTEN, Mônica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 48.

Salienta-se, ainda, que o âmbito de incidência da conceituação de serviço público também deve ser delimitado, fazendo-se distinção entre os conceitos amplo e restrito.

Alguns autores já deram conceitos amplos sobre o tema, considerando como serviço público toda atividade que o Estado exerce para cumprir os seus fins. Incluir-se-ia nessa conceituação a atividade judiciária e a administrativa; sendo que o Estado, nesta, exerce atividade primária, e naquela, desempenha função de terceiro, ao gerenciar o procedimento das partes.

Assim, há autores que aderem à idéia de uma conceituação eminentemente orgânica, enquanto outros preferem o critério formal. Por fim, vale ressaltar Celso Antonio Bandeira de MELLO, que adere à corrente restritivistista e formalista ao dissertar que:

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 jurídico de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo⁵⁷.

Neste sentido, percebe-se dessa análise, que desde a sua noção clássica até hoje, os autores dividem os serviços públicos em alguns elementos intrínsecos necessários. Tradicionalmente era dividido em três aspectos: essencialidade da atividade (ser essencial à coletividade), vinculação da atividade com o Estado, que não pode ser transferida (deve ser prestada diretamente pelo estado ou ter sua execução fiscalizada se executada por particular), e regime de direito público (voltado ao interesse da coletividade).

Ainda, alguns autores adotavam os seguintes critérios: subjetivo (que considera a pessoa jurídica prestadora da atividade); material (que considera a atividade exercida), e o formal (que considera o regime jurídico). No período do Estado Liberal era válida a combinação desses três elementos. No entanto, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO afirma que com o passar do tempo ocorreram duas dissociações quanto a esses elementos formadores da noção de serviço público⁵⁸.

Primeiramente, o fato de que, com o passar do tempo o Estado se afastou do liberalismo, ampliou o rol de atividades próprias, definidas como serviços públicos,

⁵⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 620.

⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.98.

eis que se passou a assim considerar algumas atividades industriais e comerciais, antes reservadas ao domínio privado.

Outro fenômeno se verificou no momento em que o Estado, ao verificar que não dispunha da organização necessária à realização desse tipo de atividade, passou a delegar a sua execução a particulares, por meio de contratos de concessão, e, posteriormente, com a criação de pessoas jurídicas de direito privado, voltadas para esse fim.

Após essas mudanças, aqueles critérios iniciais não mais puderam ser considerados, uma vez que lesados nos seus núcleos essenciais. O elemento subjetivo foi afetado uma vez que não mais se podem considerar as pessoas jurídicas públicas como sendo as únicas prestadoras de serviço público; e o elemento formal, eis que agora nem todo serviço público é prestado sob regime jurídico exclusivamente público.

Daí se falar em crise da noção de serviço público, tema que mais adiante se tratará no presente trabalho. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO ainda, cita em sua obra a idéia do autor francês Louis CORAIL, que entende que “os três elementos normalmente considerados pela doutrina para conceituar o serviço público não são essenciais, porque às vezes falta um dos elementos ou até mesmo dois”⁵⁹. Nessa margem, entende Jean RIVERO que atualmente os três elementos combinados são menos freqüentes.

Seguindo esse pensamento, Vivian Cristina LIMA salienta que o que definiria um serviço público, então, não seria o critério formal, ou o critério subjetivo, mas sim o material, “consubstanciado na essencialidade daquela atividade para a sociedade, na sua relevância e importância num dado momento histórico”⁶⁰.

Além disso, esse pensamento é seguido da idéia de Marçal JUSTEN FILHO, qual seja, que o legislador tem pouca autonomia na configuração do serviço público, vez que somente é válido caracterizar uma atividade como tal, se ela preencher alguns pressupostos, onde a essencialidade estaria intimamente ligada com a dignidade da pessoa humana⁶¹.

⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.98.

⁶⁰ LIMA, Vivian Cristina. *Administração pública contemporânea: o usuário de serviço público e a dignidade da pessoa humana*. Curitiba, 2004. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 71.

⁶¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, pp. 21 e ss.

Em síntese essa seria a configuração clássica da noção de serviço público. Dessa forma, e com base nesses aspectos, é que atualmente os autores divergem na sua conceituação, como já visto no tópico anterior desse trabalho. Cada parcela da doutrina trabalha esses elementos de forma distinta, o que dificulta a elaboração de uma noção única desse tema tão vasto.

Não se deve olvidar a noção de essencialidade e o regime jurídico de direito público, entretanto, bases em que se construiu a moderna teoria sobre os serviços públicos.

Apoiando-se nas idéias de Vivian Cristina LIMA, mostra-se fundamental entender a noção clássica, para agora, adequar o serviço público no contexto de transformação estatal. Indispensável analisar a evolução histórica dos tipos de Estado, a fim de os correlacionar com a função exercida pelos serviços públicos, comprovando seu caráter de instituto social. Nesse prisma, salienta-se que o serviço público se desenvolveu como sendo uma resposta ao individualismo que marca o período de liberalismo econômico. Sendo assim, sua maior ou menor prestação pelo Estado relaciona-se com o modelo que dele esperamos para o século XXI, com a maior ou menor projeção dos direitos sociais e de sua efetividade na sociedade⁶².

Os serviços públicos são um ponto de aglutinação das atividades essenciais à sociedade, as quais devem ser prestadas pelo Estado (poder-dever), e que estão inseridas num regime de prestação. São, portanto, ponto central na atividade do Estado, o qual está sempre em transição de acordo com o período histórico em que se encontra.

Quando se fala em redimensionar os serviços públicos no contexto de transformação estatal, se está querendo dizer que quaisquer mudanças no Estado e em seu papel acarretam, da mesma forma, mudanças nos serviços públicos e na sua identidade. Assim, o que está em discussão é o modelo de Estado Social, prestador de serviços públicos, sendo estes os garantidores dos direitos sociais tutelados na Carta Constitucional⁶³.

Após a Revolução Industrial, criou-se um terreno fértil para as discussões acerca da teoria dos serviços públicos. Houve a ascensão da burguesia ao poder e

⁶² LIMA, Vivian Cristina. *Administração pública contemporânea: o usuário de serviço público e a dignidade da pessoa humana*. Curitiba, 2004. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 61.

⁶³ LIMA, Vivian Cristina. *Administração pública contemporânea: o usuário de serviço público e a dignidade da pessoa humana*. Curitiba, 2004. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 62.

instalou-se o Estado Liberal, que buscava a ampla independência, autonomia e liberdade individual, embora fossem tais garantias meramente formais. Transferiu-se à sociedade o domínio da vida econômica e social, deixando a cargo dos cidadãos a responsabilidade pela satisfação de suas necessidades⁶⁴.

Assim, o que havia era um Estado que intervinha minimamente na esfera privada, com a finalidade de preservar o individualismo instaurado, resumindo-se o Estado a prestar aqueles serviços chamados de manutenção da ordem pública, o que era obtido pelos serviços de Justiça, de defesas interna e externa e de relações exteriores.

Esse Estado que inicialmente buscava o controle das relações de poder passou a assumir encargos sociais, ou seja, passou a ser responsável pela satisfação das necessidades da coletividade. Esta evolução estatal se construiu através de modelos históricos, caracterizando-se organizacionalmente, de acordo com cada momento específico.

O Estado tradicional, baseado nas idéias de autoridade e liberdade passou aos poucos a ser contestado, o que acarretou o desenvolvimento de características organizacionais e estruturas próprias e definidas, segundo a nova realidade que o permeava.

O enfoque, então, se tornou a ação administrativa burocrática do Estado, ou seja, a noção de intervencionismo estatal, a qual vem sendo remodelada e analisada sobre os novos prismas da relação Estado-Sociedade. Este Estado não busca a prestação dos serviços públicos em si, mas sua regulação, com base na estrutura da Administração Pública contemporânea, centrada, de acordo com Vivian Cristina LIMA:

numa lógica de minimização de custos do aparato estatal, de transferência de atividades produtivas, de reorientação na legitimação do poder, de alteração contumaz no controle do processo de tomada de decisão administrativa, e, por fim, de direcionamento do foco de atenção estatal no "cliente-consumidor"⁶⁵.

Conquistada a autonomia, o conceito de serviço público se concentra no exercício das atividades essenciais do Estado. Surge, então, em face das

⁶⁴ BALDO, Rafael Antonio. *O serviço público como instrumento de garantia do cidadão: inserindo a noção de serviço público na evolução estatal*. Curitiba, 2005. 60 f. Monografia (Graduação em Direito) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 17.

⁶⁵ LIMA, Vivian Cristina. *Administração pública contemporânea: o usuário de serviço público e a dignidade da pessoa humana*. Curitiba, 2004. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 7.

necessidades sociais e da preservação do capitalismo, um Poder Público atuante preocupado com a sociedade - o Estado Social. Neste Estado os direitos fundamentais aparecem com premissas básicas, sendo os serviços públicos voltados para o bem comum e para a satisfação das necessidades comunitárias.

Deve-se compreender a configuração clássica dos serviços públicos, portanto, formada pelos seus elementos nucleares caracterizadores, para após, criticar-se essa noção com base nas idéias da nova realidade estatal, as quais trariam uma “nova” concepção permeada pela defesa intermitente da efetividade e materialização dos direitos sociais preconizados na Constituição Federal brasileira de 1988.

A medida em que o Estado se transforma, há a necessidade de os serviços públicos se adequarem à nova ótica social. O Estado contemporâneo tende ao abandono do autoritarismo e à valorização da participação dos destinatários finais dos serviços, quanto à formação da conduta administrativa. Caminha-se para um modelo de cooperação, inscrito na lógica da globalização, ou seja, um Estado que proteja a cidadania, revitalizando os clássicos princípios da liberdade, igualdade e fraternidade⁶⁶.

Assim, não é uma questão de crise propriamente dita da noção de serviço público, mas sim de compreender a nova realidade trazida pela evolução do Estado, pela globalização e pelo neoliberalismo e, como, dentro dessa nova realidade, eles vão atuar para a plena satisfação das necessidades coletivas, respeitando-se sempre os valores fundamentais da República e a dignidade da pessoa humana.

2.1.3 Estado Social, neoliberalismo, globalização e direitos fundamentais

Para poder aprofundar o estudo dos serviços públicos, permeando-os, agora, na ótica dos direitos fundamentais, importante salientar neste tópico do trabalho a atuação do Estado Social. Como já citado, após a formação dos Estados absolutistas, surge o Estado liberal, preocupado com a liberdade e autonomia do indivíduo.

Neste modelo, a atuação interventora do Estado na sociedade devia ser mínima, de maneira a restringir o mínimo possível a liberdade dos indivíduos. No

⁶⁶ SILVA, Carlos Medeiros (Dir.), TÁCITO, Caio (Dir.). *Perspectivas do direito administrativo no próximo milênio*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, n. 242, out/dez 2005, pp.145-149.

entanto, essa nova ordem liberal garantia apenas uma igualdade formal entre os indivíduos: todos seriam iguais perante a lei, sendo que o Estado não intervinha na evolução social. Nesse prisma, vale mencionar a idéia de Guilherme Cinto GUIMARÃES, em que afirma,

sob a vigência do modelo liberal, cuja despreocupação com o bem-estar material dos indivíduos é notória, a lógica individualista do poder econômico e do mercado tornou-se hegemônica nos mais variados campos da vida social, disseminando um regime de fortes desigualdades sociais, marcado pela exploração impiedosa das classes trabalhadoras⁶⁷.

Ainda, Vivian Cristina LIMA alega em sua obra que, em verdade, a doutrina liberal defendia que as desigualdades sociais seriam diminuídas quando se fixasse a premissa da igualdade perante a lei. Citando as idéias de Norberto BOBBIO, acrescenta a autora que o ideal democrático foi usado pela doutrina liberal não para possibilitar a todos uma igualdade material, mas, sobretudo, por sua formulação política legitimada pela soberania popular⁶⁸.

Enfim, o modelo liberal acabou em crise, eis que a igualdade formal era insuficiente para garantir sua subsistência. Ademais, formaram-se monopólios no sistema de produção capitalista, resultado da não intervenção do Estado, e da conseqüente auto regulação do mercado.

Assim, em meados do século XIX, começaram as reações contra o Estado Liberal, por suas conseqüências desastrosas nos âmbitos econômico e social. Surge o proletariado, nova classe social, em condições de miséria, doença, ignorância, que tendia a acentuar-se com o não-intervencionismo estatal pregado pelo liberalismo⁶⁹.

Nesse contexto surge o chamado Estado do Bem-Estar Social – Estado Providência, para diminuir as injustiças e desigualdades, através de uma ampla intervenção na sociedade, fundamentalmente na economia. Desse modo, o Estado passa a ser o guia para a implementação de políticas públicas capazes de dar

⁶⁷ GUIMARÃES, Guilherme Cintra. *O direito administrativo e a reforma do aparelho do estado: uma visão autopoietica*. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (Org.). *O novo direito administrativo brasileiro: o estado, as agências e o terceiro setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 61.

⁶⁸ LIMA, Vivian Cristina. *Administração pública contemporânea: o usuário de serviço público e a dignidade da pessoa humana*. Curitiba, 2004. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 14.

⁶⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 20.

impulso a um desenvolvimento social mais justo e solidário, garantidor de uma igualdade concreta e material⁷⁰.

O proletariado passou a aderir com grande peso às ideologias socialistas, e segundo Vivian Cristina LIMA, o Estado Social surgiu em razão,

das necessidades sociais e da preservação do capitalismo, de um Poder Público atuante, preocupado com a vida socioeconômica da sociedade que representa, um Estado intervencionista para a realização do desenvolvimento econômico, a plenitude dos meios de produção capitalista, voltando-se para a consecução de um mínimo de condições vitais para todos os indivíduos⁷¹

Esse modelo de Estado se estendeu do século XIX até o final do século XX, sob duas vertentes dominantes: o Estado Socialista, de forte centralização econômica; e o Estado de Bem-Estar Social que se consolida nas democracias capitalistas ocidentais.

Seguindo-se o pensamento de Vivian Cristina LIMA, entende-se que esse modelo de Estado garante a todos os cidadãos as condições mínimas de dignidade. Modifica-se a visão de que os serviços prestados pelo ente estatal são benesses, adquirindo, ao contrário, a condição de direitos⁷².

Na sua evolução, o Estado Social assumiu funções nunca antes imaginadas ao longo do século XIX, trazendo para si a prestação dos serviços públicos em face à ameaça de um governo do proletariado. Nesse contexto os direitos fundamentais agregaram-se como valores históricos, buscando-se sempre a constituição da dignidade da pessoa humana e do bem-estar social⁷³.

Imperioso ressaltar, ainda, que o Estado Social nasceu tendo como primordial a busca da igualdade e da justiça social, empregando meios intervencionistas, dividindo bens e instituindo um regime jurídico de garantias, as quais num ambiente democrático expressam-se através dos citados direitos fundamentais.

Nessa linha, as idéias de Paulo BONAVIDES, em que salienta,

⁷⁰ GUIMARÃES, Guilherme Cintra. *O direito administrativo e a reforma do aparelho do estado: uma visão autopoietica*. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (Org.). *O novo direito administrativo brasileiro: o estado, as agências e o terceiro setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 61.

⁷¹ LIMA, Vivian Cristina. *Administração pública contemporânea: o usuário de serviço público e a dignidade da pessoa humana*. Curitiba, 2004. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 17.

⁷² LIMA, Vivian Cristina. *Administração pública contemporânea: o usuário de serviço público e a dignidade da pessoa humana*. Curitiba, 2004. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 17.

⁷³ LIMA, Vivian Cristina. *Administração pública contemporânea: o usuário de serviço público e a dignidade da pessoa humana*. Curitiba, 2004. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 17.

foi esse Estado o degrau decisivo que fez da democracia direito positivo do povo e do cidadão. Concretizou ele uma doutrina constitucional onde a democracia é colocada primeiro na dimensão de *jus naturalis* e, em seguida, legitimada na esfera da positividade por imperativo de justiça e de razão humana⁷⁴.

Importante ressaltar que “a Constituição Federal brasileira de 1988 é basicamente, em muitas de suas dimensões essenciais, uma Constituição do Estado Social”⁷⁵. Ela promove o desenvolvimento social justo e igualitário, em parceria com a sociedade civil, prevendo e normatizando a intervenção estatal.

Por isso, torna-se valioso explicitar que este Estado Social encontrou plenitude ao fazer uma releitura do direito pautada nas regras constitucionais geradoras de direitos públicos subjetivos, as quais, por sua vez, orientaram a elaboração de programas de governo, objetivando a transformação estatal. Em suma, o Estado Social tornou-se o espaço gerador dos direitos fundamentais, nos quais atualmente encontram afirmação nas idéias de cidadania e de democracia participativa⁷⁶.

Entretanto, ao assumir o papel de prestador de serviços públicos, com uma maior intervenção nas relações sociais e buscando a redução das desigualdades, o Estado acabou por desestruturar o aparelho da Administração Pública, que não possuía estrutura suficiente para suportar esse crescimento. O rol de atribuições do Estado ampliou desmesuradamente, portanto.

Passou-se a discutir o papel do Estado, assim como seu modelo jurídico de estruturação, em face da crise econômica instalada a partir da década de 70. O Estado Interventor, de bem-estar social, orientado para uma administração baseada no controle de meios, no procedimento e na prestação de serviços públicos, voltado para o bem comum social e para a satisfação das necessidades comunitárias teve seus pilares fortemente questionados, eis que este novo modelo estatal pressupõe uma forte estrutura financeira e de recursos para conseguir atender todas as demandas sociais e incumbências de sua responsabilidade⁷⁷.

Entende-se, então, que a adoção do modelo social de Estado acabou acarretando seu crescimento em demasiado, o que, por sua vez, abriu espaço para

⁷⁴ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 13.

⁷⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.336.

⁷⁶ LIMA, Vivian Cristina. *Administração pública contemporânea: o usuário de serviço público e a dignidade da pessoa humana*. Curitiba, 2004. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 19.

⁷⁷ LIMA, Vivian Cristina. *Administração pública contemporânea: o usuário de serviço público e a dignidade da pessoa humana*. Curitiba, 2004. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, pp. 24-25.

novas formas de configuração e atuação do Estado na sociedade. Para Guilherme Cintra GUIMARÃES verifica-se até mesmo o retrocesso a alguns modelos liberais clássicos, agora adaptados à atual situação da economia globalizada, os quais difundiram-se rapidamente nos mais diversos eixos da sociedade. Para este autor, ainda, essa nova face do liberalismo clássico reflete-se no atual conceito de neoliberalismo, o qual defende a idéia de retorno a um Estado Mínimo, revalorizando a autonomia individual em detrimento de práticas intervencionistas⁷⁸.

Em tempos de globalização e de transnacionalização das trocas, fazia-se necessário frear a avassaladora onda liberal, sem que isso implicasse em um retorno ao modelo social de Estado. Nesse sentido, destaca Rafael Antonio BALDO que:

a experiência do Estado Social havia demonstrado que o aumento quantitativo de suas funções não correspondia, necessariamente, à majoração qualitativa dos serviços e das atividades públicas. Logo, refuta-se um Estado amplo e castrador, que retira todas as funções da esfera privada por supor a incapacidade absoluta dos particulares. Por outro lado, não se almeja um Estado desapercibido e inerte, que não interfere nas relações sociais em busca do equilíbrio entre os desiguais, afinal, o Estado Liberal mostrou-se incapaz de promover o cidadão⁷⁹.

Apesar de inegável o caráter interventor do Estado no século XX e XXI, voltado para o bem comum e para a solução dos problemas da desigualdade e exclusão social, em razão do fenômeno da globalização, visualizou-se uma situação de reformulação dos seus aspectos inerentes. Como exemplos: na legitimação do poder, na soberania, na divisão dos poderes e na dicotomia público/privado, provocando-se uma verdadeira transformação na estrutura do poder político estatal.

A ideologia liberal, portanto, leva a essa tendência do reducionismo estatal que busca, através da globalização, a retomada do desenvolvimento capitalista, inserida numa realidade de transição da Administração Burocrática, para um novo modelo, a gerencial⁸⁰.

⁷⁸ GUIMARÃES, Guilherme Cintra. *O direito administrativo e a reforma do aparelho do estado: uma visão autopoietica*. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (Org.). *O novo direito administrativo brasileiro: o estado, as agências e o terceiro setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 62.

⁷⁹ BALDO, Rafael Antonio. *O serviço público como instrumento de garantia do cidadão: inserindo a noção de serviço público na evolução estatal*. Curitiba, 2005. 60 f. Monografia (Graduação em Direito) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 38.

⁸⁰ LIMA, Vivian Cristina. *Administração pública contemporânea: o usuário de serviço público e a dignidade da pessoa humana*. Curitiba, 2004. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 27.

Ainda, como ressalva Maria Sylvania Zanella DI PIETRO, “parece que o que muda é principalmente a ideologia”⁸¹, a forma de conceber o Estado e a Administração Pública. O que se busca agora é um Estado que estimula, que ajuda e subsidia a iniciativa privada, eis que a sociedade já não mais aceita o Estado que intervém ativa e diretamente no campo do domínio econômico, assumindo as tarefas cabíveis aos particulares.

Para Vivian Cristina LIMA a ascensão do neoliberalismo como ideologia dominante e da globalização como fenômeno de quebra de barreiras geográficas, políticas, econômicas, sociais e culturais, completou o quadro de crise do paradigma norteador da administração pública⁸².

Ressalta-se que a globalização e neoliberalismo são duas vertentes de um mesmo fenômeno, mas com diferenças que nos permitem separá-los entre si. As políticas neoliberais trazem a idéia do Estado Mínimo, com fim de fortalecer o capitalismo e o mercado liberal. A globalização traz em si um processo de mudança, que conduz a uma sociedade sem barreiras, aberta. Diz-se que esse fenômeno questionou as bases do Estado Moderno, eis que agora não mais pode o ente estatal controlar todos os fenômenos que se passam em sociedade.

Neste prisma, Ana Cláudia FINGER afirma que a globalização econômica é perversa e excludente, uma vez que eliminando as fronteiras de mercado, de um lado aproxima alguns países, e de outro exclui outros⁸³.

Assim, apesar de haver uma maior clareza e transparência no modo de governo e, conseqüentemente, na identificação da democracia e da defesa dos direitos fundamentais do homem, a globalização e o neoliberalismo acabaram por ameaçar as bases do Estado Moderno, quais sejam, a humanização do poder, a busca da liberdade, de justiça e a afirmação da igualdade.

Impõe-se a necessidade de um novo modelo de gestão administrativa, visando a eficiência e a qualidade dos serviços a serem prestados. Fez-se necessária a revisão do modelo de Administração Pública, mais voltada para os processos de controle. É a chamada Administração Pública gerencial, na qual o

⁸¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, pp. 19-20.

⁸² LIMA, Vivian Cristina. *Administração pública contemporânea: o usuário de serviço público e a dignidade da pessoa humana*. Curitiba, 2004. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 30.

⁸³ FINGER, Ana Cláudia. *Serviço público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais*. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n. 12, abr/jun 2003, p.158.

estado não atua mais como prestador, omitindo-se no desempenho de inúmeras atividades, as quais serão apenas fiscalizadas e normatizadas. Substitui-se, então, o modelo de prestação de serviços públicos, gerido direta ou indiretamente pelo Estado, pelo modelo de regulação e normatização, transferindo-se algumas atividades para o setor privado.

Realmente pode-se concluir que, com esse redirecionamento dos fundamentos do Estado Social interventor, ocorre a retirada do Estado da produção direta de algumas utilidades públicas, trazendo consigo um grande número de privatizações e concessões/permissões da atividade estatal a particulares. O Estado deixa de atender diretamente determinados setores sociais – em especial os serviços públicos – os quais passam a ser geridos pela iniciativa privada e apenas fiscalizados pelo ente estatal.

O neoliberalismo, para Leonardo Valles BENTO:

depois de dismantelar as estruturas do *Welfare State* da social-democracia, se apropriou do discurso progressista acerca do setor público não-estatal para construí-lo no espaço por excelência da prestação de serviços públicos, e o *terceiro setor* surge [...] como campo privilegiado para a atividade social, não em virtude de suas potencialidades emancipatórias, mas por motivos de eficiência, eis que logra aliviar o Estado das demandas populares, do custo das políticas públicas de distribuição, ao mesmo tempo em que pode operar com maior autonomia e flexibilidade gerencial⁸⁴.

Dessa forma, com a redução da atuação direta do Estado nas atividades econômicas, a regulação disciplinatória da atuação privada deixou de ter caráter acessório para se tornar a principal medida interventiva do Estado, para conduzir uma atuação positiva dos particulares (o chamado *terceiro setor*). O Estado passa a ser uma espécie de “árbitro” das atividades privadas, sem olvidar, no entanto, a sua primordial função de promover o bem-estar social.

Ao recorrer a desregulação, portanto, o Estado se distancia de um dirigismo econômico, eis que não mais intervém nas atividades econômicas produtivas, respeitando os princípios da livre iniciativa e da livre empresa. Nas palavras de Rafael Antonio BALDO “numa expressão de confiança na capacidade emancipatória

⁸⁴ Idéia de Leonardo Valles Bento (Citado por VIOLIN, Tarso Cabral. *O “terceiro setor” e a prestação de serviços públicos sociais*. In: COSTALDELLO, Angela Cassia. *Serviço público: direitos fundamentais, formas organizacionais e cidadania*. Curitiba, Juruá, 2005, p. 237-238).

da atuação privada, o Estado busca uma cidadania ativa por meio da delegação aos particulares das incumbências que lhe cabiam outrora no domínio econômico⁸⁵.

Assim, priorizando os direitos fundamentais, a regulação estatal mantém-se nas atividades econômicas e sociais que se revestem de valores fundamentais, para bem orientar os particulares no cumprimento das atividades de interesse coletivo. O Estado tem um dever constitucional de regulação, ou seja, a outorga aos particulares da prestação de serviços públicos exige, em contrapartida, mecanismos de regulação normativa.

Enfim, uma nova concepção de Estado passou a se estabelecer, com seu papel redefinido, com redução na sua atuação direta, tanto na realização dos direitos sociais no plano que caracterizou o Estado de bem-estar, quanto na intervenção econômica. Em contrapartida, as funções estatais revelam-se, agora, muito distantes dos fins que legitimam a existência do aparelho estatal, eis que são identificadas como gestão e regulação.

Aqui cabe ressaltar o papel do presente estudo, que é de salientar os princípios fundamentais constitucionalmente garantidos como nortes delimitadores da prestação de serviços públicos, eis que no panorama atual, além do Estado, tem-se que controlar a prestação de serviços pela iniciativa privada. Surge a importância de estudar os serviços públicos, pois a lógica da globalização econômica, implica uma redução, senão eliminação dos direitos sociais constitucionalmente assegurados.

Vivian Cristina LIMA afirma que:

sérias indagações são feitas quando se cogita que eventuais violações a direitos fundamentais que ocorram durante o processo de tomada de decisão tenham que ser suportadas até o momento posterior de controle, o que fere frontalmente o núcleo constitucional de direitos assegurados ao cidadão, inclusive no que se refere ao devido processo legal em sua dupla dimensão, contraditório e ampla defesa⁸⁶.

Ao se retirar da execução de inúmeras atividades, então, o Estado tem o dever-poder de fiscalizar e controlar a prestação do serviço, mesmo ainda não tendo a estrutura necessária ao efetivo controle. É disso que se trata o redimensionamento dos serviços públicos no contexto de transformação estatal, tratado no tópico

⁸⁵ BALDO, Rafael Antonio. *O serviço público como instrumento de garantia do cidadão: inserindo a noção de serviço público na evolução estatal*. Curitiba, 2005. 60 f. Monografia (Graduação em Direito) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 41.

⁸⁶ LIMA, Vivian Cristina. *Administração pública contemporânea: o usuário de serviço público e a dignidade da pessoa humana*. Curitiba, 2004. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 49.

anterior desse estudo, uma vez que é notório que a atual conjuntura política e econômica impõe processos de mudança. O Estado deve permitir que entes privados desenvolvam atividades públicas, no intuito da maximização de eficiência no serviço público, sem olvidar suas obrigações constitucionais.

Os países periféricos no contexto mundial, como, por exemplo o Brasil, acabam seduzidos pela onda neoliberal que propõe o encolhimento radical do Estado, sendo levados ao conseqüente aprofundamento das desigualdades e formação de uma classe de excluídos. Ocorre que estes indivíduos, sem a intervenção estatal, não têm condições de sobreviver⁸⁷.

⁸⁷ FINGER, Ana Cláudia. *Serviço público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais*. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n. 12, abr/jun 2003, p.159.

2.2. A ESPECIAL PROBLEMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Absolutamente necessária a discussão acerca dos direitos fundamentais, eis que na atualidade em todos os âmbitos do saber jurídico, ético e filosófico, esse tema é estudado com afincos para barrar eventuais arbitrariedades e ofensas contra o ser humano passíveis de ser cometidas quer pelo indivíduo, quer pelo Estado⁸⁸.

A identificação das atividades econômicas que seriam consideradas serviço público nunca foi influenciada pela perspectiva dos direitos fundamentais, nem para eleger a atividade, nem para disciplinar a forma como seriam prestadas. Assim, é através do estudo da evolução do Estado, da atual influência da globalização e do neoliberalismo, que surgem as novas teorias acerca do serviço público, formadas pela lógica da solidariedade, dignidade e distribuição.

Nesse sentido, entende-se que sendo os serviços públicos um meio de promoção dos direitos fundamentais, através do fornecimento de utilidades necessárias, de modo direto e imediato, são eles meios de assegurar a existência digna do ser humano. Há um vínculo inseparável entre o serviço público e a satisfação de direitos fundamentais, e caso este vínculo não se faça visível, será impossível reconhecer a existência de um serviço público.

Seguindo esta idéia, importante destacar o pensamento de Romeu Felipe BACELLAR FILHO, para o qual se deve:

[...] acentuar a instrumentalidade do serviço público em relação aos direitos fundamentais, meio que, ao possibilitar o exercício de direitos fundamentais, encontra seu fim na realização prática do valor máximo do sistema jurídico brasileiro: a dignidade da pessoa humana⁸⁹.

Assim, o presente capítulo versará sobre a importância dos direitos fundamentais, aspecto que dará uma base para em seguida entender os serviços públicos permeados nessa ótica da garantia dos direitos do homem, e conseqüente limitação do poder estatal.

⁸⁸ AMARO, Fernanda Pereira. *O serviço público sob a perspectiva da garantia constitucional de direitos humanos fundamentais*. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. vol. 13, nº 50, jan/mar 2005, p. 118.

⁸⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 161.

2.2.1 A Constituição Federal como concretizadora dos direitos fundamentais no Estado Reestruturado

Já ultrapassado o estudo da evolução histórica do Estado, agora se parte da premissa do ente estatal reestruturado, que consagra os direitos fundamentais como barreiras defensivas do homem frente à dominação econômica.

De forma premente deve ser definido o modelo político que a sociedade brasileira deseja para o Estado e qual a estrutura jurídica correspondente de Administração Pública. Vivian Cristina LIMA defende que:

o norte delimitador já existe no sistema jurídico atual, qual seja, a Constituição Brasileira de 1988, que indiscutivelmente estabelece como parâmetro mínimo de configuração estatal o Estado Social de Direito. Resta definir o âmbito de sua incidência e os modos de sua atuação⁹⁰.

Sabe-se que a Constituição Federal de 1988 tendo como núcleo central a cidadania e o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º), sendo este elevado à categoria de fundamento do Estado Democrático de Direito, e, ainda, um extenso catálogo de direitos fundamentais, revela o comprometimento do Estado com uma sociedade emancipada e igualitária, cujas finalidades estão permeadas à garantia de uma vida digna a todos os cidadãos. “Percebe-se, assim, que a Constituição Federal de 1988 é uma valiosa carta de proteção dos cidadãos contra os abusos perpetrados tanto por entes estatais quanto privados”⁹¹.

Nesse sentido, a Carta Magna de 1988 foi concebida como democrática e dirigente⁹², ou seja, apta a guiar a estruturação de uma sociedade democrática, que buscasse a justiça social e por fim, comprometida com os valores de todas as parcelas envolvidas no seu processo de elaboração.

Vale ressaltar que a promulgação da Constituição Federal de 1988 iniciou a tarefa de redução do tamanho do Estado, eis que a democratização significou a redução das competências estatais e a modificação qualitativa do instituto da discricionariedade administrativa⁹³. O objetivo de diminuir o tamanho do Estado é,

⁹⁰ LIMA, Vivian Cristina. *Administração pública contemporânea: o usuário de serviço público e a dignidade da pessoa humana*. Curitiba, 2004. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 29.

⁹¹ FINGER, Ana Cláudia. *Serviço público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais*. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n. 12, abr/jun 2003, p.149.

⁹² Expressão de Clémerson Merlin Cléve.

⁹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 15.

por conseguinte, a oportunidade de desenvolvimento dos processos de privatização, com conseqüente ampliação da liberdade econômica.

Ainda, na Constituição Federal de 1988, a proteção da dignidade da pessoa humana foi elevada a fundamento do Estado Democrático de Direito para, desse modo, delimitar os fins públicos a serem perseguidos pelo Estado e acabar com abusos do poder.

Destarte, Romeu Felipe BACELLAR FILHO assevera que, constituindo a Administração Pública aparelhamento do Estado, voltado à satisfação das necessidades coletivas, o interesse perseguido no exercício da função administrativa encontra seu princípio e fim no interesse dos próprios cidadãos. Assim, caracteriza-se a atuação do Estado Democrático de Direito, o qual busca a prestação dos serviços essenciais e a proteção dos direitos fundamentais⁹⁴.

Neste prisma, Ingo Wolfgang SARLET ressalta em sua obra que apesar de não haver uma norma expressa na Constituição Federal qualificando nossa República como um Estado Social e Democrático de Direito, a maior parte da doutrina parece coadunar desta idéia⁹⁵. A democracia seria, dessa forma, garantia aos seus cidadãos, de uma série de direitos fundamentais que os sistemas não-democráticos não concedem e não podem conceder⁹⁶. Ainda, garante aos seus cidadãos uma liberdade pessoal mais ampla que qualquer alternativa diferente, além de ajudar as pessoas a proteger seus próprios direitos e promover o desenvolvimento humano mais plenamente.

Vale ressaltar o pensamento de BURDEAU, citado na obra de Carmem Lúcia Antunes ROCHA, qual seja:

Alguém disse que hoje a democracia não é mais que um acessório de uma forma de governo. É uma filosofia, uma religião, uma maneira de viver, um estilo de relações humanas, de tal sorte que se torna um princípio de referência, graças ao qual são qualificados uma extrema variedade de fenômenos (Tradução Livre).⁹⁷

⁹⁴ 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: Revista de Direito Administrativo. n° 230, out/dez 2002. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 154.

⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 73.

⁹⁶ DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Brasília: Editora UNB, 2001, p. 61.

⁹⁷ Idéia de Georges BURDEAU. Original: “chacun sait qu’aujourd’hui la démocratie n’est plus qu’accessoirement une forme de gouvernement. C’est une philosophie, une religion, une manière de vivre, un style des relations humaines, de telle sorte qu’elle est devenue un principe de référence grâce auquel sont qualifiées (sic) une extrême variété de phénomènes”. (Citado por ROCHA, Carmem Lúcia Antunes.

Ou seja, ao inserir o princípio democrático nos mais diversos setores da vida, visualiza-se que a liberdade e a forma de experimentá-lo no espaço comum da vida social são expressões instintivas do ser humano. Por consequência dessas características é que o direito constitucional moderno e contemporâneo, ao repensar a estrutura organizacional do Estado, o vinculou à concretização desse princípio.

A democracia busca, ainda, manter a condição instrumental do Estado, além de permear todos os momentos, funções e fins estatais. Aqui não trataremos de aprofundar o tema, eis que na seqüência estudaremos em capítulo específico a idéia de constitucionalização da Administração Pública, e sua importância para os serviços públicos e os direitos fundamentais.

Prosseguindo, cita-se também nesse contexto, o caráter do processo administrativo como garantia fundamental no Estado reestruturado, eis que ao se interpretar o artigo 5º, inciso LIV, da Carta Magna, acaba-se por inseri-lo no rol dos direitos fundamentais. Isso significa que o processo administrativo passa ao *status* de “garantia constitucional, destinado a tutelar direitos, porque representa meio para que sejam preservados, reconhecidos ou cumpridos os direitos dos indivíduos na atuação administrativa”⁹⁸.

Assim, as garantias constitucionais atuam na defesa dos direitos administrativos e também como “garantias de legalidade”⁹⁹ ao prevenir e remediar violações aos direitos das pessoas. Servem para defender os direitos dos cidadãos, assegurando regularidade e racionalidade ao poder estatal e ao dever particular.

O processo administrativo, portanto, deve estar de acordo com as normas constitucionalmente consagradas, as quais disciplinam condições mínimas de legalidade. Enfim, a Constituição não é apenas um documento jurídico delimitador da atuação estatal, mas sim instrumento de concretização da cidadania e dos direitos fundamentais nela acolhidos, eis que seu cerne está voltado para a garantia de bens, interesses e valores individuais consagrados pela categoria dos direitos fundamentais.

Democracia, constituição e administração pública. A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Curitiba: Juruá, ano 2, n. 9, 2002, p. 91).

⁹⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar: de acordo com as emendas constitucionais nº 18 (D.O.U. 06/02/98) e nº 19 (D.O.U. 05/06/98)*. São Paulo: Malheiros, 1998.

⁹⁹ Expressão de Romeu Felipe Bacellar Filho.

Como bem ressalta Ana Cláudia FINGER, “ao lado do direito assegurado ao cidadão corresponde o respectivo dever do Estado de prestá-lo”¹⁰⁰. Desse modo, sempre que deixar de haver uma prestação pelo ente estatal que possa vir a prejudicar o exercício de um direito do cidadão, como no caso dos serviços públicos, por exemplo, podem esses cidadãos, certamente, exigir essa prestação do Estado.

Ainda, cabe ressaltar que a Constituição brasileira de 1988 possui diversos dispositivos que garantem a participação social na Administração Pública e, em especial, nos serviços públicos, tema em questão. Cita Halina TROMPCZYNSKI que “existe tal previsão no que toca ao planejamento municipal (art. 29, XII), à administração direta e indireta (art. 37, § 3º), aos serviços de saúde (art. 198, III), à assistência social (art. 204, II) e ao ensino público (art. 206, VI)”¹⁰¹.

No Estado Social Democrático de Direito entende-se, então, que os direitos fundamentais são exigências do exercício efetivo das liberdades de participação e das garantias de igualdade. Assim, conclui-se que estão intimamente ligados os conceitos de Estado de Direito e direitos fundamentais, na Constituição Federal de 1988, os quais são os responsáveis pela afirmação dos valores da dignidade da pessoa humana, bem como da igualdade, liberdade e justiça.

2.2.2 Direitos Fundamentais Sociais – obstáculos à justicialização

Os direitos fundamentais foram incorporados ao constitucionalismo através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, fruto da Revolução Francesa do século XIX. A partir desse momento só aumentaram os debates acerca desse tema, sobretudo no que se refere à abrangência e a eficácia das normas que definem os direitos fundamentais, por intermédio de ações estatais intervencionistas ou de controle e fiscalização e, ainda, a possibilidade de eles serem justicializados. Assim, relevante é a discussão acerca da eficácia jurídica de tais direitos, diante de sua natureza, qual seja, a de compelir o Estado a prestar serviços.

¹⁰⁰ FINGER, Ana Cláudia. *Serviço público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais*. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n. 12, abr/jun 2003, p.150.

¹⁰¹ TROMPCZYNSKI, Helina. *Serviços Públicos: uma apreciação crítica sobre a participação popular*. In: COSTALDELLO, Ângela Cássia (Coord.). *Serviço público: direitos fundamentais, formas organizacionais e cidadania*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 100.

Sabe-se que o conteúdo objetivo da Constituição compreende, além dos direitos fundamentais clássicos, que tratam o indivíduo isoladamente, numa concepção individualista, os direitos fundamentais sociais, ou seja, as obrigações que surgem para o Estado.

Partindo da premissa de que os fins que legitimam a atuação do Estado são a liberdade democrática e os preceitos constitucionais¹⁰², conclui-se que o objetivo dos direitos fundamentais é vinculatário para o legislador, o qual, ao conhecer os seus valores superiores veiculados, encontra o limite para sua atuação.

Assim, são concebidos os direitos fundamentais sociais como sendo direitos de prestação, ou seja, aptos a exigirem uma atuação por parte do Estado Social. Eles resultam da união interpretativa, segundo Raquel Denize STUMM, do princípio do Estado Social e dos direitos fundamentais, no propósito de que a função de prestação é um tema do Estado Social de Direito, cuja finalidade é dar possibilidade ao efetivo exercício da liberdade dos cidadãos, além de garantir a sua proteção dos riscos de mercado¹⁰³.

Cita Andreas Joachim KRELL que “os direitos fundamentais sociais não são direitos contra o Estado, mas sim direitos por meio do Estado, exigindo do Poder Público certas prestações materiais”¹⁰⁴. Nesse sentido, nos faz crer o autor que:

o Estado, por meio de leis, atos administrativos e da criação real de instalações de serviços públicos, deve definir, executar e implementar, conforme as circunstâncias, as chamadas “políticas sociais” (educação, saúde, assistência previdenciária, trabalho, habitação) que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos¹⁰⁵.

¹⁰² Segundo Raquel Denize STUMM “os fins são formulados ou devem ser desvendados pela interpretação. [...] É certo que os direitos fundamentais não se confundem com os princípios do Estado de Direito, da Democracia e do estado Social de Direito, mas ao mesmo tempo não podem ser interpretados, entendidos isoladamente, pois integram a concepção do Estado Social. Também o princípio do Estado Social de Direito não pode ser interpretado isoladamente, devendo ser interpretado em consonância com os direitos fundamentais. O Estado Social impõe uma objetivação ou relativização dos direitos fundamentais, na medida em que exige uma prestação positiva por parte do Estado, sendo necessário poder descobrir o seu conteúdo jurídico em cada caso concreto para torná-lo aplicável na argumentação normativa”. (STUMM, Raquel Denize. *O poder judiciário e os direitos fundamentais sociais*. Curitiba, 2001. 156 f. Dissertação (Doutorado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 46).

¹⁰³ STUMM, Raquel Denize. *O poder judiciário e os direitos fundamentais sociais*. Curitiba, 2001. 156 f. Dissertação (Doutorado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 43.

¹⁰⁴ KRELL, Andreas Joachim. *Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)*. Brasília: Senado Federal. ano 36, n. 144, out/dez 1999, p.240.

¹⁰⁵ KRELL, Andreas Joachim. *Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal. ano 36, n. 144, out/dez 1999, p.240.

Neste contexto, sabe-se que o princípio do Estado Social de Direito é reconhecidamente uma determinação de objetivos do Estado, impostos pela Constituição, o que significa dizer que ultimamente tem se colocado os direitos fundamentais sociais no mesmo plano da determinação de objetivos do Estado. Ainda, conjuga-se aqui a idéia de que as tarefas exigidas do Estado, pelos seus destinatários, são deveres jurídicos, pois obrigam o legislador a um comportamento específico e concreto.

No âmbito de um Estado Social de Direito, sabe-se que os direitos fundamentais sociais constituem exigência para o exercício das liberdades e para a garantia de igualdade de chances (oportunidades), inerentes à noção de uma democracia e um Estado de Direito de conteúdo não meramente formal, mas guiado pela garantia de justiça material¹⁰⁶.

Logo, o maior diferencial dos direitos fundamentais sociais reside na titularidade, eis que é dado aos cidadãos um direito, que depende de uma medida política para ser concretizado. A titularidade da norma de direito fundamental social é, portanto, das pessoas que participam de uma comunidade, ou seja, daqueles cidadãos que participam ativamente na construção da vontade do Estado, na conformação de direitos fundamentais, como por exemplo, o direito à educação e o direito a exercer oposição¹⁰⁷.

Neste prisma, destaca Ana Cláudia FINGER que o interessante é que durante muito tempo a juridicidade de tais direitos foi questionada, de modo que a doutrina os inseria dentro da esfera programática¹⁰⁸. Complementa, ainda, citando o pensamento de Konrad HESSE, para quem:

os direitos fundamentais sociais, por apresentarem uma estrutura distinta daquela ostentada pelos tradicionais direitos de liberdade e igualdade, não revelam um caráter de direitos subjetivos individuais, apenas evidenciam, de antemão, ações do Estado tendentes a realizar o programa neles contido. [...] Somente a partir de uma regulação concreta acometida pelo legislador podem nascer pretensões jurídicas bem determinadas e intocáveis ante o poder público¹⁰⁹

¹⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 74.

¹⁰⁷ STUMM, Raquel Denize. *O poder judiciário e os direitos fundamentais sociais*. Curitiba, 2001. 156 f. Dissertação (Doutorado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 34.

¹⁰⁸ FINGER, Ana Cláudia. *Serviço público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais*. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n. 12, abr/jun 2003, p.151.

¹⁰⁹ FINGER, Ana Cláudia. *Serviço público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais*. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n. 12, abr/jun 2003, p.151.

Ainda, há quem defenda que o forte caráter de direito em sentido objetivo gera dúvidas quanto a serem os direitos fundamentais sociais realmente direitos fundamentais, pois lhe faltaria a característica da executividade. Isso porque, em se tratando dos interesses mais significativos de uma comunidade, quais sejam, os relacionados aos poderes do Estado e ao controle das liberdades pessoais e dos direitos econômicos, seriam os direitos fundamentais sociais comparados aos direitos políticos¹¹⁰.

A dicotomia entre o ordenamento e a realidade surge quando se analisa o artigo 5º, § 1º da Constituição Federal, o qual dispõe que as normas definidoras dos direitos e garantias individuais possuem aplicabilidade imediata. Dessa forma, a Carta Magna enfatiza os direitos fundamentais, protegendo suas normas garantidoras, na intenção de lhes consagrar um *status* jurídico diferenciado, congregando aqui os direitos fundamentais sociais.

Ainda, apesar de não estar expressamente normatizado em nossa Constituição Federal, a maior parte da doutrina acredita que hoje nossa República pode ser considerada um Estado Social Democrático de Direito, o que significa dizer que há um rol enorme de direitos fundamentais sociais constitucionalmente previstos.

Apesar dessa proteção, ainda há muitos debates travados acerca da justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, e sobre a legitimidade democrática do poder judicial em tutelar esses direitos.

Para Ana Cláudia FINGER a ilegitimidade democrática caracteriza uma forte barreira à tutela judicial dos direitos fundamentais sociais, eis que isto implicaria transferir para o Judiciário o poder de decisão sobre a eficácia de normas que impõem ao Estado a realização de prestações positivas aos indivíduos e à sociedade¹¹¹.

Ademais, imperioso ressaltar que o argumento de maior peso contra a judicialização dos direitos fundamentais sociais sempre foi voltado ao princípio da

¹¹⁰ Segundo Raquel Denize STUMM “um direito que possua a parte política mais desenvolvida que a jurídica chama-se direito político. Ele ocupa-se do exercício de direitos e problemas relativos a interesses e valores contrapostos, onde a autoridade pública desempenha um papel importante. (...)Eles tratam dos interesses mais significativos de uma comunidade, que são os que dizem respeito aos poderes do Estado e ao controle das liberdades pessoais e dos direitos econômicos”. (STUMM, Raquel Denize. *O poder judiciário e os direitos fundamentais sociais*. Curitiba, 2001. 156 f. Dissertação (Doutorado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, pp. 53-54).

¹¹¹ FINGER, Ana Cláudia. *Serviço público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais*. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n. 12, abr/jun 2003, p.152.

tripartição dos poderes. Isto porque sempre vigorou a idéia de que o Poder Judiciário não pode intervir na esfera de atuação dos outros poderes, a não ser em casos excepcionais.

Faz-se uma ressalva ao Poder Judiciário ser o tutor dos direitos fundamentais sociais, eis que por se tratarem de demanda de direito à prestação estatal, a doutrina constitucionalista diverge quanto ao seu alcance. Há argumentos no sentido de serem estes direitos dotados de eficácia muito reduzida, ou que se inserem na esfera programática, ou porque carecem de intervenção. Ainda há argumentos no sentido de ser a estrutura do Poder Judiciário relativamente inadequada para dispor sobre recursos e planejar políticas públicas.

Porém, imperioso lembrar que o Estado moderno requer haja uma reformulação funcional dos poderes, no sentido de que todos devem buscar diminuir a distância entre o sistema jurídico e a realidade social. Quanto ao Poder Judiciário, é imprescindível que ele aceite a realidade de transformação da idéia de direito e da nova função estatal¹¹².

É necessário um judiciário que realmente intervenha na esfera social, buscando controlar a falta de prestação dos serviços públicos básicos e exigindo a implementação de políticas públicas sociais eficientes que garantam a vida digna do homem. Essa é uma idéia, porém, que não está consolidada na doutrina e recebe ainda resistência, eis que afirma um novo tipo de Poder Judiciário, no qual cada vez mais os juízes devem estar conscientes e preparados para interpretar as normas de maneira valorativa, de acordo com os preceitos constitucionais referentes aos direitos fundamentais do homem.

Assim, não estamos mais num período histórico em que as normas jurídicas devem ser interpretadas de maneira extremamente formal, pois que o mais importante seria deixado de lado, ou seja, a realidade social que se encontra por trás das formas e dos conflitos de interesse que se deve dirimir¹¹³. Claro está, portanto,

¹¹² KRELL, Andreas Joachim. *Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal. ano 36, n. 144, out/dez 1999, p. 252.

¹¹³ KRELL, Andreas Joachim. *Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal. ano 36, n. 144, out/dez 1999, p. 249.

que o judiciário acaba por se vincular às diretrizes constitucionais, e não apenas aos esquemas da racionalidade formal¹¹⁴.

Então, o que se espera mostrar no conjunto deste trabalho é que a atual tendência da jurisprudência e da doutrina é de reconhecer a justiciabilidade desses direitos, afirmando sua eficácia por intermédio do Poder Judiciário.

Nesse sentido, importante ponderação faz Cláudio Ari MELLO, o qual critica a alegada ilegitimidade do Poder Judiciário na tutela dos direitos fundamentais sociais, justificando que a legitimidade está justamente fundamentada no princípio da supremacia constitucional¹¹⁵. Dessa forma conclui que o Poder Judiciário, sendo um órgão criado para concretizar os fins constitucionalmente positivados, está tão vinculado à Lei Fundamental quanto os demais poderes, portanto, de legitimidade para materializar tais direitos.

Ainda, cumpre observar, sem adentrar aos detalhes de tão complexo tema, a idéia de J. J. Gomes CANOTILHO, o qual vê a efetivação dos direitos fundamentais sociais, além dos econômicos e culturais, através da chamada “reserva do possível”. Os adeptos dessa idéia afirmam que os serviços públicos seriam dependentes das reservas econômicas, ou seja, a elevação do nível de sua realização estaria sempre condicionada pelo volume de recursos suscetível de ser mobilizado para este efeito¹¹⁶.

Por fim, conclui-se este tópico admitindo como certa a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, eis que com base nas idéias aqui sumariamente desenvolvidas, eles são garantidores dos valores da igualdade, liberdade e justiça, constituem condição de existência e medida de legitimidade do Estado Democrático e Social de Direito, além de possuírem íntima ligação com os conceitos de Estado de Direito e Constituição.

¹¹⁴ KRELL, Andreas Joachim. *Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal. ano 36, n. 144, out/dez 1999, p. 253.

¹¹⁵ Nesse sentido, ainda destaca Cláudio Ari Mello que “Com efeito, ninguém discute a competência do Poder Legislativo para legislar sobre os direitos sociais; de igual modo, ninguém discute a competência do Poder Executivo para realizar ações administrativas para a prestação dos direitos sociais. No entanto, não é da competência de nenhum desses poderes decidir se garantirão ou não tais direitos, porque isto é uma determinação constitucional. Assim, sendo um órgão criado para concretizar os fins constitucionais, o Poder Judiciário está tão vinculado à Lei Fundamental quanto os demais poderes, gozando, portanto, de legitimidade para materializar tais direitos”. (MELLO, Cláudio Ari. *Os direitos sociais e a teoria discursiva do direito*. Revista de Direito Administrativo. n° 224, abr/jun 2001, pp. 239-284).

¹¹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. [s.l.]: Coimbra Editora, 1991, p. 131.

2.2.3 Eficácia Jurídica dos Direitos Fundamentais e sua legitimação

Primeiramente, neste tópico do estudo cabe lembrar os conceitos de eficácia e vigência das normas, lembrando que não há unanimidade na doutrina quanto a essas figuras. Ingo Wolfgang SARLET cita em sua obra que a vigência consiste na qualidade da norma que a faz existir juridicamente, tornando-a de observância obrigatória, ou seja, é o modo específico de existência das normas jurídicas¹¹⁷.

Assim, ainda seguindo as idéias de José Afonso da SILVA, a vigência se constitui pressuposto da eficácia, a qual, por sua vez, pode ser dividida em eficácia social (sua real obediência e aplicação no plano dos fatos) e jurídica (designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular as situações, relações e comportamentos nela indicados)¹¹⁸. Interessa aqui estudar os efeitos da eficácia jurídica dos direitos fundamentais e sua legitimação.

Nesse contexto, ao se ressaltar a problemática da eficácia jurídica dos direitos fundamentais, observa-se que não são completamente imunes a toda e qualquer limitação, não importando se a norma é de eficácia plena, contida ou limitada.

Sem adentrar no mérito das classificações da eficácia das normas garantidoras de direitos fundamentais, ressalta-se que repousam em disposições diversas entre si no que diz respeito às suas formas de positivação no texto constitucional. Isso significa dizer que exercem funções diferentes, mas que assumem relevância no âmbito da eficácia, além de apresentarem certo grau de vinculação com a problemática das formas de positivação dos direitos fundamentais no texto constitucional.

Assim, antes de ocupar este estudo do exame propriamente dito da eficácia dos direitos fundamentais, há que se tecer algumas considerações acerca do princípio da aplicabilidade imediata (direta) e da plena eficácia das normas definidoras dos direitos fundamentais, como consagrado no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, já que sem tal instrumento não se poderá prosseguir no exame da matéria deste tópico.

¹¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 244.

¹¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 245-246.

Conforme dispõe o artigo 5º, § 1º, da Carta Magna “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Para Ingo Wolfgang SARLET “percebe-se, desde logo, que o constituinte não pretendeu, com certeza, excluir do âmbito desse artigo os direitos políticos, de nacionalidade e os direitos sociais, cuja fundamentalidade – pelo menos no sentido formal – parece inquestionável”¹¹⁹.

Ainda, para este autor, a Constituição de 1988, além de consagrar um rol variado de direitos fundamentais sociais, considerou os direitos fundamentais como normas de aplicabilidade imediata. Por conseguinte, pode-se tirar desta idéia uma importante constatação, que o artigo 5º, § 1º, da Carta Magna aplica-se tão somente aos direitos fundamentais (sem exceção), e não a todas as normas constitucionais, como quer fazer crer parte da doutrina brasileira¹²⁰.

Nesse mesmo sentido, Ingo Wolfgang SARLET ressalta que:

em face do dever de respeito e aplicação imediata dos direitos fundamentais em cada caso concreto, o Poder Judiciário encontra-se investido do poder-dever de aplicar imediatamente as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, assegurando-lhes sua plena eficácia¹²¹.

Ademais, destaca o autor que não se pode abrir mão da noção de que em favor das normas de direitos fundamentais vigora uma presunção de plenitude eficaz, que, no entanto, não é absoluta.

Os direitos fundamentais têm papel importante no âmbito do Estado constitucional, ou seja, possuem uma íntima ligação com as noções encontradas na Constituição Federal e no Estado de Direito. Imperioso estudá-los, como já citado anteriormente, mesmo que em linhas gerais, eis que há um nexo de interdependência forte entre esses conceitos.

Nesse sentido, ainda ressalta Ingo Wolfgang SARLET que,

as idéias de Constituição e direitos fundamentais são, no âmbito do pensamento da segunda metade do século XVIII, manifestações paralelas e uni direcionadas da

¹¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 273.

¹²⁰ O autor expõe que “em hipótese alguma o significado do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal poderá ser reduzido ao que se atribui ao princípio da constitucionalidade, sob pena de equiparação entre os direitos fundamentais e as demais normas constitucionais. Nesse contexto, sustentou-se acertadamente que a norma contida no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 280).

¹²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 280.

mesma atmosfera espiritual. Ambas se compreendem como limites normativos ao poder estatal¹²².

Para o autor, os direitos fundamentais integram, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização de poder, a essência do Estado constitucional. Neste sentido, além de um papel limitador do poder estatal, os direitos fundamentais assumem a atribuição de legitimadores, eis que o poder se justifica através da realização destes direitos fundamentalmente garantidos.

É neste contexto que assume relevo o estudo dos direitos fundamentais e sua eficácia, uma vez que o Estado de Direito exige e implica, para assim se fazer conhecer, a garantia desses direitos, ao passo que eles exigem para sua realização, o reconhecimento e a garantia do Estado de Direito.

Aqui, merece ressalva a polêmica sobre a eficácia e a efetividade dos direitos prestacionais, ou seja, aqueles que exigem uma prestação positiva pelo ente estatal, uma vez que se insere no debate acerca do caráter e das tarefas do Estado, do Direito e da Constituição, inclusive dos direitos fundamentais. Ainda, eles decorrem do estágio de desenvolvimento social, eis que os direitos prestacionais envolvem questões de redistribuição de riquezas na sociedade, o que, por si evidenciam seu caráter de disputa política¹²³.

Para Thiago Lima BREUS, ainda, “é natural que a hermenêutica tradicional sustente que os direitos fundamentais sociais, ou prestacionais são normas programáticas, não dotadas de eficácia, pois são dependentes de regulamentação do legislador”¹²⁴.

Neste sentido, não se pode olvidar o significado da expressão “normas programáticas”, ou “normas constitucionais de cunho programático” que são normas as quais, além de vincularem o legislador a concretizar suas funções, não o permitem se afastar dos parâmetros preestabelecidos nas normas definidoras de direitos fundamentais e prestações.

Seriam esses direitos sociais prestacionais, então, os direitos à educação, à saúde, à moradia, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, à

¹²² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 69.

¹²³ BREUS, Thiago Lima. *Da prestação de serviços à concretização de direitos: o papel do estado na efetivação o mínimo existencial*. In: COSTALDELLO, Angela Cassia (Coord.). *Serviços públicos: direitos fundamentais, formas organizacionais e cidadania*. Curitiba: Juruá, 2005, pp. 251-252.

¹²⁴ BREUS, Thiago Lima. *Da prestação de serviços à concretização de direitos: o papel do estado na efetivação o mínimo existencial*. In: COSTALDELLO, Angela Cassia (Coord.). *Serviços públicos: direitos fundamentais, formas organizacionais e cidadania*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 252.

proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados, consoante se depreende do art. 6º da Constituição Federal de 1988. “Nesse contexto, os direitos sociais programáticos representam mandados de otimização que devem ser densificados, e o seu descumprimento só pode ser realizado temporariamente em virtude de uma impossibilidade material evidente e comprovável”¹²⁵.

Assim, pode-se entender que os direitos sociais são condições para a participação democrática e para o exercício dos demais direitos fundamentais, uma vez que contemplam o mínimo existencial dos indivíduos, ou seja, garantem sua existência digna.

Por conseguinte, é neste foco que surge a idéia de que o Estado Social preconizado pela Constituição Federal de 1988 demanda uma nova postura do operador de direito, com vistas a uma interpretação orientada por valores.

O moderno Estado Social requer a inclusão da razão prática na metodologia jurídica, ou seja, um direito assentado em normas éticas e políticas, que vai possibilitar, assim, sua legitimação. Nesse prisma, afirma Ana Cláudia FINGER que:

a legitimação da jurisdição constitucional é obtida através de duas conclusões, quais sejam: o ato jurisdicional não é um ato de mera vontade mas sim um ato racionalizado dialogicamente; o princípio majoritário pode ser limitado pelo próprio procedimento democrático, notadamente para se preservar os direitos fundamentais, que são condições de possibilidade para a democracia¹²⁶.

Desta forma, é na compreensão desse contexto que os direitos fundamentais deixam de ser apenas instrumentos de defesa da liberdade individual, para, integrando um sistema axiológico, funcionarem como base de todo o ordenamento jurídico. Como bem ressalta Ingo Wolfgang SARLET:

verifica-se que os direitos fundamentais podem ser considerados simultaneamente pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo, mediante o reconhecimento do direito de igualdade (perante a lei e de oportunidade), de um espaço de liberdade real, bem como por meio de outorga do direito à participação (com liberdade e igualdade)¹²⁷.

Por fim, ainda, há que se destacar a função dos direitos fundamentais de defender, no regime democrático, os direitos das minorias contra eventuais desvios

¹²⁵ BREUS, Thiago Lima. *Da prestação de serviços à concretização de direitos: o papel do estado na efetivação o mínimo existencial*. In: COSTALDELLO, Angela Cassia (Coord.). *Serviços públicos: direitos fundamentais, formas organizacionais e cidadania*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 254.

¹²⁶ FINGER, Ana Cláudia. *Serviço público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais*. In: *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Ano 3, nº 12, abr/jun 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 156.

¹²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 69-70.

de poder praticados pelo Estado, garantindo-se a liberdade e autonomia do homem, essenciais no Estado Social.

Assim, entende-se que “os direitos fundamentais só podem ser eficazes quando protegem, ao mesmo tempo, as condições materiais mínimas necessárias para a possibilidade da sua realização”¹²⁸. É imperioso que o poder estatal desenvolva esforços para atender as necessidades da população, garantindo seus direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana.

Nestas idéias apresentadas resta demonstrado o que até agora motivou o presente estudo, ou seja, a interligação entre os conceitos de democracia, Estado Social, direitos fundamentais e a prestação de serviços públicos, que se não pautada em todos esses aspectos supra descritos, não se caracteriza como meio de assegurar a existência digna do ser humano, o que é sua finalidade precípua. O vínculo, portanto, entre serviço público e a satisfação dos direitos fundamentais é de natureza direta e imediata. Se inexistir esse vínculo, será impossível reconhecer-se a existência de um serviço público¹²⁹.

Das considerações até aqui alinhavadas acerca da prestação de serviços públicos e acerca dos direitos fundamentais, percebe-se que estão intimamente interligados, o que, por fim, será explicitado no próximo capítulo desta pesquisa.

¹²⁸ KRELL, Andreas Joachim. *Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal. ano 36, n. 144, out/dez 1999, p. 245.

¹²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 478.

2.3 IMPULSO A UM NOVO MODELO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Caminhando para a finalização do presente trabalho, imperioso salientar a idéia de Andreas Joachim KRELL, para quem constitui um verdadeiro paradoxo que o Brasil esteja entre os dez países com a maior economia mundial, e possua uma Constituição altamente avançada quanto aos direitos sociais, enquanto mais de 30 milhões de seus habitantes continuam vivendo abaixo da linha da pobreza¹³⁰. Essas pessoas não encontram um atendimento de qualidade mínima nos serviços públicos, que lhes garantam o essencial para uma vida digna.

Sabe-se que a Constituição Federal apesar de tentar representar a realidade de nossa sociedade, sempre esteve em conflito com ela e muito pouco contribuiu para a melhoria da qualidade de vida. O texto constitucional continua sendo uma categoria referencial distante para algumas camadas sociais.

Cada vez mais se discute o “fracasso” do Estado brasileiro como provedor dos serviços essenciais à vida da sociedade e as suas contradições em relação à pretensão normativa dos direitos fundamentais sociais. Cada vez mais se busca implementar as políticas relativas aos direitos fundamentais sociais (art. 6º, Constituição Federal) e aos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e à erradicação da pobreza (art. 1º, III, e art. 3º, III, Constituição Federal). Esse é um tema complexo e um dos maiores desafios do Direito Administrativo-Constitucional moderno.

2.3.1 Pensar os Serviços Públicos com a ótica dos Direitos Fundamentais

Após análise do conceito de serviços públicos, desde seu surgimento, perpassando pelos mais variados momentos históricos de evolução estatal, hoje se pode verificar uma alteração significativa no seu elemento subjetivo. É indispensável para a proposta do novo conceito de serviço público, portanto, ter como premissa o estudo do papel do Estado ou do particular na prestação dos serviços, os quais, depois de variadas transformações, hoje devem obrigatoriamente seguir alguns

¹³⁰ KRELL, Andreas Joachim. *Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal. ano 36, n. 144, out/dez 1999, p.239.

princípios e ter características que os permitam satisfazer o bem social e, sobretudo, garantir a indisponibilidade dos direitos fundamentais garantidores da dignidade do homem.

De acordo com a evolução da atuação estatal, realmente o serviço público precisou ter seu conceito reformulado. Antes vinculado à figura do Estado, os serviços públicos passam hoje a ter uma conceituação diversa. O seu regime de monopólio de prestação mudou, eis que a exclusividade de prestação não é mais do Estado, sendo também delegado aos particulares.

Não significa que houve uma crise do conceito antigo de serviços públicos, mas apenas uma readequação de seu conceito de acordo com o novo contexto em que está inserido. Vivian Cristina LIMA fala que esse “novo” serviço público possui uma nova concepção de regulação, ou seja, a regulação onipresente do Estado é substituída por uma regulação complementar e subordinada ao mercado¹³¹.

Assim, para a autora, “o novo conceito de serviço público está imbricado de uma conotação econômica muito nítida”¹³². A prestação dos serviços pelos particulares deve obedecer a requisitos e limitações, que não os façam confundir com as atividades econômicas, as quais não sofrem restrições à concorrência de mercado. O que se vê é a sobreposição dos interesses gerais em decorrência dos princípios da concorrência, portanto.

Ainda, como já se observou, na contemporaneidade, o Estado perde sua característica de protagonista na prestação dos serviços, para adquirir um caráter gerencial e regulador. Ele passa a obedecer ao que se chama na doutrina de “princípio da subsidiariedade”, em outras palavras, o Estado não deve realizar os interesses da sociedade quando esta puder supri-los por si mesma, priorizando-se, assim, a sociedade sobre o Estado¹³³.

A subsidiariedade é, portanto, princípio que impede que o Estado intervenha na economia e nos serviços públicos, limitando e regulando sua atividade, além de

¹³¹ LIMA, Vivian Cristina. *Administração pública contemporânea: o usuário de serviço público e a dignidade da pessoa humana*. Curitiba, 2004. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 91.

¹³² LIMA, Vivian Cristina. *Administração pública contemporânea: o usuário de serviço público e a dignidade da pessoa humana*. Curitiba, 2004. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 91.

¹³³ LIMA, Vivian Cristina. *Administração pública contemporânea: o usuário de serviço público e a dignidade da pessoa humana*. Curitiba, 2004. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 96.

reconhecer a importância dessa atuação interventiva como um direito, mas não uma atividade compulsória em qualquer caso¹³⁴.

Esse princípio adquire atualmente primordial importância na definição do papel do Estado. Ele nasceu com o Direito Canônico, funcionando como princípio harmonizador da estrutura institucional da Igreja Católica. Ainda, sua difusão ocorreu principalmente pelas Encíclicas *Rerum Novarum* (1891), de Leão XIII, *Quadragesimo Anno* (1931), de Pio XII, *Mater et Magistra* (1961), de João XXIII e *Centesimus Annus* (1991), de João Paulo II. As cartas circulares pontifícias, portanto, traziam a idéia que o fim da sociedade é ajudar os seus membros na busca do bem comum, e não destruí-los¹³⁵.

Partindo-se da idéia de que todo ordenamento deve proteger a autonomia da pessoa humana, o princípio da subsidiariedade busca reger as relações da Igreja Universal com seus fiéis, assim como dos poderes públicos com seus cidadãos, vinculando-se, assim, à organização social.

Logo, o Estado Subsidiário se torna responsável pelas atividades que satisfazem as necessidades públicas, mas também a sociedade civil deve contribuir para a realização das missões do serviço público. O Estado busca a atuação privada e orientada, por meio da delegação aos particulares das incumbências que outrora lhe cabiam exclusivamente.

Porém, não se pode tomar como base essa idéia de subsidiariedade, eis que ela é advinda dos ordenamentos europeus, onde, como já citado, o desenvolvimento social é mais avançado que nos países da América do Sul. No modelo europeu o princípio da subsidiariedade apresenta-se possível de ser desenvolvido, diferente de nosso país, por exemplo, onde as camadas sociais mais baixas não possuem quaisquer condições de proverem por si só seu bem-estar.

Baseando-se nessa idéia é que se busca um modelo próprio de prestação de serviços públicos para nosso país, adequado à nossa realidade social e às nossas estruturas normativas. Neste sentido, ressalta Vivian Cristina LIMA que “o Estado subsidiário brasileiro não pode ser semelhante ao Estado subsidiário europeu, até

¹³⁴ Idéia de Luis Sanchez AGESTA. (Citado por LIMA, Vivian Cristina. *Administração pública contemporânea: o usuário de serviço público e a dignidade da pessoa humana*. Curitiba, 2004. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 97).

¹³⁵ BALDO, Rafael Antonio. *O serviço público como instrumento de garantia do cidadão: inserindo a noção de serviço público na evolução estatal*. Curitiba, 2005. 60 f. Monografia (Graduação em Direito) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 40.

porque, em diversas regiões da Europa, há muito que a discussão sobre o mínimo existencial foi assegurada e ultrapassada”¹³⁶.

No Brasil, como já citado neste trabalho, a redução do tamanho do Estado iniciou-se com a Constituição Federal de 1988, uma vez que as competências estatais diminuíram em função da democratização. Houve o estabelecimento de setores básicos de atuação pelo Estado (um núcleo prestador das funções públicas primordiais através dos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário, além do Ministério Público; um núcleo de atividades exclusivas do Estado, indelegáveis; um núcleo de serviços não-exclusivos; e um núcleo de produção de bens e serviços para o mercado, antes prestados pelo Estado e que hoje são privatizados sob rígida regulação)¹³⁷.

O que se observou foi uma “setorização dos serviços públicos”¹³⁸, ou seja, a criação de agências reguladoras e regimes jurídicos específicos para determinadas atividades prestacionais, visando, assim, a realização de novos interesses coletivos, resultantes dos avanços tecnológicos. Neste sentido, Marçal JUSTEN FILHO expõe em sua obra que se torna impossível a uniformidade de regime jurídico, uma vez que não estamos mais tratando de um serviço público, mas sim de uma gama de serviços, cada qual com regime jurídico distinto, como por exemplo nos setores das telecomunicações e de energia elétrica¹³⁹.

Assim, uma vez que o regime jurídico universal passou a abranger somente suas características e seus princípios gerais, é de vital importância esta diferenciação qualitativa dos serviços públicos. Algumas de suas características clássicas já não se aplicam mais a todos os setores e a essencialidade da vinculação aos direitos fundamentais se torna uma premissa básica.

¹³⁶ LIMA, Vivian Cristina. *Administração pública contemporânea: o usuário de serviço público e a dignidade da pessoa humana*. Curitiba, 2004. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 97.

¹³⁷ Idéias de Maria Sylvia Zanella di Pietro. Cita a autora que “através do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, elaborado em 1995, foram fixados quatro setores básicos na tentativa de se transpor um sistema administrativo burocrático-weberiano em um sistema gerencial”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, pp. 39-46).

¹³⁸ Expressão de Alexandre Santos de Aragão. Segundo esse autor “estamos diante do que muitos qualificam como uma regulação estruturada em redes normativas fluidas e pouco hierarquizadas: a idéia de regulação surge em um campo jurídico em forma de rede, que permite delicadas operações de equilíbrio entre fontes de poder ao mesmo tempo complementares e concorrentes [...]”. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, 2002, p. 15).

¹³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 495.

Através deste estudo pode-se perceber, portanto, que não apenas no Brasil, mas também na Europa houve profundas alterações no sistema dos serviços públicos tradicionais, os quais, com o crescente número de privatizações, e a conseqüente abertura de mercado e sua forma de organização, tiveram que adotar estruturas empresariais para enfrentar a concorrência com as novas empresas privadas¹⁴⁰.

Logo, o que se observa é que o atual sistema demanda do Poder Público o dever de assegurar a prestação dos serviços que são essenciais à sociedade, ao mesmo tempo em que retira do Estado a exclusividade desta prestação. Passa-se a aceitar, portanto, a delegação da prestação dos serviços aos particulares, os quais, por sua vez, são submetidos à fiscalização e controle por meio do Estado. Ainda, serão estabelecidas restrições à concorrência em todos os casos, independente da natureza da atividade.

Pode-se resumir toda essa idéia no pensamento de Vital MOREIRA em que afirma:

um novo paradigma econômico e político para os serviços públicos, calcado na liberalização e abertura de mercado, na privatização, na concorrência como princípio universal, na desintervenção do Estado e na sua função concentrada na regulação e não mais na prestação, onde se introduz uma lógica empresarial na gestão pública (já identificada quando da análise da Administração Pública Gerencial), com uma crescente utilização de mecanismos do direito privado e de gestão privada¹⁴¹.

Mas não se pode olvidar nesta seara do pensamento, a posição do usuário dos serviços públicos e seu bem-estar, o qual deve ser preservado sempre com respaldo nos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.

Importante ressaltar, ainda, que a nova proposta de serviços públicos encontra-se muito próxima dos ideais de mercado, o que pode causar conflitos, eis que estes são regulados pela livre concorrência ou ajustados por pequenas limitações, enquanto aqueles admitem fortes restrições e regulações por parte do Estado.

Destarte, destaca Vital MOREIRA que “são extremamente evidentes as pressões para que as obrigações de serviço público sejam consideravelmente

¹⁴⁰ LIMA, Vivian Cristina. *Administração pública contemporânea: o usuário de serviço público e a dignidade da pessoa humana*. Curitiba, 2004. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 93.

¹⁴¹ MOREIRA, Vital. *Os serviços públicos tradicionais sob impacto da União Européia*. Revista de Direito Público da Economia, ano 1, n. 1, jan/mar 2003, pp. 238-239.

reduzidas”¹⁴². Em países mais desenvolvidos, em que o mínimo existencial de cada pessoa já está em muito assegurado e há um avanço das organizações sociais quanto à satisfação das necessidades do homem, não há uma preocupação tão grande quanto aos serviços públicos, como nos países da América Latina, por exemplo.

Tomando como base a realidade brasileira, podemos visualizar a preocupante situação em que se encontra a sociedade, eis que há má distribuição de renda, o que evidencia as diferenças de classes; há pobreza, fome, enfim exclusão social. Como já citado anteriormente o papel dos serviços públicos nessa sua nova concepção é, portanto, contribuir para o melhoramento da qualidade de vida dos cidadãos e implementar as políticas relativas aos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana.

Ainda, o Poder Público tem um papel relevante no controle e gestão da prestação dos serviços públicos pelos particulares, uma vez que também estes serviços devem buscar os ideais supra citados, de igualdade de chances, distribuição de riqueza, luta pela erradicação da pobreza (art. 1º, III, e art. 3º, III, da Constituição Federal), além de garantir a dignidade dos cidadãos através da implementação de políticas públicas relativas aos direitos fundamentais sociais, constitucionalmente positivados.

Nesse sentido, Andreas Joachim KRELL cita em sua obra que os direitos fundamentais sociais estão intimamente ligados aos direitos humanos básicos da vida e da integridade física, ou seja, aqueles direitos de “defesa do indivíduo contra o Estado”, para que este não interfira negativamente na liberdade das pessoas. Fala este autor, ainda, que no Estado moderno os direitos fundamentais estão cada vez mais fortemente dependentes da prestação de determinados serviços públicos, sem os quais o indivíduo sofreria sérias ameaças¹⁴³. Logo, onde o poder estatal deixar de realizar esforços para atender a população mais carente, é evidente que essas pessoas acabarão sendo ameaçadas imediatamente no seu direito à vida e integridade física.

¹⁴² MOREIRA, Vital. *Os serviços públicos tradicionais sob impacto da União Européia*. Revista de Direito Público da Economia, ano 1, n.º 1, jan/mar/2003, pp. 238-239.

¹⁴³ KRELL, Andreas Joachim. *Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal. ano 36, n. 144, out/dez 1999, p. 245.

Por fim, interessante lembrar a ligação que possui o conceito de serviços públicos com a Constituição Federal, eis que nesse novo contexto estatal, segundo Ana Cláudia FINGER:

privilegia o perfil de uma Administração ativa – serviços públicos, obras públicas, exploração estatal da atividade econômica, poder de polícia –, operacionalizada por um complexo de órgãos e pessoas jurídicas. Mas a Constituição também privilegia uma Administração controlável e calcada na participação dos cidadãos – controle interno e externo, princípios constitucionais, licitação, concessões e permissões, ampla defesa e contraditório no processo administrativo¹⁴⁴.

Assim, percebe-se que é uma constituição marcadamente dirigente, preocupada com os fins democráticos, com os direitos humanos e com a justiça social. Condiciona os poderes a atuarem na direção eleita pelo constituinte (educação, saúde, cultura e realização de valores, como a justiça material e os direitos a ela inerentes), a fim de alcançar os fins por ela delimitados¹⁴⁵.

A partir desta base, nos parece superada a idéia de que houve o “fim do conceito de serviço público”, ou ainda uma “crise dogmática ou institucional de sua noção”, mas sim o que houve foi sua readequação conceitual para atender aos novos moldes de atuação do Estado, da sociedade e da Constituição Federal. Houve a falência do serviço público na sua configuração tradicional, eis que diante do excesso de demandas estatais que não mais podiam ser supridas, em função da transparente incapacidade do Estado, o antigo conceito já não mais se mostrou suficiente para atender às necessidades sociais.

No entanto, a idéia essencial dos serviços públicos continua sendo a mesma, qual seja, a prestação e satisfação das necessidades coletivas. Mas entende-se que, neste novo momento, se torna imprescindível a vinculação total com a proposta de garantia da dignidade da pessoa humana, sem olvidar o vínculo com o Poder Público, ainda que na forma de regulação, sendo o regime jurídico considerado, assim, elemento formal da sua noção.

Logo, Vivian Cristina LIMA esclarece que:

Desta forma, a noção de serviço público não desapareceu. Pelo contrário, apresenta-se atual e extremamente necessária no contexto do Estado Social e de reformulação do Estado brasileiro, eis que elemento fundamental para a preservação das

¹⁴⁴ FINGER, Ana Cláudia. *Serviço público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais*. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n. 12, abr/jun 2003, p.160.

¹⁴⁵ FINGER, Ana Cláudia. *Serviço público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais*. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n. 12, abr/jun 2003, p.160.

conquistas do Welfare State e para a manutenção da satisfação das necessidades da coletividade¹⁴⁶.

Cabe aqui trazer o pensamento de Marçal JUSTEN FILHO, o qual cita em sua obra que os serviços públicos, hoje, podem ser definidos como sendo:

uma atividade pública administrativa de satisfação concreta das necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, destinada a pessoas indeterminadas e executada sob regime de direito público¹⁴⁷.

Assim, a prestação de serviços públicos é, senão, um instrumento de satisfação direta e imediata dos direitos fundamentais, sobretudo da dignidade da pessoa humana. Logo, “o serviço público existe porque os direitos fundamentais não podem deixar de ser satisfeitos”¹⁴⁸.

Isso não significa dizer que a única maneira de satisfazer os direitos humanos seja através da prestação de serviços públicos, uma vez que se pode considerar todas as atividades estatais como sendo meios de promoção dos direitos fundamentais. O que se deve ter em mente, no entanto, é que o serviço público é o principal meio de assegurar a existência digna do homem, capaz de atender as suas necessidades fundamentais e essenciais, ou seja, há um vínculo de natureza direta entre a prestação dos serviços públicos e a satisfação dos direitos fundamentais. Sem esse vínculo, portanto, não seria possível reconhecer a existência de um serviço público¹⁴⁹.

Destarte, esse papel dos serviços públicos de realização dos direitos fundamentais ganha ainda mais importância em países como o Brasil, cujas estatísticas de desigualdade social evidenciam uma gama enorme de excluídos que não possuem um nível mínimo de vida que lhes garanta as condições de dignidade humana.

Entende Romeu Felipe BACELLAR FILHO que a doutrina tem caminhado para interpretar o inciso IV, do art. 175, da Constituição Federal de 1988, que trata

¹⁴⁶ LIMA, Vivian Cristina. *Administração pública contemporânea: o usuário de serviço público e a dignidade da pessoa humana*. Curitiba, 2004. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 99.

¹⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 478.

¹⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 480.

¹⁴⁹ Pensamento de Marçal Justen Filho. Segundo o autor “a advertência é relevante porque há atividades estatais que não se orientam a promover, de modo direto e imediato, os direitos fundamentais. Essas atividades não são serviço público e, bem por isso, não estão sujeitas ao regime de direito público. O exemplo é a atividade econômica em sentido restrito, desenvolvida com recursos estatais e sob regime de direito privado”. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 480).

dos serviços públicos, como sendo *o direito fundamental ao serviço público*, ou seja, um direito do cidadão exigir do Estado - Administração as prestações positivas, de fornecer as utilidades ou comodidades materiais fruíveis pelos administrados, necessárias e imprescindíveis para a sua vida digna¹⁵⁰.

Neste sentido, Adílson Abreu DALLARI afirma que “o direito ao uso dos serviços públicos é um dos direitos fundamentais do cidadão”¹⁵¹.

A luta que se trava, portanto, é para que efetivamente os serviços públicos realizem os direitos fundamentais, como via de promover a dignidade da pessoa humana, a eliminação das desigualdades e outros valores fundamentais. Como já citado anteriormente, um dos maiores desafios da atualidade é a busca da eficácia e legitimação plena dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, para que não sejam somente normas escritas numa folha de papel, desvinculadas da realidade e incapazes de garantir os direitos e deveres que teoricamente asseguram.

Ainda, o Estado reestruturado (regulador), que admite que certos serviços sejam prestados por particulares em regime de direito público ou privado, tem o dever de fiscalizar esta atividade, pois os entes privados também têm o dever de seguir as premissas do Estado Democrático de Direito, quais sejam, a universalização dos serviços e demais valores abrigados na Carta Magna.

Sabe-se que o fato de um particular explorar uma atividade essencial ainda não é uma idéia aceita unanimemente na doutrina, o que leva a inúmeras discussões. Mas o que se pode concluir em uma breve análise é que, apesar de ser prestado por particular, o serviço público continua contendo um interesse público a ser preservado, o qual deve ser compreendido à luz do valor da dignidade da pessoa humana, de modo que a atividade da Administração Pública seja direcionada ao atendimento das necessidades coletivas e individuais afetas a esse valor¹⁵².

Nesse sentido Fernanda Pereira AMARO:

a livre concorrência, a livre iniciativa e o fim da titularidade estatal em certas áreas de interesse dos particulares não podem servir para instaurar uma era de retrocesso na

¹⁵⁰ 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*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, n. 230, out/dez 2002, p. 155.

¹⁵¹ DALLARI, Adílson Abreu. *Direito ao uso dos serviços públicos*. Revista Trimestral de Direito Público. . n. 13. São Paulo: Malheiros, 1996, pp. 210-215.

¹⁵² AMARO, Fernanda Pereira. *O serviço público sob a perspectiva da garantia constitucional de direitos humanos fundamentais*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 3, n. 50, jan/mar 2005, p. 117.

sociedade e no Direito. Não se pode aceitar que o interesse público se renda ao mercado¹⁵³.

Importante ressaltar a dificuldade em continuar caracterizando o serviço como público, quando passa a ser prestado por particular, eis que há modificação de suas características e seus objetivos. Em outras palavras, o serviço público pode passar a ter não apenas sua área de abrangência reduzida, mas pode ser degradado, juntamente com os valores fundamentais, tudo por causa do risco de a pressão do mercado e do neoliberalismo forçarem uma inversão muito acentuada¹⁵⁴.

Bastante problemática é essa discussão acerca de um “novo” conceito de serviços públicos, sobremaneira em países subdesenvolvidos como o nosso, uma vez que se poderia criar um “estado de exclusão”, ou seja, o mínimo prestado pelo Estado e o essencial não competitivo prestado pelos particulares não interessados em satisfazer as necessidades dos usuários.

Assim, a partir das idéias trazidas até aqui, cabe a conclusão de Fernanda Pereira AMARO, que diz que “Deve-se buscar armar dos aparatos jurídicos possíveis para garantir, a todo custo, a efetivação (maximização) dos direitos fundamentais e a preservação do serviço público [...]”¹⁵⁵.

Mas não é finalidade deste trabalho procurar uma solução a este problema instaurado, mas somente trazer as idéias deste novo contexto. Queira-se ou não, a desestatização é uma realidade, que deve ser cuidadosamente pensada.

Assim, tendo como premissa que o serviço público somente será válido se espelhar as circunstâncias do tempo e do lugar a que se aplicará, finalizar-se-á este tópico do estudo com o que se entendeu da nova concepção de serviço público na atual conjuntura de nosso país, sobremaneira face à nova ordem mundial de exclusão, refletindo bem a preocupação em garantir a preservação e a concretização dos direitos fundamentais pela sociedade.

Essas mudanças evidenciam que a noção de serviço público toma novo rumo diante da alteração de seus critérios (objetivo, subjetivo e formal). O elemento

¹⁵³ AMARO, Fernanda Pereira. *O serviço público sob a perspectiva da garantia constitucional de direitos humanos fundamentais*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 3, n. 50, jan/mar 2005, p. 127.

¹⁵⁴ AMARO, Fernanda Pereira. *O serviço público sob a perspectiva da garantia constitucional de direitos humanos fundamentais*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 3, n. 50, jan/mar 2005, p. 132.

¹⁵⁵ AMARO AMARO, Fernanda Pereira. *O serviço público sob a perspectiva da garantia constitucional de direitos humanos fundamentais*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 3, n. 50, jan/mar 2005, p. 127.

subjetivo se altera já que não é mais o Estado o único prestador dos serviços, uma vez que também é possível a prestação por particulares designados por normas legais. O elemento material se flexibiliza, eis que o “novo” serviço público não é mais qualificado como tal em conjunto, mas somente nas partes da atividade em que é imperioso o atendimento de necessidades coletivas, de interesse geral¹⁵⁶. Em outras palavras, nem toda relação jurídica travada pelo prestador teria o caráter da essencialidade. Da mesma forma, o critério formal se flexibiliza, uma vez que a dicotomia público-privado já não mais se apresenta absoluta.

Ainda, há o que Odete MEDAUAR chama de preceitos aos quais devem se submeter às atividades caracterizadas como serviços públicos. A autora traz em sua obra as idéias de funcionamento eqüitativo ou igualdade de todos perante o serviço público, ou ainda, a paridade de tratamento; o funcionamento contínuo; a possibilidade de modificar o modo de execução; e, ainda, o funcionamento eficiente¹⁵⁷.

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO traz em sua obra determinados princípios que seriam inerentes ao regime jurídico dos serviços públicos, quais sejam, o da continuidade do serviço público, o da mutabilidade do regime jurídico e o da igualdade dos usuários¹⁵⁸. Ainda, Hely Lopes MEIRELLES fala em requisitos dos serviços públicos, os quais são modernamente sintetizados em cinco princípios, que a Administração deve sempre exigir de quem os preste: o princípio da permanência impõe continuidade no serviço; o da generalidade que fixa igualdade de serviço para todos; o da eficiência exige atualização no serviço; o da modicidade exige tarifas razoáveis; e o da cortesia, que se traduz em bom tratamento para com o público¹⁵⁹.

Ademais, há autores como Ana Maria GOFFI e Flaquer SCARTEZZINI, para quem a doutrina erigiu como verdadeiros princípios norteadores do serviço público a continuidade, a regularidade, a uniformidade, onde se podem inserir a igualdade, e a generalidade. Além dessas características, consideram peculiares ao serviço público o princípio da modicidade das tarifas, para possibilitar à coletividade dos usuários

¹⁵⁶ BALDO, Rafael Antonio. *O serviço público como instrumento de garantia do cidadão: inserindo a noção de serviço público na evolução estatal*. Curitiba, 2005. 60 f. Monografia (Graduação em Direito) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 50.

¹⁵⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 371-372.

¹⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003, pp.101-102.

¹⁵⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005 p. 331.

amplo acesso ao serviço; e o da adaptabilidade, que possibilita o adequado ajuste às inovações tecnológicas e às condições econômicas do Poder Público¹⁶⁰.

Esses mesmos autores ressaltam, também, a importância de outros princípios genéricos, próprios do regime jurídico administrativo, os quais devem estar presentes quando se trata da prestação do serviço público. Seriam eles a supremacia do interesse público (finalidade pública), a motivação, a transparência e o controle¹⁶¹.

Nesse mesmo sentido, Marçal JUSTEN FILHO em sua obra resalta os princípios da continuidade, da igualdade e da universalidade. O primeiro significa que a atividade deverá desenvolver-se regularmente, sem interrupções, ou seja, está diretamente ligado à obrigatoriedade de quem presta o serviço. A sua prestação não deve ser interrompida, eis que pode prejudicar o beneficiário, para quem justamente o serviço foi criado. A igualdade envolve o tratamento universal e não discriminatório a todos os usuários do serviço, desdobrando-se em duas vertentes, a universalidade e a neutralidade. Ainda, a igualdade se aplica à formulação das tarifas, que devem ser fixadas em valores idênticos para usuários em mesma situação. Por fim, há o princípio da mutabilidade ou adaptabilidade o qual retrata a vinculação do serviço público à necessidade a ser satisfeita e às concepções técnicas de satisfação¹⁶².

Como se pode observar há um direcionamento da doutrina que parece estar caminhando no mesmo rumo no que se refere aos princípios que norteiam os serviços públicos, eis que a premissa básica é a referência direta e imediata aos direitos fundamentais. Para finalizar o presente estudo, no entanto, vamos analisar brevemente a situação atual do usuário dos serviços públicos e os novos princípios que envolvem todo esse contexto.

¹⁶⁰ GOFFI, Ana Maria. SCARTEZZINI, Flaquer. *O princípio da continuidade do serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 93.

¹⁶¹ GOFFI, Ana Maria. SCARTEZZINI, Flaquer. *O princípio da continuidade do serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 93.

¹⁶² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 489-490.

2.3.2 Pensar o usuário dos Serviços Públicos, com enfoque na cidadania e dignidade da pessoa humana como valores fundamentais

A tutela jurídica do usuário acabou por se tornar tema imprescindível a partir da nova visão contemporânea da noção de serviço público. O cidadão usuário de serviço público depende da conformação da realidade administrativa, política e organizacional do Estado para encontrar seu espaço de tutela jurídica.

O que se busca mostrar neste tópico do trabalho é a tendência atual da doutrina a qual busca fundamentar a construção jurídica em torno de um direito do usuário emancipatório e humanístico, que encontre lugar em uma Administração Pública compromissada com a dignidade da pessoa humana¹⁶³.

Já se sabe que o Estado sofreu mudanças em sua estrutura ao longo dos anos e hoje está readequado à realidade da globalização e do neoliberalismo, fenômenos estes que, como se observou do estudo, não trazem benefícios a todas as parcelas da sociedade. O que ocorre é um perverso sistema de exclusão, que não é capaz de atender às necessidades de toda a humanidade. Não se almeja a solução do problema, no entanto, mas sim se tenta identificar as bases de uma sociedade melhor, mais justa e humanitária a todos os cidadãos.

É a lógica do mercado e da lucratividade que acaba por criar essa massa de excluídos. Dessa forma, inegável que grande parte da nossa sociedade não usufrui dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, uma vez que as políticas neoliberais não visam a inclusão social, mas a exclusão e a redução do status da cidadania¹⁶⁴.

A partir dessa lógica, importante analisar o papel do usuário de serviços públicos inserido nessa nova realidade de privatizações, em que os serviços não são mais exclusivamente prestados pelo Estado, mas também por particulares, os quais, seguindo a lógica capitalista, muitas vezes não possuem a preocupação necessária com a garantia do mínimo necessário para a vida digna dos usuários.

Nesse sentido, Vivian Cristina LIMA cita em sua obra que:

¹⁶³ LIMA, Vivian Cristina. *Administração pública contemporânea: o usuário de serviço público e a dignidade da pessoa humana*. Curitiba, 2004. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 104.

¹⁶⁴ LIMA, Vivian Cristina. *Administração pública contemporânea: o usuário de serviço público e a dignidade da pessoa humana*. Curitiba, 2004. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, pp. 109-110.

O usuário de serviço público não é mais o cidadão brasileiro, mas o consumidor de utilidades. Essa reestruturação estatal gerou um processo inimaginável e extremamente poderoso de mitigação e exclusão social, onde o cambio epistemológico é tão forte e difundido que se transformou em senso comum teórico, e a maior vergonha se apresenta em não poder consumir, como se o homem fosse passível de redução a uma única dimensão: a econômica¹⁶⁵.

Assim, a possibilidade de prestação dos serviços públicos pelo particular fez com que ele se aproximasse das regras de mercado, de livre concorrência, características as quais caracterizam as atividades econômicas. Em consequência disso outro desafio se coloca em nossa frente, qual seja, o de buscar uma maneira de que os usuários de serviço público não tenham seus direitos fundamentais e cidadania suprimidos pelo novo Estado reformado, pelas crescentes privatizações e por esse contexto excludente de neoliberalismo e globalização.

Há autores como César Guimarães PEREIRA, que afirmam que o foco da prestação de serviços públicos está voltado para o usuário. Isso porque cada vez mais o fundamento da ação do Poder Público está consagrado na dignidade da pessoa humana, na valorização do indivíduo, da pessoa, como finalidade da atuação do Estado. Os indivíduos devem ter suas necessidades atendidas, principalmente aqueles cuja dignidade não pode ser protegida ou realizada por seus próprios esforços¹⁶⁶.

Logo, o serviço público, indiferentemente se prestado por um ente público ou privado, não pode mudar de destinatário. Isso significa que a finalidade do serviço público deve permanecer inalterada, pois cada vez mais se consolida a idéia de que a base principiológica da atuação do Poder Público – seja como prestador, seja como regulador da prestação privada das atividades essenciais – repousa sobre a dignidade da pessoa humana¹⁶⁷.

Neste sentido, entende-se que os serviços públicos mostram-se como uma possibilidade de erradicação da pobreza, melhoria da qualidade de vida e garantidores da dignidade humana de milhares de pessoas, que em nosso país, não

¹⁶⁵ LIMA, Vivian Cristina. *Administração pública contemporânea: o usuário de serviço público e a dignidade da pessoa humana*. Curitiba, 2004. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, pp. 109-112.

¹⁶⁶ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 1-2.

¹⁶⁷ Idéia de Mônica Spezia Justen. Para a autora “a relação entre o serviço público, o interesse público, os direitos fundamentais e o princípio da dignidade humana deve ser sopesada cada vez que o tema serviço público for objeto de transformações de ordem política e econômica. Isso porque a lógica da concorrência, com todo o seu valor e eficiência, não pode prevalecer sobre a lógica da proteção ao ser humano” (JUSTEN, Mônica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 233).

possuem as condições mínimas de existência. Assim, o usuário passa a ser caracterizado como cidadão e não mais um mero consumidor do serviço¹⁶⁸.

O Estado deve ter uma atuação cada vez mais forte, no sentido de garantir aos usuários os valores sociais, a justiça e a construção de uma sociedade mais igual e digna. Há várias possibilidades de proteção ao usuário de serviços públicos, muito embora ainda não esteja regulamentado o texto constitucional acerca dessa matéria, eis que inexistente uma lei de defesa do usuário de serviço público (§ 3º do art. 37 e art. 27 da Emenda Constitucional nº 19/98).

Enfim, mesmo que a Constituição Federal brasileira traga em seu corpo de texto princípios e normas que garantam plena e eficaz proteção ao usuário, como os princípios da legalidade, moralidade, publicidade, impessoalidade e eficiência (art. 37, *caput*), nosso país não possui ainda concretização e efetividade de instrumentos legislativos que garantam essa proteção¹⁶⁹.

No plano infraconstitucional há a Lei de Concessões e Permissões Públicas (Lei nº 8.987/95), a Lei de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), a legislação das Agências Reguladoras (em especial a Agência Reguladora de Telecomunicações – ANATEL – Lei nº 9.472/97, e a Agência Reguladora de Energia Elétrica – ANEEL – Lei nº 9.472/96) e, ainda, a Lei do Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784/99), nas quais se pode identificar a tutela jurídica ao usuário de serviço público.

A título exemplificativo citou-se a legislação acima, para demonstrar a importância da discussão sobre a proteção ao usuário, uma vez que se apresenta imprescindível para o respeito e a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, devendo-se priorizar a satisfação de suas necessidades e sua existência digna¹⁷⁰.

Realmente a proteção do usuário está diretamente vinculada com a participação política do cidadão, o qual pode utilizar-se de métodos de participação e atuação direta para controlar a qualidade da prestação dos serviços. No entanto,

¹⁶⁸ Idéia de Vivian Cristina Lima. Para a autora a possibilidade de estabelecimento de padrões mínimos de dignidade destaca a imperatividade na caracterização do usuário como cidadão e não apenas consumidor. (LIMA, Vivian Cristina. *Administração pública contemporânea: o usuário de serviço público e a dignidade da pessoa humana*. Curitiba, 2004. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 141).

¹⁶⁹ LIMA, Vivian Cristina. *Administração pública contemporânea: o usuário de serviço público e a dignidade da pessoa humana*. Curitiba, 2004. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 146.

¹⁷⁰ LIMA, Vivian Cristina. *Administração pública contemporânea: o usuário de serviço público e a dignidade da pessoa humana*. Curitiba, 2004. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 148.

não se irá aprofundar o estudo na ótica do usuário, eis que este não é o foco principal do trabalho.

Os direitos do usuário são, hoje, segundo Hely Lopes MEIRELLES, reconhecidos em qualquer serviço público, como fundamento para a exigibilidade de sua prestação¹⁷¹. Assim, os novos postulados dos serviços públicos vêm sendo ampliados, de modo a integrar outros princípios fundamentais, além daqueles já citados no tópico anterior do estudo (princípios dos serviços públicos). Atualmente há novos princípios que refletem a integração da pessoa do usuário no âmbito do instituto, como por exemplo, os princípios da adequação do serviço, a transparência e a participação do usuário, a ausência de gratuidade e a modicidade de tarifas¹⁷².

Nesta seara, o que se busca mostrar, para finalizar o presente estudo, é que o modelo regulatório brasileiro ainda está longe do plano ideal e ainda permite várias situações de risco ao usuário¹⁷³. O modelo de Estado proposto pelo neoliberalismo segrega e cria excluídos. Assim, entende-se que a retirada do Estado da prestação de inúmeras atividades de interesse público, utilizando-se, portanto, da iniciativa privada para a consecução dos serviços, foi o que acabou por salienta a importância da proteção ao usuário.

Sabe-se, ainda, que uma das lutas hoje travadas é pela redistribuição eqüitativa da riqueza produzida no mundo. Sabendo que boa parte dessa distribuição de riqueza é feita através dos serviços públicos, o papel do Estado é imprescindível na articulação de uma relação mais justa e equilibrada com o usuário dos serviços, controlando os agentes econômicos e tendo como meta a solidariedade para a construção de uma sociedade igualitária, com inclusão social e justiça. Afinal, uma das razões de existência dos serviços públicos é justamente a garantia de uma democracia participativa, que garanta ao cidadão usuário a participação ativa do processo de tomada de decisão administrativa.

Assim, fecha-se o pensamento do presente trabalho, qual seja, de que todo Estado verdadeiramente democrático tem como base a igualdade material, com inclusão social, e através da prestação dos serviços ou de sua regulação, deve garantir a manutenção das liberdades e dos direitos fundamentais do cidadão-

¹⁷¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 331.

¹⁷² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 491.

¹⁷³ LIMA, Vivian Cristina. *Administração pública contemporânea: o usuário de serviço público e a dignidade da pessoa humana*. Curitiba, 2004. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 164.

usuário. É a luta pela utopia de uma sociedade livre, justa e solidária, na qual não há distância entre a realidade fática e o postulado na Constituição, onde seja fácil a percepção à proteção dos cidadãos usuários de serviço público e a garantia da sua dignidade humana.

3 CONCLUSÃO

Há muito tempo o conceito de serviços públicos vem se tornando uma incógnita. Além de não haver um consenso doutrinário nem jurisprudencial, não há uma definição legal acerca do tema. Muito se perguntou ao longo dessa pesquisa o que seriam serviços públicos, em especial porque o Estado não supre (e é incapaz de suprir) todas as necessidades dos administrados.

A pesquisa aqui desenvolvida buscou demonstrar que os serviços públicos, nos tempos atuais, com o extraordinário avanço tecnológico e científico, com a globalização excludente, e com o neoliberalismo, demandam um novo modelo de gestão administrativa, que visa à eficiência e qualidade dos serviços a serem prestados. Enfim, uma nova concepção de Estado passou a se estabelecer, o que conseqüentemente demandou uma nova concepção de serviço público.

A sociedade mudou. O Estado passa a transmitir suas responsabilidades sociais aos particulares, uma vez que não mais suporta a prestação de todos os serviços. As atividades antes tipicamente estatais, agora são desenvolvidas por particulares. Modificou-se, portanto, o funcionamento desses serviços, os quais devem atender agora necessidades muito maiores, e de um contingente de pessoas maior. Contudo, o que se vê é a desproteção ao interesse público e a ausência de tutela dos usuários dos serviços públicos prestados.

Ainda, as novas regras hegemônicas, do mercado internacional, reguladas pela lógica da globalização implicam uma redução, senão eliminação, dos direitos sociais constitucionalmente consagrados¹⁷⁴. Isso acarreta o aprofundamento das desigualdades e a formação de uma classe de excluídos. Ocorre que estes indivíduos, sem a intervenção estatal, não têm condições de sobreviver.

Essas mudanças evidenciam que a noção de serviço público toma novo rumo diante da alteração de seus critérios (objetivo, subjetivo e formal). Já não é mais unanimidade na doutrina a idéia de que o regime jurídico dos serviços públicos deve ser unicamente público, eis que agora há a possibilidade de outorga pelo Estado a particulares, da prestação destes serviços.

¹⁷⁴ FINGER, Ana Cláudia. *Serviço público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais*. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n. 12, abr/jun 2003, p. 159.

Assim, o que se pode concluir em uma breve análise é que, apesar de ser prestado por particular, o serviço público continua contendo um interesse público a ser preservado, o qual deve ser compreendido à luz do valor da dignidade da pessoa humana.

A prestação do serviço público, ao ser repassada ao particular, pode gerar a redução da área de abrangência destes serviços, além de que podem ser degradados, juntamente com os valores fundamentais, tudo por causa do risco de a pressão do mercado e do neoliberalismo forçarem uma inversão muito acentuada.

Ainda, é incontestável que os problemas sociais vividos hoje em nosso país guardam íntima relação com a eficiência e a medida da prestação dos serviços públicos. Existirá serviço público quando as atividades previstas na Constituição Federal brasileira envolverem a prestação de utilidades destinadas a satisfazer (direta e imediatamente) os direitos fundamentais. Se não houver essa vinculação aos direitos fundamentais, a oferta de utilidade será enquadrada como uma atividade econômica em sentido estrito.

Bastante problemática é essa discussão acerca de um “novo” conceito de serviços públicos, portanto, sobremaneira em países subdesenvolvidos como o nosso, uma vez que se poderia criar um “estado de exclusão”, ou seja, o mínimo prestado pelo Estado e o essencial não competitivo prestado pelos particulares não interessados em satisfazer as necessidades dos usuários.

Por isso conclui-se que o serviço público é um fator central no conjunto das atividades da Administração. É o instrumento através do qual a Administração alcançará sua finalidade primeira, qual seja, a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos. Neste sentido, sendo o serviço público uma função estatal atribuída à Administração Pública, corresponde ao oferecimento de uma prestação positiva concreta que vai satisfazer às necessidades dos cidadãos, tornando-se, assim um instrumento de concretização dos direitos fundamentais.

Ademais, conclui-se que os direitos fundamentais não são direitos contra o Estado, mas sim direitos por meio do Estado. Fácil perceber essa função instrumental¹⁷⁵ do serviço público sobre os direitos fundamentais, eis que são instrumentos de efetiva concretização dos direitos fundamentais e, em última

¹⁷⁵ Expressão de Ana Cláudia Finger. (FINGER, Ana Cláudia. *Serviço público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais*. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n. 12, abr/jun 2003, p. 163).

medida, do valor máximo do sistema jurídico brasileiro: a dignidade da pessoa humana.

Ainda, diante do contido no art. 175, inciso IV, da Constituição Federal, o caminho da doutrina tem sido no sentido de reconhecer o direito ao serviço público adequado, como direito de exigir a realização, pelo Estado, de prestações positivas para a satisfação das necessidades essenciais dos indivíduos ou da coletividade. O meio para essa exigência seria o Poder Judiciário, sempre que verificada a omissão ou ineficiência estatal.

Outra conclusão retirada do estudo é que a dignidade da pessoa humana deve ser compreendida como valor supremo do ordenamento jurídico, unificador de todos os direitos fundamentais.

Nesta seara, entende-se que não há uma crise do conceito de serviço público, mas apenas o dever de adequarmos à realidade contemporânea, já que a noção se altera de acordo com o tempo e o espaço. Deve ser sempre vinculado à realização material da dignidade da pessoa humana, ou seja, atribui-se ao serviço público o caráter de garantia constitucional dos direitos fundamentais, de modo que sua supressão equivale a tornar inexistentes esses direitos.

Conclui-se também que o usuário dos serviços públicos merece uma posição de destaque, uma vez que num país como o nosso, onde milhares de pessoas vivem abaixo da linha da pobreza, passando fome e sem condições mínimas de ter uma vida digna, os serviços públicos se apresentam como uma saída para o problema, garantindo aos usuários a efetividade de seus direitos fundamentais, a justiça social e a existência digna, pressupostos contidos no texto constitucional brasileiro.

Foi assim, portanto, que através deste ensaio procurou-se analisar a evolução dos serviços públicos, que nos dias atuais, marcados pela ideologia neoliberal, nada têm dos serviços públicos tradicionais. Hoje, a idéia prevalente é de que estes serviços garantam a efetividade de direitos essenciais e fundamentais ao homem. Um conceito que se revele verdadeiramente comprometido com a solidariedade, dignidade da pessoa humana e a justiça social, características sob as quais se assenta o Estado Democrático de Direito.

Pode-se finalizar com as idéias otimistas de Clémerson Merlin Cléve, para o qual:

mais do que isso importa hoje, para o jurista participante, sujar as mãos com a lama impregnante da prática jurídica, oferecendo, no campo da dogmática, novas soluções, novas fórmulas, novas interpretações, novas construções conceituais. Este é o grande desafio contemporâneo¹⁷⁶.

¹⁷⁶ CLÉVE, Clémerson Merlin. *A teoria constitucional e o direito administrativo*. In: Uma vida dedicada ao direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho, o editor dos juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 37-38.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social dos serviços públicos*. São Paulo: Max Limonard, 1999.

AMARO, Fernanda Pereira. O serviço público sob a perspectiva da garantia constitucional de direitos humanos fundamentais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 3, n. 50, p. 115-138, jan/mar 2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. São Paulo: Forense, 2002.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *A natureza contratual das concessões e permissões de serviço público*. ANAIS – Seminário Jurídico: concessões de serviços públicos. Foz do Iguaçu: Escola Nacional da Magistratura, p. 52-64, 2001.

_____. *Direito administrativo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *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*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 230, p. 153-162, out/dez 2002.

_____. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar: aplicados ao regime dos servidores públicos civis*. Curitiba, 1997. 391 f. Tese (Doutorado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

_____. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar: de acordo com as emendas constitucionais nº 18 (D.O.U. 06/02/98) e nº 19 (D.O.U. 05/06/98)*. São Paulo: Malheiros, 1998.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.); MOTTA, Paulo Roberto Ferreira (Coord.); CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord.). *Direito administrativo contemporâneo: estudos em memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

BALDO, Rafael Antonio. *O serviço público como instrumento de garantia do cidadão: inserindo a noção de serviço público na evolução estatal*. Curitiba, 2005. 60 f. Monografia (Graduação em Direito) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. *Deveres-poderes de controle e*

fiscalização do concedente de serviço público. Curitiba, 2004. 196 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Do estado liberal ao estado social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BREUS, Thiago Lima. *Da prestação de serviços à concretização de direitos: o papel do estado na efetivação o mínimo existencial*. In: COSTALDELLO, Angela Cassia (Coord.). *Serviços públicos: direitos fundamentais, formas organizacionais e cidadania*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 249-265.

CANOTILHO, J. J. Gomes. MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. [s.l.]: Coimbra Editora, 1991.

CLÉVE, Clémerson Merlin. *A teoria constitucional e o direito administrativo*. In: Uma vida dedicada ao direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho, o editor dos juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTALDELLO, Angela Cassia (Coord.). *Serviços públicos: direitos fundamentais, formas organizacionais e cidadania*. Curitiba: Juruá, 2005.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *O procedimento administrativo*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. GRAU, Eros Roberto (Org.). *Estudos de direito constitucional: em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Administração indireta brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Brasília: Editora UNB, 2001.

DALLARI, Adílson Abreu. *Direito ao uso dos serviços públicos*. Revista Trimestral de Direito Público. n. 13. São Paulo: Malheiros, p. 210-215, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FLICK, Uwe. *Uma introdução à pesquisa qualitativa*. Trad. Sandra Netz. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2004.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*, 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

FINGER, Ana Cláudia. *Serviço público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais*. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n. 12, p.141-165, abr/jun 2003.

GARCÍA, Sarmiento; FARRANDO (h); URRUTIGOITY; MARTÍNEZ; POSE; BUJ MONTERO; PRITZ; ÁBALOS; VICCHI. Coord: Dra. Marta Gonzalez de Aguirre. *Los servicios públicos*. Buenos Aires: Depalma, 1994.

GOFFI, Ana Maria. SCARTEZZINI, Flaquer. *O princípio da continuidade do serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2006.

GUIMARÃES, Guilherme Cintra. *O direito administrativo e a reforma do aparelho do estado: uma visão autopoietica*. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (Org.). *O novo direito administrativo brasileiro: o estado, as agencias e o terceiro setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 51-76.

GRAU, Eros. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1990.

JUSTEN, Mônica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003.

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

_____. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. *Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997.

KANAYAMA, Rodrigo Luís. *A polêmica acerca do regime jurídico do serviço público*. In: COSTALDELLO, Angela Cássia (Coord.). *Serviço público: direitos fundamentais, formas organizacionais e cidadania*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 193-211.

KRELL, Andreas Joachim. *Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal. ano 36, n. 144, p.239-260, out/dez 1999.

LAZZARINI, Álvaro. *Temas de direito administrativo*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LIMA, Vivian Cristina. *Administração pública contemporânea: o usuário de*

serviço público e a dignidade da pessoa humana. Curitiba, 2004. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

MARTÍNEZ, Augusto Durán. *Derechos humanos y corrupción administrativa*. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n. 11, p. 39-54, jan/mar 2003.

MEDAUAR, Odete (Coord.). *Concessão de serviço público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *Direito administrativo moderno*. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. 2. ed. 3. triagem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MELLO, Cláudio Ari. *Os direitos sociais e a teoria discursiva do direito*. Revista de Direito Administrativo. n. 224, p. 239-284, abr/jun 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

MOREIRA, Vital. *Os serviços públicos tradicionais sob impacto da União Européia*. Revista de Direito Publico da Economia, ano 1, n. 1, jan/mar 2003.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2006.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Princípios da administração pública: a supremacia do interesse público sobre o interesse particular*. A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Curitiba: Juruá, ano 1, n. 4, p. 89-105, 2000.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Democracia, constituição e administração pública*. A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Curitiba: Juruá, ano 2, n. 9, p. 91-102, 2002.

_____. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 507.

SALES, Lilia Maia de Moraes. *Estudos sobre a efetivação do direito na atualidade:*

a cidadania em debate. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2003.

SALOMONI, Jorge Luis. *Teoría general de los servicios públicos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.

SANTOS, Waldyr dos. *O servidor público no direito constitucional e no direito administrativo*. v. 3. São Paulo: DASP – Centro de Documentação e Informática, 1971.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais: na constituição federal de 1988*. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Carlos Medeiros (Dir.), TÁCITO, Caio (Dir.). *Perspectivas do direito administrativo no próximo milênio*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, n. 242, p. 145-149, out/dez 2005.

STUMM, Raquel Denize. *O poder judiciário e os direitos fundamentais sociais*. Curitiba, 2001. 156 f. Dissertação (Doutorado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

TROMPCZYNSKI, Helina. *Serviços Públicos: uma apreciação crítica sobre a participação popular*. In: COSTALDELLO, Ângela Cássia (Coord.). *Serviço público: direitos fundamentais, formas organizacionais e cidadania*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 97-108.

VIOLIN, Tarso Cabral. *O “terceiro setor” e a prestação de serviços públicos sociais*. In: COSTALDELLO, Angela Cassia. *Serviço público: direitos fundamentais, formas organizacionais e cidadania*. Curitiba, Juruá, 2005, p. 235-248.