

CLÁUDIO SMIRNE DINIZ

A PROTEÇÃO AOS USUÁRIOS DOS SERVIÇOS PÚBLICOS
Uma análise sob a perspectiva dos direitos fundamentais

CURITIBA

2005

CLÁUDIO SMIRNE DINIZ

A PROTEÇÃO AOS USUÁRIOS DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Uma análise sob a perspectiva dos direitos fundamentais

**Monografia para fins de atendimento parcial aos
requisitos para obtenção do Título de Especialista
em Direito Público junto à Universidade Federal
do Paraná**

Orientador: Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira

CURITIBA

2005

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	02
I - DO ESTADO SOCIAL AO ESTADO NEOLIBERAL	07
1. A INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO	07
1.1 Histórico da regulação econômica	07
1.2 Histórico da regulação econômica no Brasil	17
2. DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BUROCRÁTICA À GERENCIAL	22
II - TEORIA GERAL DOS SERVIÇOS PÚBLICOS	26
III - A PROTEÇÃO AOS USUÁRIOS DE SERVIÇOS PÚBLICOS	34
3.1 O Controle Social dos Serviços Públicos	36
3.2 O Código de Defesa do Consumidor	39
3.3 Lei das Licitações e dos Contratos Administrativos	45
3.4 Lei das Concessões e Permissões de Serviços Públicos	47
3.5 Agências Reguladoras de Serviços Públicos	49
3.6 Casuística	52
CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	57

INTRODUÇÃO

A pesquisa a ser desenvolvida versa sobre a situação dos usuários dos serviços públicos, diante das mudanças de paradigmas do Estado Contemporâneo e seus reflexos na Administração Pública.

O Estado e a Administração Pública atuais assumiram novos contornos em decorrência do fenômeno da globalização e do pensamento neoliberal. Em consequência, as relações entre Estado e cidadãos, destinatários dos serviços públicos, foram fortemente redimensionadas, sendo de se destacar a problemática da falta de acesso a estes serviços e a vulnerabilidade a que estão submetidos seus usuários efetivos.

O novo contexto confronta-se com o quadro anterior, em que o Estado era o protagonista do desenvolvimento econômico, detendo parcela significativa e estratégica dos meios de produção. Assumia postura assemelhada a do Estado de Bem-Estar Social, ampliando sua estrutura para ofertar políticas sociais direcionadas a diversos segmentos.

A partir de 1980, passou-se a questionar a viabilidade deste modelo de Estado, argumentando-se que a sociedade deve ser estimulada em suas próprias iniciativas, pois, caso contrário, o Estado assumiria uma dimensão que poderia comprometer sua própria eficácia.

A grandiosa estrutura e o déficit fiscal dela decorrente, a necessidade de desregulamentação da economia, a ineficiência administrativa e a suscetibilidade à corrupção, dentre outros, foram os fundamentos utilizados para sustentar a tese segundo a qual o modelo do Estado do Bem-Estar Social não poderia perdurar.

Destas premissas, desenvolve-se o pensamento neoliberal¹, sintetizado nos Acordos de Bretton Woods, que originaram o denominado “Consenso de Washington”

¹ Para Abili Lázaro Castro de Lima “O neoliberalismo nasceu após o término da Segunda Guerra Mundial, nos países europeus e nos Estados Unidos, onde prevalecia o capitalismo. Trata-se de um movimento de reação, em âmbito teórico e político, ao Estado social, o qual implementava medidas intervencionistas na sociedade e no mercado, garantindo e tutelando os direitos sociais e o bem-estar da população. A gênese doutrinária encontra-se na obra O Caminho da Servidão de autoria de Friedrich A. Hayek, publicada em 1944,

– convergência de idéias tendentes a reduzir a dimensão do Estado, atendo-se este a sua função reguladora, assegurando a estabilidade econômica e fiscal e fomentando o desenvolvimento econômico que decorreria da atuação da própria sociedade.

A nova proposta de Estado ensejou o surgimento de outro modelo de Administração Pública, mais adequado à execução das estratégias estatais. Assim, a estrutura da Administração Pública foi reduzida, ao mesmo tempo em que se passou a estimular o livre mercado e o chamado “Terceiro Setor”.

O modelo weberiano de Administração Pública Burocrática, caracterizado por sua extensa e complexa estrutura, cede espaço ao modelo gerencial. Este modelo provoca o distanciamento do Estado da prestação direta dos serviços públicos, os quais passam a ser desenvolvidos, preferencialmente, por empresas concessionárias, permissionárias e organizações sociais. A função produtiva do Estado é substituída pela função reguladora.

Opera-se, assim, uma transformação no âmbito dos serviços públicos. O Estado, que antes era gestor, passa a ser controlador/regulador, função esta atribuída a uma autoridade independente do governo e das partes – as agências reguladoras dos serviços públicos.

A abordagem a ser desenvolvida direciona-se à análise da situação dos usuários e dos potencialmente usuários de serviços públicos neste novo contexto, identificando os mecanismos presentes no ordenamento jurídico que venham a assegurar o acesso, com qualidade, a estes serviços.

Os novos paradigmas acima mencionados expõem os cidadãos a uma situação de vulnerabilidade, na medida em que reproduzem, no regime jurídico-administrativo, posturas eminentemente privadas, por vezes destoantes das normas que asseguram direitos fundamentais, insertas na Constituição Federal.

O Estado, ao delegar funções que antes exercia, é substituído por agentes instituídos para a obtenção de remuneração ao capital, não necessariamente

que atacava a regulação do mercado, peculiaridade que segundo ele constituía um risco à liberdade econômica e política” (Globalização Econômica, Política e Direito. Análise das mazelas causadas no plano político-jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 158).

preocupados com a adequada oferta de serviços essenciais para aqueles que deles necessitam e não podem arcar com os respectivos custos ².

Questiona-se, assim, se a concretização dos direitos fundamentais não viria a conflitar com a concepção do usuário-consumidor dos serviços públicos, adotada no modelo recém implantado, uma vez que a oferta destes serviços estaria restrita a setores capazes de arcar, financeiramente, com a viabilidade do empreendimento empresarial constituído para este fim.

A prestação dos serviços públicos, sob a ótica dos seus executores, não é mais, unicamente, uma atividade profícua a efetivar os direitos fundamentais. Passa a ser, em síntese, uma atividade desenvolvida no mercado, destinada à obtenção de lucros.

Esta é a problemática que motiva a presente pesquisa: a necessidade da adoção de mecanismos efetivos de proteção aos cidadãos/usuários dos serviços públicos e, principalmente, àqueles que sequer são usuários (usuários em potencial), por motivo de incapacidade financeira e que, por esta razão, são preteridos em seus direitos fundamentais.

De acordo com Adriana da Costa Ricardo SCHIER ³:

Em detrimento dos fundamentos básicos do Estado preconizado pelas Constituições Sociais, a estrutura política deixa de ser um instrumento para a diminuição das desigualdades materiais e passa a ser um ente regulador de atividades cuja titularidade ainda é do poder público mas que passam a ser prestadas pela iniciativa privada, para aqueles que se dispõem a pagar por tais serviços.

² José Eduardo Faria sustenta que: “Quanto maior é a capacidade de coordenação dos grupos empresariais, com seus sistemas auto-regulatórios, menor é a capacidade da política tradicional de possibilitar os controles dos processos sociais – por extensão, menor também é a autonomia do poder público. A crescente dificuldade dos bancos centrais para impor suas decisões sobre os fluxos internacionais de capitais, a integração do sistema financeiro privado em escala mundial, é um ilustrativo exemplo dessa perda da autonomia. Outro bom exemplo é dado pela privatização dos serviços essenciais estatais e das empresas públicas: antes submetidos a controles políticos, eles se tornam politicamente não controláveis quando passam à esfera privada da iniciativa privada; quanto mais esta vai assumindo áreas antes pertencentes ao Estado, mais restrito vai ficando o próprio espaço da democracia” (Democracia e governabilidade: os direitos humanos à luz da globalização econômica. In: FARIA, José Eduardo. Direito e globalização econômica, p. 143).

³ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. O direito de reclamação da administração pública burocrática à gerencial. Curitiba, 2001. Dissertação (Mestrado em Direito), Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, p. 01.

Embora sejam precipitadas avaliações a respeito do resultado deste novo modelo, a preocupação mostra-se pertinente, diante de diagnósticos feitos, por exemplo, pelo IDEC – Defesa do Consumidor – no seguinte teor⁴:

[...] o resultado da concessão da prestação dos serviços públicos para a iniciativa privada, a despeito de ter ampliado o acesso material e tecnológico nos setores de telefonia e energia elétrica, trouxe também a elevação abusiva dos preços das tarifas e queda na qualidade da prestação dos serviços, como cobranças indevidas, descontinuidade na prestação dos serviços e até corrupção, para os consumidores domésticos.

Pretende-se, no desenvolvimento desta pesquisa, identificar os mecanismos de proteção aos usuários, ou potencialmente usuários, dos serviços públicos, visualizando-os como instrumentos para a satisfação de direitos inerentes à cidadania.

O que se espera, com este estudo, é fomentar a discussão acerca do tema, demonstrando que a aplicação adequada dos mecanismos de proteção, o que se daria através da interpretação das normas que regem a matéria, à luz dos direitos fundamentais, asseguraria o acesso aos serviços públicos e minimizaria a situação de vulnerabilidade de seus usuários.

Qualquer que seja a concepção de Estado adotada, os direitos fundamentais dos cidadãos, dependentes dos serviços públicos, devem ser observados, por força constitucional.

A partir destas premissas pretende-se analisar a situação dos usuários ou potencialmente usuários dos serviços públicos.

A conclusão almejada resultará da elaboração de três capítulos, dispostos da maneira a seguir delineada.

O primeiro capítulo pretende contextualizar o tema escolhido, diante do cenário do Estado Neoliberal, com seus reflexos na Administração Pública Gerencial.

⁴ IDEC Defesa do Consumidor. A Proteção ao Consumidor de Serviços Públicos. São Paulo: Max Limonad, 2002. IDEC, p. 12.

O segundo capítulo versará sobre a Teoria Geral dos Serviços Públicos, destacando a concepção destes como atividades estatais imprescindíveis à concretização dos direitos fundamentais, destinados à satisfação das necessidades humanas essenciais.

O terceiro capítulo pretende identificar, na ordem jurídica vigente, os meios disponíveis aos usuários para assegurar-lhes a prestação de serviços públicos consentâneos com os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, notadamente o da dignidade da pessoa humana, da erradicação da pobreza e da marginalização e da redução das desigualdades sociais.

CAPÍTULO I

DO ESTADO SOCIAL AO ESTADO NEOLIBERAL

1. A INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

O Estado, pela sua própria natureza, sempre interveio e sempre intervirá na sociedade e na economia. De acordo com o momento histórico, entretanto, observa-se que esta intervenção pode se dar de forma mais ou menos intensa. Vale dizer, a intervenção é uma constante, seu grau, todavia, é variável ⁵.

1.1 Histórico da regulação econômica

Durante a Idade Média, sob a égide do regime feudal, notava-se significativa proximidade entre o poder real e os grandes proprietários de terra.

Na Idade Moderna, prevaleceu a política econômica do mercantilismo (sécs. XV a XVIII). Neste período, foi impulsionado o crescimento do mercado europeu, através da intensa exploração das colônias e do surgimento das cidades mercantis (Amsterdan, Londres, etc...).

Estas cidades mercantis eram dominadas por aqueles que possuíam recursos para empreender as grandes viagens marítimas.

Em 1648, com o fim da Guerra dos 30 Anos, foi firmado o Tratado de Vestfália, marco do surgimento do Estado soberano.

Verifica-se, neste momento histórico, a concessão de inúmeros privilégios aos detentores de grande poder econômico que, por sua vez, estavam próximos dos detentores do poder político.

⁵ Salientam Alketa PECI e Bianor CAVALCANTI: “É possível conceituar o Estado enquanto poder político, ou seja, estrutura organizacional e política que emerge da progressiva complexificação da sociedade e que garante a existência dos contratos e da propriedade, portanto, do próprio capitalismo (PEREIRA, 1995). Desta forma, a regulação, ou seja, a capacidade de o Estado regular e normatizar a vida econômica existe desde quando o próprio Estado existe” (PECI Alketa e CAVALCANTI Bianor Scelza. A Outra Face da Regulação. O Cidadão-Usuário de Serviços Públicos no Novo Modelo Regulatório Brasileiro. Revista de Direito Público da Economia, n. 03, p. 10).

Assim, surgem os monopólios e conglomerados, através da concessão de cartas-patentes, conferindo exclusividade na exploração de certos produtos, em determinados segmentos (Ex: seda e outros). Neste período, foram instituídas a Companhia das Índias Orientais e a Companhia Holandesa das Índias Orientais.

Havia garantia de investimentos e de exclusividade para poucos. Não havia liberdade de comércio. Havia grande identificação entre os grupos econômicos e o poder político.

Em França, também se deu o mercantilismo, valorizando-se as atividades agrícolas. A aristocracia francesa, grande proprietária rural, explorava as terras. O Rei, por sua vez, protegia a produção agrícola.

No séc. XVIII, época do Renascimento Cultural, desponta o pensamento iluminista. No campo econômico, surge a Escola Fisiocrática, segundo a qual a economia deveria funcionar através de leis naturais, regulando-se por si só. François Quesnay defende o pensamento do *laissez-faire*. É o grande momento do liberalismo econômico.

Em 1760, tem-se início a Revolução Industrial na Inglaterra, o que, posteriormente, alastra-se para a Europa Continental, atraindo para as fábricas, os trabalhadores que, antes, produziam em suas próprias casas. Surge, assim, a figura do industrial.

Neste cenário, em 1723, nasceu Adam Smith. Em 1763, deixou de ser professor para ser tutor de um nobre, tendo, em razão desta situação, a oportunidade de conviver com os iluministas e com os defensores da Escola Fisiocrática da economia.

Em 1776, antes do aparecimento das grandes fábricas, das cidades fabris, dos regimentos a que estavam submetidos os trabalhadores e dos industriais, Adam Smith publicou a obra “Uma Investigação da Natureza e Causas da Riqueza das Nações”.

Trata-se da obra que projetou Adam Smith nas ciências econômicas como expoente do liberalismo econômico e maior representante da denominada Escola

Clássica da Economia. Seus estudos têm como referência os fatos econômicos de sua época, anteriores, inclusive, como dito, à constituição dos grandes grupos econômicos.

Nesta fase inicial da Revolução Industrial, em que se deu a produção intelectual de Adam Smith, defendeu o autor que o mercado deve ser constituído e desenvolvido em regime de liberdade, o que se explica até mesmo pela oposição que o Estado Liberal representava ao Estado Absolutista até então existente.

A tônica liberal é a preservação das liberdades individuais, estabelecendo limites ao poder estatal. A intervenção estatal era vista como maléfica à sociedade e, portanto, deveria ser coibida.

A riqueza das nações decorreria da dedicação de cada um dos cidadãos, livres para fazerem suas próprias opções. Ao defender seus interesses individuais, trariam benefícios à coletividade. A motivação econômica estaria centrada no interesse próprio de cada um. A busca individual e competitiva destes interesses seria a origem de todo bem público.

O mercado, sustenta o autor, é dotado da capacidade de auto-regulação, ao que denomina “mão invisível” do mercado. Não se necessita da ingerência estatal, pois eventuais desequilíbrios seriam corrigidos pelo próprio mercado.

As atividades estatais deveriam ser restritas ao provimento das leis, à manutenção da defesa comum (segurança pública), ao provimento da justiça e à realização das obras públicas necessárias. Os impostos devem ser certos, incontestáveis, convenientes e econômicos na sua avaliação e cobrança.

Quanto maior o mercado, maiores seriam os benefícios coletivos, já que a teoria em exame parte do pressuposto de que todas as classes sociais teriam livre acesso à propriedade privada e aos meios de produção. A liberdade de empresa propiciaria a concorrência necessária que iria provocar a redução dos custos sociais.

A economia funcionaria através de leis naturais, o que recomendaria a ausência de restrições às importações e aos gastos. A liberdade de empresa e a liberdade de concorrência resultariam na liberdade individual. Quanto mais livre o país, maior seu crescimento econômico.

Embora apregoe a liberdade econômica, Adam Smith posiciona-se contrariamente à constituição de grandes empresas e conglomerados que trabalhem em regime de monopólio.

Na representação liberal clássica de Adam Smith, portanto, a economia dispensaria a regulação artificial, por meio de comandos exógenos, providos do Estado. Toda regulação artificial implicaria a perturbação da regulação natural inerente ao sistema.

O mercado, contudo, não evoluiu da maneira prevista na Escola Clássica.

A concentração do poder no setor industrial trouxe restrições às liberdades materiais. Não se observou a geração dos benefícios sociais. A economia caminhava para a constituição de grandes monopólios que surgiam sem qualquer restrição por parte do Estado. Ampliava-se a dependência econômica da classe proletária.

A problemática recomendava a intervenção estatal para promover a repressão à classe operária, proibindo as greves e restringindo os sindicatos. O mercado pressionava o Estado para que criasse condições para o funcionamento da economia, viabilizando novas fontes de matérias-primas e mercados consumidores.

De outro lado, o sistema então vigente provocou acentuada desigualdade social ou igualdade apenas formal dos cidadãos perante a lei, demonstrando que, ao contrário do pensamento de Adam Smith, nem todas as pessoas poderiam, por suas próprias forças, em um mercado de livre competição, assegurar sua subsistência.

Vejamos a análise de Dalmo de Abreu DALLARI ⁶:

Ao lado disso a concepção individualista da liberdade, impedindo o Estado de proteger os menos afortunados, foi a causa de uma crescente injustiça social, pois concedendo-se a todos o direito de ser livre, não se assegurava a ninguém o poder de ser livre. Na verdade, sob pretexto de valorização do indivíduo e proteção da liberdade, o que se assegurou foi uma situação de privilégio para os que eram economicamente fortes. E, como acontece sempre que os valores econômicos são colocados acima de todos os demais, homens medíocres, sem nenhuma formação humanística e apenas preocupados com o rápido aumento de suas riquezas, passaram a ter o domínio da Sociedade.

⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 278.

No final do séc. XIX, nos EUA, a regulação exterior teve de vir em socorro da economia para prevenir e restaurar o funcionamento da concorrência contra as distorções que a liberdade de mercado tinha produzido. “Por toda a parte a economia capitalista era uma economia artificialmente regulada por via do Estado ou por seu impulso. A regulação exterior tinha-se tornado condição do funcionamento da economia. O próprio mercado, de regulador, passou a instituição regulada”.⁷

Em 1887, surge nos EUA a primeira comissão reguladora – Interstate Commerce Commission (ICC) e, em 1897, havia sido aprovado o Clayton Act para lutar contra os trusts anticoncorrenciais. São as primeiras intervenções públicas na economia.

É a antítese do modelo liberal. Altera-se o modelo jurídico do relacionamento Estado-Economia.

O séc. XX assiste à quebra do projeto liberal, ocasionada pela insuficiência do capital para manter os investimentos na força produtiva, não se sustentando diante das cíclicas crises econômicas.

Torna-se necessária a intervenção do Estado para que promova a correção das distorções do capitalismo liberal e assegure o interesse público, notoriamente abalado no conflito entre capital e trabalho.

Surge, assim, o Estado Interventor com a incumbência de efetivar o desenvolvimento econômico, ordenar a atividade financeira, prestar serviços públicos, conceder incentivos e subsídios à produção e garantir a propriedade privada.

Neste modelo de Estado, este passa a ser responsável para que todos os cidadãos tenham condições mínimas de vida digna, sendo de sua atribuição a oferta de serviços públicos destinados, dentre outros, à saúde e à educação, que assumem uma conotação de direitos fundamentais.

⁷ MOREIRA, Vital. Auto-regulação profissional e administração pública. Coimbra: Coimbra Ed., 1997, p. 22.

A I Guerra Mundial foi o marco zero da intervenção econômica do Estado. Os custos tornaram-se inviáveis para serem arcados por categorias determinadas da economia privada. O Estado teve que arcar com os mesmos e, também, com os custos das conseqüências da Guerra (pensões aos soldados, indenizações, reconstruções, etc...).

A Administração Pública passou a exercer o poder de polícia. Passou a ser interventiva, a desempenhar a produção econômica, a disciplinar o desenvolvimento econômico das nações e a produzir bens e serviços.

O ato administrativo, que até então era sancionatório, passa a ter outra concepção. Passa a conferir benefícios.

Em 1917, a Revolução Russa trouxe uma nova ordem econômica baseada na propriedade coletiva dos meios de produção. Em 1919, a Constituição de Weimar introduziu, ineditamente (embora tenha sido posterior à Constituição do México – 1917), a economia na Constituição. Em 1923, o fascismo trouxe a sociedade e a economia para o controle do Estado.

O período que antecedeu a década de 30, pós 1ª. Guerra, é caracterizado por investimentos gigantescos na economia, os quais resultaram na quebra da bolsa. A crise de 1929 obrigou os países a fazer da economia uma questão política fundamental de governo.

Surge o New Deal, política econômica de Roosevelt, conhecida como anti-revolução francesa. Ocorre uma reapropriação estatal da economia.

A economia se torna a principal questão do Estado. Vem a ser concebida como um assunto sério demais para ser exercido livremente. Há um total corporativismo e uma total publicização da economia.

Os fenômenos resultantes deste modelo geraram a 2ª. Guerra Mundial.

J. M. KEYNES defendeu o término do capitalismo liberal. Para ele, a 1ª. Guerra marcou o fim do absentismo econômico do Estado. Em sua obra, concebe a intervenção estatal como o principal meio de controle do ciclo econômico e de suas crises.

O Estado liberal limitava-se a estabelecer e garantir o respeito dos quadros institucionais da atividade econômica. A atividade reguladora reduzia-se às tarefas gerais da polícia administrativa.

O Estado Social ou Estado Interventor, calcado num modelo burocrático de Administração Pública, assume, integralmente, a responsabilidade pelos serviços públicos, em favor da coletividade, a exemplo dos serviços concernentes à habitação, educação, saúde e outros de cunho social.

Para Vital MOREIRA ⁸:

Diversamente, o ‘Estado social’ ou o ‘Estado providência’ que emergiu em meados do presente século é um Estado activo na área econômica e social, tanto pela participação directa na produção e prestação de bens e serviços, como e sobretudo pela regulação da actividade econômica.

Para J. T. WINKLER, citado por Vital MOREIRA, o papel econômico do Estado passou por três estágios: 1) papel propiciador: limitando-se a manter um quadro jurídico geral da atividade econômica privada; 2) papel de apoio: o Estado proporciona proteção, subvenções e, se necessário, socorro à economia privada; 3) papel diretivo: o Estado determina à economia privada o que esta deve (ou não deve) fazer, estabelecendo orientações, controlando a alocação de recursos e, se necessário, interferindo diretamente na condução de certas atividades econômicas.

Juntamente com as tarefas públicas cresceu também o aparelho do Estado e da Administração Pública.

Segundo Vital MOREIRA ⁹:

A fórmula do ‘Estado social’ jogava na ampliação das prestações sociais do Estado e na participação das organizações sociais, nomeadamente das organizações sindicais, na elaboração e execução das políticas econômicas e sociais.

⁸ MOREIRA, Vital. Auto-regulação profissional e administração pública. Coimbra: Coimbra Ed., 1997, p. 23.

⁹ MOREIRA, Vital. Auto-regulação profissional e administração pública. Coimbra: Coimbra Ed., 1997, p. 18.

Surge, neste contexto, a noção do Estado Providência, responsável pela melhoria das condições de saúde e educação e pela proteção ao trabalhador.

O planejamento econômico transforma-se na mais característica expressão do novo capitalismo do pós-guerra. A economia passa a ser parcialmente estatizada.

Nos anos 60, o capitalismo assumia, em vários países, a configuração de economia orientada e coordenada pelo Estado. Verificou-se uma enorme influência das autoridades públicas na gestão do sistema econômico. Observou-se uma redução do poder do mercado como regulador da economia.

Verifica-se uma dependência psicológica dos cidadãos em relação ao Estado, gerando aumento da necessidade de captação fiscal. Há a nacionalização das empresas e o controle estratégico, pelo Estado, de quase toda a economia.

A partir da década de 80, passou-se a sustentar a inviabilidade do desenvolvimento de tantos serviços públicos pelo Estado. Argumenta-se que a sociedade deve ser estimulada em suas próprias iniciativas, sob pena de chegar-se a um ponto em que o Estado demonstrar-se-ia absolutamente insuficiente para atender às demandas sociais. O Estado é visto como um mau administrador.

A crise desse modelo coincide com a crise fiscal. Gera a decisão de retirada do Estado das relações econômicas: um retorno ao séc. XIX.

Extrai-se da obra de Fernando Herren AGUILLAR ¹⁰ que:

Nos países centrais, a partir da década de 80 passou-se a referir ao Estado Providência como instituição em crise. A provisão estatal do seguro-desemprego, de assistência social sem custo, incluindo setores como saúde e educação, previdência social etc., deu origem, ao longo dos anos, a enorme déficit orçamentário, cujas conseqüências nefastas começaram a se fazer sentir apenas algum tempo após sua instituição. Ainda que se reconheça que tais medidas cumpriram seu papel conjunturalmente, o sistema é generalizadamente tido por inepto, ineficiente, deformador moral e inibidor do desenvolvimento da economia privada.

¹⁰ AGUILLAR, Fernando Herren. Controle social de serviços públicos. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 23.

Esta é a premissa do pensamento neoliberal, sintetizado no acontecimento, denominado, de forma questionável, de “Consenso de Washington”. Neste contexto, o Estado deixaria de ser o principal agente executor dos serviços públicos, preocupando-se, de forma mais enfática, com sua função regulatória, assegurando a estabilidade econômica e fiscal, fomentando, desta maneira, o desenvolvimento econômico que partiria da própria sociedade.

O neoliberalismo resgata premissas do séc. XIX. Minimiza-se a atuação do Estado, privilegiando-se a liberdade de mercado e a autonomia da sociedade civil.

Nos EUA retorna-se ao conservadorismo e, no Brasil, ao neoliberalismo. O Estado não realiza atividade econômica. A intervenção – mínima – deve privilegiar a concorrência e o pagamento de menos tributos para manter uma máquina menor. O espaço econômico é das e para as pessoas privadas. Não foi uma retirada gratuita: como o Estado sabe que os agentes econômicos agem de forma predatória, passa a regulá-lo (paradoxo da desregulamentação: quanto mais o Estado se afasta da economia, mais se faz necessário estabelecer regulações). O Estado abre mão do dirigismo.

Por conseguinte, a Administração Pública assume uma conotação muito mais enxuta e menos custosa. Em outras palavras, diminui-se drasticamente o aparelho estatal. Implementa-se um programa de privatizações. Incentiva-se a criação de organizações sociais, o assim chamado terceiro setor.

Salienta Vital MOREIRA ¹¹:

Por mais que o Estado tenha reduzido a sua participação directa na actividade económica como empresário, por efeito de extensos programas de privatização do sector público, a verdade é que não diminuiu drasticamente o papel da regulação pública na economia.

Prossegue o autor ¹²:

¹¹ MOREIRA, Vital. Auto-regulação profissional e administração pública. Coimbra: Coimbra Ed., 1997, p. 19.

¹² MOREIRA, Vital. Auto-regulação profissional e administração pública. Coimbra: Coimbra Ed., 1997, p. 19.

A auto-regulação como modo prevalecente de coordenação global da economia pertence ao domínio da utopia. Mas não deixa de ser igualmente utópico o regresso às origens de uma economia automaticamente regulada pelo mercado ou a realização de uma economia inteiramente planificada pelo Estado. Hoje as economias são irreversivelmente mistas. Mistas desde logo quanto à propriedade dos meios de produção, pesem embora os movimentos de privatização mais ou menos radicais; e mistas sobretudo quanto aos seus mecanismos de regulação, conjugando o mercado, a regulação pública e a auto-regulação profissional.

É vista a emergência do pensamento do neoliberal.

Para Abili Lázaro Castro de LIMA:

O neoliberalismo nasceu após o término da Segunda Guerra Mundial, nos países europeus e nos Estados Unidos, onde prevalecia o capitalismo. Trata-se de um movimento de reação, em âmbito teórico e político, ao Estado social, o qual implementava medidas intervencionistas na sociedade e no mercado, garantindo e tutelando os direitos sociais e o bem-estar da população. A gênese doutrinária encontra-se na obra *O Caminho da Servidão* de autoria de Friedrich A Hayek, publicada em 1944, que atacava a regulação do mercado, peculiaridade que segundo ele constituía um risco à liberdade econômica e política.

A definição do neoliberalismo, como paradigma político-econômico, ocorreu nos acordos de Bretton Woods (1944) que originou o denominado “Consenso de Washington”, podendo ser resumido em três medidas: a) fim da inflação; b) privatização e; c) redução do papel do Estado, deixando o mercado regular a sociedade.

Para a concreção destes propósitos, foram criados o GATT, o Banco Mundial e o FMI.

Friedrich HAEYK, em sua obra “*Caminho da Servidão*”, sustenta a supressão das regulações do mercado. Critica a planificação das economias socialistas que, segundo ele, cerceia a liberdade. A concorrência deve ser o mecanismo regulador dos esforços individuais.

Milton FRIEDMAN aduz que a liberdade política está condicionada à existência da liberdade econômica. Defende o exercício de funções apenas essenciais

pelo Estado. Sustenta que o comércio internacional estimula a harmonia entre as nações. Quanto aos direitos sociais, considera-os negativos aos próprios indivíduos, uma vez que deixariam de ser cidadãos ao deles usufruírem.

O pensamento neoliberal se propaga na vigência do fenômeno da globalização, provocando profundas mudanças no cenário sócio-econômico mundial.

Segundo Abili Lázaro Castro de LIMA ¹³:

Podemos constatar que a globalização econômica contribuiu sobremaneira para uma crescente interconexão em vários níveis da vida cotidiana a diversos lugares longínquos no mundo, uma vez que os níveis de internacionalização do comércio fizeram com que as fronteiras nacionais começassem a perder sentido [...].

As empresas multinacionais usufruem de poder que lhes outorga o papel de protagonistas no mundo da economia globalizada. Neste cenário, o poder do Estado é mitigado, sendo anunciado que se chegou o momento do declínio do Estado-Nação, sobretudo em decorrência da transnacionalização da economia.

São constatadas mudanças estruturais no Estado-Nação, o qual passa se organizar de acordo com as exigências do mercado mundial, o que se observa na desestatização, desregulamentação, privatização, abertura de fronteiras, criação de zonas francas.

Há, contudo, que se imprimir uma postura de resistência, impedindo, ao menos, que os influxos do mercado, desprovidos de ética e de interesse público, impeçam que os cidadãos tenham efetivados seus direitos fundamentais.

1.2 Histórico da regulação econômica no Brasil

O Estado Brasileiro, durante o séc. XIX, na esteira do pensamento liberal então vigente, foi não-intervencionista. No aspecto econômico, limitava-se a conceder

¹³ LIMA, Abili Lázaro Castro. Globalização Econômica, Política e Direito. Análise das mazelas causadas no plano político-jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 144.

empréstimos especiais às empresas estrangeiras que aqui se instalavam, garantido-lhes rendimentos. Sobre esta assertiva, emblemático foi o ramo das ferrovias.

Até 1920, o regime do *laissez-faire* preponderou no Brasil. Poucas modificações foram vivenciadas, exceto quanto a criação de novos bancos estatais, destinados ao apoio do setor agrícola e da promulgação da Emenda Constitucional de 03 de setembro de 1926, que atribuía ao Congresso Nacional a competência para “legislar sobre comércio exterior e interior, podendo autorizar as limitações exigidas pelo bem público”.

Como visto, quando da análise do cenário mundial, a depressão econômica ocorrida nos anos 30 provocou significativas alterações na relação do Estado com a área econômica. O Estado, dada a necessidade de proteção da economia, decidiu assumir o processo de industrialização.

A partir dos anos 30, a revisão dos dogmas abstencionistas liberais confiou ao Estado a atribuição de gerir a prática dos serviços públicos.

A Carta Constitucional de 1934 absorveu esta tendência, inaugurando a história do constitucionalismo brasileiro, ao que se denomina Constituição Econômica, definindo as funções do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica. É a primeira Constituição Brasileira a prever um capítulo específico sobre a Ordem Econômica, que se inspirou, especialmente, na Constituição de Weimar.

Getúlio Vargas promulgou a Constituição Federal de 1937, conhecida como “Polaca”, caracterizada pela concentração política e econômica no governo federal. Consagra-se o modelo de concentração regulatória.

Para Fernando Herren AGUILLAR ¹⁴:

“Cristaliza-se com espantosa rapidez entre as elites empresariais e intelectuais do país a idéia de que o Estado deve intervir sobre a economia, seja para afastar a ameaça ainda reverberante da crise de 29, seja para erguer

¹⁴ AGUILLAR, Fernando Herren. Controle social de serviços públicos. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 193.

barreiras alfandegárias tidas por indispensáveis para a consolidação da incipiente indústria nacional”.

O Executivo assume as funções legislativas. O Poder Executivo Federal, através do regime de intervenção em Estados e Municípios, anula a possibilidade de descentralização política.

O Estado impunha regras de controle sobre a economia e, ao mesmo tempo, intervia como empresário. Criou-se a administração pública indireta, através das autarquias e empresas públicas (Cia. Vale do Rio Doce - 1942, Companhia Siderúrgica Nacional – 1941, etc...).

Surgiram os Conselhos Disciplinadores da Economia, os quais são as primeiras entidades públicas, em tese independentes, para propor planos para a regulação da economia brasileira.

Ocorre o aumento da burocracia, da máquina estatal, dos benefícios, através dos empregos públicos. Instala-se um nacionalismo econômico.

Fernando Herren AGUILLAR ¹⁵ sintetiza:

A conjugação do intervencionismo estatal e o nacionalismo do período entre-guerras resultou em políticas protecionistas que acabaram estimulando o desenvolvimento de uma indústria interna. Por sua vez, a industrialização foi o grande motor do êxodo rural que ali apenas se iniciava. A consolidação de centros urbanos fez crescer, por um lado, a pressão para prover a população de serviços públicos e, de outro, para controlar os serviços que eventualmente fossem delegados aos particulares.

O Estado Brasileiro, por muitos anos, esteve atrelado à concepção de protagonista do desenvolvimento econômico, detendo parcela significativa e estratégica dos meios de produção. Agiu como instituidor de políticas típicas do “Welfare State” – tais como a proteção ao desemprego (FGTS e seguro-desemprego), os benefícios previdenciários, dentre outros. Constituiu-se em agente fomentador da expansão industrial, através das políticas de incentivo veiculadas pelo BNDES.

¹⁵ AGUILLAR, Fernando Herren. Controle social de serviços públicos. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 196.

O Governo Juscelino Kubstichek traz uma postura diferente de planejamento estatal. O Estado interfere na economia não só regulando, mas também produzindo.

Cria o Plano de Metas, consistente nos objetivos que o Estado pretendia atingir, através de investimentos públicos. Os agentes privados tomam decisões em função do planejamento. São seis as metas principais: a construção de Brasília (forma de integração nacional), energia, transporte, alimentação, indústrias de base e educação.

Ilustra Fernando Herren AGUILLAR ¹⁶:

Havia menos discussão econômica sobre a necessidade de planejamento econômico, do que a respeito de aspectos pontuais da forma do planejamento a ser adotado. Os próprios economistas liberais, como Octávio Gouveia de Bulhões e Roberto Campos, aceitavam a idéia de que era preciso apoio do Estado em setores como o da energia e dos transportes, mas pugnavam por um planejamento setorial e não com a abrangência pretendida por Celso Furtado e outros.

Implantou-se no Brasil um modelo econômico de substituição das importações, considerando as diferenças estruturais entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos.

A extrema concentração do Governo João Goulart gerou o Golpe Militar, que veio a centralizar a ordem econômica nacional, através da União Federal.

Houve a promulgação do Decreto-lei n. 200/67, responsável pela Reforma Administrativa, e que, para Luiz Carlos Bresser PEREIRA “foi uma tentativa de superação da rigidez burocrática, podendo ser considerada como um primeiro momento da administração gerencial no Brasil. Toda a ênfase foi dada a descentralização mediante a autonomia da administração indireta, a partir do pressuposto da rigidez da administração direta e da maior eficiência da administração descentralizada” ¹⁷.

¹⁶ AGUILLAR, Fernando Herren. Controle social de serviços públicos. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 202.

¹⁷ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. Cadernos do MARE.

Observa Fernando Herren AGUILLAR ¹⁸:

Empresas monopolistas (em sentido lato) estatais ditaram durante muitos anos as políticas públicas, constituindo-se num poder de fato, desafiador da ordem jurídica e a capacidade de interferência dos particulares nas tomadas de decisão. Além disso, como revela Toledo Silva, a inviabilização desse modelo regulatório, com o fracasso econômico financeiro das empresas públicas encarregadas da regulação, tornou imprestável igualmente um retorno aos órgãos setoriais da Administração Direta.

Permitia-se a criação de subsidiárias das empresas estatais, sem autorização legislativa. Houve o agigantamento do Estado e o desajuste das finanças públicas. Neste período, conviveu o liberalismo econômico, no sentido de se privilegiar o desenvolvimento da iniciativa privada, com a intervenção estatal, incentivando os investimentos do capital privado.

Houve forte regulamentação econômica e, simultaneamente, participação direta do Estado na produção econômica.

A Constituição Federal de 1988 deu continuidade ao modelo social, atribuindo ao Estado o dever de assegurar, através de suas políticas públicas, a dignidade humana, permitindo a todos o acesso à saúde, educação, moradia, saneamento básico, transporte, etc....

Embora tenhamos uma Constituição Social, as reformas encetadas a partir de 1990 deram ao Estado Brasileiro uma conotação neoliberal, afastando-o da prestação direta dos serviços públicos essenciais à concretização dos direitos fundamentais.

O discurso que se adota é o de uma Administração Pública enxuta e eficaz, deixando de ser agente executora de serviços essenciais à população, para assumir um perfil eminentemente regulador.

¹⁸ AGUILLAR, Fernando Herren. Controle social de serviços públicos. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 206.

2. DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BUROCRÁTICA À GERENCIAL

O modelo de Estado define a estrutura da Administração Pública em cada momento histórico.

A Administração Pública Burocrática origina-se no Estado Liberal, adstrito à efetivação da segurança jurídica e da propriedade privada, pilares do sistema econômico capitalista.

Neste modelo de Administração, proposto por Max WEBER, procura-se estabelecer uma estrutura apta a limitar a ação do Estado, a assegurar a liberdade dos cidadãos e a impor limites ao poder dos soberanos, o que se daria através da dominação legal, entendida como a plena vinculação da atividade administrativa às regras previamente estabelecidas.

Os contornos da Administração Pública passam a ser traçados exclusivamente pela lei, sendo constituídos por diversos órgãos, dotados de competências delimitadas, num sistema hierarquizado de cargos.

Valoriza-se o princípio da impessoalidade, o que pode ser observado através do provimento de cargos por concurso público e da necessidade de licitação para contratar com a Administração Pública.

Os elementos caracterizadores da Administração Pública Burocrática propiciam o controle procedimental dos atos da Administração, já que é estabelecida a procedimentalização do agir administrativo, possibilitando o controle dos meios, ainda que o resultado seja favorável.

No Brasil, a estrutura burocrática da Administração Pública tem suas origens no Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP), criado em 1938 com o propósito de reorganizar o espaço público e racionalizar os procedimentos administrativos.

O Estado Contemporâneo está associado à Administração Pública Gerencial, calcada em preceitos da Ciência da Administração Privada e voltada à minimização de

custos, à delegação de atividades produtivas e ao atendimento do “cliente-consumidor” de serviços públicos.

Inserido em uma tendência global, o Estado Brasileiro, a partir da década de 90, vivencia uma ruptura com seus antigos preceitos. Assiste-se a uma crise fiscal, onde o potencial arrecadatório não supre as demandas de sua enorme estrutura, elevando-se, por conseqüência, o déficit público, a espiral inflacionária, os juros (inibitórios do crescimento), a insatisfação e o descrédito popular.

A crise instalada torna o Estado vulnerável às oscilações internacionais, sendo rapidamente assimiladas modificações tendentes a reformar a Administração Pública, diminuindo-a, com a proposta de torná-lo eficaz, equacionando o denominado “Custo Brasil”.

Destaca Fernando Herren AGUILLAR ¹⁹:

Grande insatisfação tomou conta dos empresários, que encamparam o discurso antiestatizante, circunstancialmente conciliável com a reivindicação da intelectualidade e dos assalariados por uma verdadeira democracia. O enorme déficit fiscal erodiu a capacidade de investimentos estatais, deteriorando sua aptidão a preservar e expandir o equipamento urbano e de serviços públicos em geral.

O modelo de Administração Pública Burocrática, caracterizado pela marcante atuação estatal, com uma extensa e complexa estrutura, cede espaço ao modelo gerencial, a partir do ano de 1990, com a promulgação da Lei n. 8.031/90, que instituiu o Programa Nacional de Desestatização, posteriormente revogada pela Lei n. 9.491/97, a qual estabeleceu disciplina semelhante sobre o assunto.

O art. 1º. da Lei n. 8.031/90 indica que o objetivo do Programa é o de reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público e, desta forma, contribuir para a redução da dívida pública, permitir que a Administração concentre

¹⁹ AGUILLAR, Fernando Herren. Controle social de serviços públicos. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 208.

esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para consecução de prioridades nacionais e fortalecer o mercado de capitais.

Este processo, que preconiza a eficiência do Estado, reduzindo-o para que funcione melhor, ganhou notório impulso a partir das transformações trazidas pela Emenda Constitucional n. 19/98. Neste novo modelo instituído, prioriza-se a redução do aparelho do Estado, que delega suas funções para entidades privadas, dando ensejo a uma série de privatizações.

Este pensamento deu ao Estado Brasileiro novos contornos, tendo como marco o Plano Diretor da Reforma Administrativa, elaborado no ano de 1995.

O aludido Plano contou com um texto introdutório explicativo, da lavra do Presidente da República Fernando Henrique CARDOSO, no qual foi declarada a nova concepção de Estado assumida no Brasil:

A crise brasileira da última década foi também uma crise do Estado. Em razão do modelo de desenvolvimento que Governos anteriores adotaram, o Estado desviou-se de suas funções básicas para ampliar sua presença no setor produtivo, o que acarretou, além da gradual deterioração dos serviços públicos, a que recorre, em particular, a parcela menos favorecida da população, o agravamento da crise fiscal e, por conseqüência, da inflação. Nesse sentido, a reforma do Estado passou a ser instrumento indispensável para consolidar a estabilização e assegurar o crescimento sustentado da economia. Somente assim será possível promover a correção das desigualdades sociais e regionais. [...] É preciso, agora, dar um salto adiante, no sentido de uma administração pública que chamaria de gerencial, baseada em conceitos atuais de administração e eficiência, voltada para o controle dos resultados e descentralizada para poder chegar ao cidadão, que, numa sociedade democrática, é quem dá legitimidade às instituições e que, portanto, se torna 'cliente privilegiado' dos serviços prestados pelo Estado.

Para Luiz Carlos BRESSER PEREIRA²⁰, o papel do Estado seria o de:

[...] facilitar para que a economia nacional se torne internacionalmente competitiva. A regulação e a intervenção continuam necessárias na educação, na saúde, na cultura, no desenvolvimento tecnológico, nos investimentos em infra-estrutura – uma intervenção que não apenas compense os desequilíbrios distributivos provocados

²⁰ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. Cadernos do MARE.

pelo mercado globalizado, mas principalmente que capacite os agentes econômicos a competir a nível mundial. A diferença entre uma proposta de reforma neoliberal e uma social democrática está no fato de que o objetivo da primeira é retirar o Estado da economia, enquanto que o da segunda é aumentar a governança do Estado, é dar ao Estado meios financeiros e administrativos para que ele possa intervir efetivamente sempre que o mercado não tiver condições de coordenar adequadamente a economia.

Prossegue o autor ²¹:

A partir de 1995, com o governo Fernando Henrique, surge uma nova oportunidade para a reforma do Estado em geral, e, em particular, do aparelho do Estado e do seu pessoal. Esta reforma terá como objetivos: a curto prazo, facilitar o ajuste fiscal, particularmente nos Estados e Municípios, onde existe um claro problema de excesso de quadros; a médio prazo, tornar mais eficiente e moderna a administração pública, voltando-a para o atendimento aos cidadãos.

Produto do Estado Neoliberal, a Administração Pública Gerencial possui uma estrutura reduzida, sobretudo no que diz respeito à administração indireta, já que diversas empresas públicas e sociedades de economia de mista sofrem um processo de privatização. O Estado se afasta, assim, da prestação direta de diversas atividades essenciais à população.

Os serviços públicos no Brasil, atualmente, são prestados nos moldes do pensamento neoliberal, através de uma estrutura administrativa gerencial, a qual privilegia, de forma questionável, o princípio da eficiência, controlando-se o resultado que é submetido a uma avaliação contábil, cujo êxito, muitas vezes, encontra-se dissociado das necessidades dos usuários e potencialmente usuários de serviços públicos.

²¹ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. Cadernos do MARE.

CAPÍTULO II

TEORIA GERAL DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

A prestação de serviços públicos constitui-se em tema relacionado ao intervencionismo estatal. Quanto maior o grau de intervenção, maior será a prestação de serviços públicos diretamente pela Administração Pública. A intensidade da intervenção na economia e a prioridade do Estado quanto a sua atuação irão determinar o próprio conceito de serviço público.

Há diversas acepções do que venha a ser serviço público. Sua conceituação decorre da convicção ideológica do doutrinador a respeito do papel do Estado, sofrendo mutações contextuais, em razão da realidade política, econômica e social vivenciada²².

A concepção tradicional de serviços públicos é de que eles mantêm a característica da essencialidade. Decorre desta concepção que o gestor de uma empresa de serviço público não se equipara a um empresário qualquer. O primeiro difere do segundo pela submissão ao regime jurídico-administrativo²³, constituído por princípios próprios, dentre os quais, a supremacia do interesse público sobre o interesse privado, além de outras restrições, tais como a imposição da continuidade na prestação dos serviços.

²² Segundo Eros Roberto GRAU “A definição, pois, desta ou daquela parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público é – permanecemos a raciocinar em termos de modelo ideal – decorrência da captação, no universo da realidade social, de elementos que informem adequadamente o estado, em um certo momento histórico, do confronto entre interesses do capital e do trabalho” (A Ordem Econômica na Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2001.p. 141).

²³ Este regime, de caráter público, compreende, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello: “[...] a estrita submissão ao princípio da legalidade, a utilização de técnicas autoritárias, expressivas da soberania, de que são manifestações a possibilidade de constituir obrigações por ato unilateral, a presunção de legitimidade dos atos praticados, a auto-executoriedade deles, bem como sua revogabilidade e unilateral declaração de nulidade, a continuidade necessária das atividades havidas como públicas, donde – no plano do serviço público – a impossibilidade de o concessionário invocar a *exceptio nom adimpleti contractus* para eximir-se da regular continuidade de seu desempenho, a rigorosa obediência ao princípio da isonomia etc” (Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 601).

Vivian Cristina LIMA ²⁴, em dissertação de mestrado, apresentada perante o Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná, discorre sobre os elementos caracterizadores dos serviços públicos, quais sejam, a essencialidade, o vínculo da atividade com o Estado e o regime jurídico de direito público a que está submetida sua prestação:

O primeiro relaciona-se com a essencialidade da atividade. A atividade para ser considerada serviço público deve ser essencial para a coletividade. É um elemento material. Existe um núcleo de serviços públicos constitucionalmente estatuídos, como água, luz, transporte, etc. (art. 21, incisos XI e XII da Constituição Federal). A essencialidade possui referencial político, definido constitucionalmente em cada Estado, a partir de suas prioridades e necessidades.

O segundo aspecto refere-se ao vínculo da atividade com o Estado, seja por prestação direta ou indireta, de cunho orgânico. A atividade deve ser prestada diretamente pelo Estado ou a sua execução por ele deve ser fiscalizada, se desempenhada pelo particular. A razão é a ausência de transferência da titularidade do serviço, que continua a ser público, mesmo se executado por particulares mediante concessão ou permissão.

O terceiro aspecto alude ao regime de direito público que rege a atividade e se desenrola a partir do direito administrativo, com princípios próprios e normas juspublicistas, voltadas à consecução do interesse público. O regime jurídico de direito público é o elemento formal da noção clássica de serviço público.

Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO ²⁵, embora ressalve a dificuldade de conceituação, define serviço público como:

[...] toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.

O conceito de serviço público, dado por Eros Roberto GRAU ²⁶, é construído em função da essencialidade da prestação estatal, em determinado momento histórico:

²⁴ LIMA, Vivian Cristina. *Administração Pública Contemporânea: O Usuário de Serviço Público*, UFPR, p. 70.

²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 597.

[...] é a atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (Duguit) – ou, em outros termos, atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como serviço existencial relativamente à sociedade em um determinado momento histórico (Cirne Lima).

Os serviços públicos destinam-se ao atendimento de necessidades sociais. Constituem-se em atividades estatais imprescindíveis à concretização dos direitos fundamentais, na medida em que visam à satisfação das necessidades humanas essenciais. São considerados serviços públicos o fornecimento de água, luz, gás, telefone, transporte coletivo etc.

Em razão de sua essencialidade, sua prestação compete ao Estado. Na lição de Dinorá Musetti GROTTI ²⁷, seu “cumprimento deve ser assegurado, regulado e controlado pelos governantes, por ser indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social e de tal natureza que não pode ser integralmente cumprido senão com a intervenção da força governante”.

Há serviços considerados públicos por disposição expressa do Texto Constitucional. São eles: a) serviço postal e correio aéreo nacional (art. 21, inc. X); b) serviços de telecomunicações, radiodifusão sonora e de sons e imagens, energia elétrica, navegação aérea, aeroespacial, infra-estrutura aeroportuária, transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território, transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, exploração dos portos marítimos, fluviais e lacustres (art. 21, inc. XII, alíneas “a” a “f”), seguridade social (art. 194), saúde (art. 196), assistência social (art. 203) e educação (art. 205).

²⁶ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2001.p. 159.

²⁷ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1998*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 33.

A Constituição Federal atribui ao Estado a responsabilidade pelo desenvolvimento destas atividades, as quais devem ser exercidas sob a égide de normas de direito público. Ainda que o Estado não seja o executor efetivo destas atividades, não resta afastado seu dever de controle, zelando para que o exercício destas atividades tenha um caráter geral, atingindo a todos os cidadãos; e contínuo, em virtude da essencialidade de sua destinação.

O desenvolvimento dos serviços públicos, nos moldes da livre – iniciativa, em razão do interesse público a eles inerentes, assim como em virtude da essencialidade dos mesmos, deve ser regido por normas de direito público, sob a égide, fiscalização e controle do Estado, sem prejuízo da repressão ao abuso do poder econômico.

Sobre o tema discorre José Reinaldo de Lima LOPES ²⁸:

Em conclusão, tanto os serviços desestatizados quanto os serviços sociais assumidos por particulares sujeitam-se a regras de direito público em alguns aspectos relevantes. O primeiro deles e mais essencial será sem dúvida a prestação universal e não discriminatória. Em segunda lugar, ao prestar serviços de perfil público, os fornecedores encontram-se no espaço público – embora se chame mercado – e devem conceder aos consumidores oportunidades institucionalmente reconhecidas de participar nas decisões que os afetam. Finalmente, a compatibilização de interesses opostos e simultaneamente legítimos entre fornecedores e consumidores e entre consumidores de distintas classes abre espaço para a interferência da regulamentação impositiva ou negociada, que ela mesma deve estar sujeita aos princípios do direito do consumidor.

A delegação da prestação dos serviços públicos, pelo Estado aos particulares, não descaracteriza o regime destes serviços e, portanto, remanesce o dever do Estado de propiciar os mecanismos necessários para que os cidadãos tenham acesso a serviços públicos de qualidade, haja vista que se constituem em instrumentos para a concretização de seus direitos fundamentais.

Para Dinorá Musetti GROTTI ²⁹: “A titularidade do serviço e, portanto, a responsabilidade última por sua prestação, continua sendo do poder concedente.

²⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito do Consumidor e Privatização. RDC n. 26, pp. 123-124.

²⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 352.

Perante o consumidor, diversamente, o Poder Público atua simplesmente como ‘protetor’ da parte considerada hipossuficiente”.

Sob a atuação do Estado neste contexto, Marcos Juruena Villela SOUTO³⁰ sintetiza que: “A responsabilidade do Estado decorre do fato de que é ele criado pela sociedade para a produção do bem-estar; sempre que de suas ações ou omissões não resulta o bem, deve ele ser obrigado a restaurar o equilíbrio”.

Deve o Estado assegurar aos cidadãos o acesso aos serviços públicos, bem como a qualidade dos mesmos, prestados por quem quer que seja, consoante previsão constitucional inserta no art. 175, inc. II, da Constituição Federal. Neste sentido, impõe-se seja observado o efetivo respeito aos princípios norteadores da prestação de serviços desta natureza, inseridos, como dito, no denominado regime jurídico-administrativo.

Este regime, de caráter público, compreende, segundo Celso Antônio Bandeira de MELLO³¹:

[...] a estrita submissão ao princípio da legalidade, a utilização de técnicas autoritárias, expressivas da soberania, de que são manifestações a possibilidade de constituir obrigações por ato unilateral, a presunção de legitimidade dos atos praticados, a auto-executoriedade deles, bem como sua revogabilidade e unilateral declaração de nulidade, a continuidade necessária das atividades havidas como públicas, donde – no plano do serviço público – a impossibilidade de o concessionário invocar a *exceptio nom adimpleti contractus* para eximir-se da regular continuidade de seu desempenho, a rigorosa obediência ao princípio da isonomia etc.

Há que se ressaltar que determinados serviços, destinados a alguns segmentos da sociedade, possibilitam o lucro, sendo, portanto, atraente sob a ótica dos entes privados. Outros, contudo, são absolutamente deficitários, o que exige do Estado postura que viabilize sua prestação.

³⁰ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Proteção do usuário de serviços públicos. Revista de Direito Constitucional e Internacional, nº 31, p. 127.

³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 601.

É o que defende Vivian Cristina LIMA ³²:

Admite-se que existem serviços públicos que, de sua prestação, pode advir o lucro, e, outros, que de regra não o admitem, devendo inclusive ser atendidos com déficit no interesse geral da coletividade. O que não se admite é uma visão exclusivamente econômica da problemática, desprezando-se a realidade social brasileira, que ainda carece do estabelecimento do mínimo existencial, assim entendido com aquele que satisfaz as necessidades básicas de dignidade de cada um, definido como direito fundamental na Constituição de 1988 a partir dos direitos sociais consagrados em seu texto. Assim, o serviço público é materialmente o elemento de transformação da sociedade e da concretização do interesse público.

Passamos à análise dos princípios diretamente relacionados à prestação dos serviços públicos.

Celso Antônio Bandeira de MELLO fala, primeiramente, no “inescusável dever do Estado de prestá-lo ou promover-lhe a prestação, sob pena de responsabilidade perante os administrados” ³³.

Outro princípio consiste na continuidade do serviço, impedindo a interrupção na prestação e restringindo o exercício do direito de greve (art. 37, inc. VII, CF), inclusive, quando prestado por particulares (arts. 10 e 11, Lei n. 7.783/89) ³⁴.

³² LIMA, Vivian Cristina. Administração Pública Contemporânea: O Usuário de Serviço Público, UFPR, p. 100-101.

³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 601.

³⁴ Nesse sentido decidiu o Tribunal de Alçada de Minas Gerais:

“PROCESSO CIVIL – RECURSO EM MANIFESTO CONFRONTO COM JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – SEGUIMENTO NEGADO – INTELIGÊNCIA DO ART. 557 DO CPC – INTERRUÇÃO DE FORNECIMENTO DE SERVIÇO PÚBLICO – ATO ADMINISTRATIVO ILEGAL – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO – Não há motivo para se prover agravo regimental cujo objetivo é reformar decisão que negou seguimento a recurso de agravo de instrumento que estava em manifesto confronto com jurisprudência dominante do superior tribunal de justiça. A jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça vem considerando ilegal o ato administrativo que interrompe o fornecimento de serviço público essencial.(Precedente: ROMS n.º 8.915/MA). O fato de o precedente citado ter sido originário de um caso em que o serviço público interrompido era o de energia elétrica não impede a sua aplicação à espécie, já que, nos tempos atuais, o serviço telefônico é também, assim como o serviço de energia elétrica e o de fornecimento de água, um bem essencial à população, constituindo-se serviço público indispensável subordinado ao princípio da continuidade de sua prestação, pelo que se torna impossível a sua interrupção (TAMG – AgRg 0307246-0/01 – 4ª C.Cív. – Relª Juíza Maria Elza – J. 10.05.2000 – o destaque não consta do original)”.

Pelo princípio da generalidade, é assegurado o acesso de todos aos serviços tidos como essenciais. Consiste na universalização desses serviços.

Sob este aspecto, valiosa é a menção a respeito das estatísticas referentes ao acesso da população brasileira ao abastecimento de água e à rede de esgoto, durante o período de 1989 a 2000 ³⁵, como forma de ilustração da problemática que justifica a presente pesquisa:

- a) apenas um terço dos domicílios brasileiros tem coleta de esgoto;
- b) no Nordeste, o serviço é acessível a menos de 15% das casas;
- c) um terço dos domicílios não conta com serviço de abastecimento de água;
- d) no Nordeste, mais da metade das casas não tem água encanada; e) o volume de água sem tratamento passou de 3,9% para 7,2%;
- e) em mais da metade dos distritos não há controle de qualidade da água;
- f) durante o ano 2000, houve quase novecentas mil internações na rede pública, devido às chamadas doenças de veiculação hídrica (ex: cólera, leptospirose e febre tifóide).

Prosseguindo, menciona-se o princípio da eficiência, atualmente elevado à categoria de princípio constitucional, impondo a atualidade dos serviços e sua otimização.

Sobre este tópico discorre Juarez FREITAS ³⁶:

[...] a interpretação dos contratos administrativos de delegação da execução dos serviços públicos, em tributo à totalidade dos princípios regentes das relações de administração 'lato sensu', deve ser feita tendo como objetivo maior, não apenas o de proteger o vulnerável consumidor de serviços públicos, mas o de assegurar uma prestação qualificada de tais serviços, sendo, filosoficamente, equivocado contrapor o interesse geral ao particular, quando este se revelar legítimo.

A respeito do conteúdo valorativo do princípio da eficiência, Celso Antônio Bandeira de MELLO menciona a necessidade de observação do princípio da

³⁵ Pesquisa Nacional de Saneamento Básico do IBGE, veiculada no Jornal Folha de São Paulo de 29 de março de 2002.

³⁶ FREITAS, Juarez. O Controle Social e o Consumidor de Serviços Públicos. Revista Trimestral de Direito Público n. 23. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 24-31.

adaptabilidade, no que concerne à atualização e modernização dos serviços, devendo os serviços ofertados acompanharem a evolução tecnológica.

A modicidade das tarifas, viabilizando o acesso de todos, de tal sorte que não implique em um sacrifício exagerado ao usuário, mas também não torne inviável o empreendimento. Possibilita-se, inclusive, a adoção de receitas alternativas às concessionárias.

Segundo Marcos Juruena Villela SOUTO ³⁷:

Com vistas a assegurar a modicidade das tarifas, se autorizou o poder concedente a prever, em favor do concessionário, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, hipótese em que tais fontes serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Entre elas inclui-se a possibilidade da atribuição de subsídios, desde que estejam previamente autorizados em lei e à disposição de todos os concorrentes.

Por fim, a cortesia, compreendida como a necessidade de ser despendido um bom tratamento aos usuários, assegurando-lhes a formulação de reclamações e o ressarcimento de prejuízos.

Em síntese, busca-se, com esta sintética explanação, traçar os balizamentos teóricos atinentes aos serviços públicos.

³⁷ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Proteção do usuário de serviços públicos. Revista de Direito Constitucional e Internacional, nº 31, p. 133.

CAPÍTULO III

A PROTEÇÃO AOS USUÁRIOS DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Pretende-se, neste capítulo, a identificação, na ordem jurídica vigente, dos meios disponíveis aos cidadãos–usuários para assegurar-lhes a prestação de serviços públicos consentâneos com os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, notadamente o da dignidade da pessoa humana, da erradicação da pobreza e marginalização e da redução das desigualdades sociais ³⁸.

O pensamento a ser desenvolvido identifica que as transformações paradigmáticas do Estado Contemporâneo, com seus reflexos na Administração Pública, conforme até aqui examinado, provocou a transformação do conceito de usuário de serviços públicos, assumindo este uma dimensão muito mais econômica que humana.

Vivian Cristina LIMA ³⁹ destaca que a posição de consumidor é desvantajosa em relação à posição do consumidor, frente à garantia dos direitos fundamentais:

Enquanto a relação de consumo se perfaz mediante uma troca econômica, o serviço público é dever imposto constitucionalmente ao Estado para a satisfação da dignidade da pessoa humana. Enquanto o consumidor tem a possibilidade de adquirir um produto defeituoso, podendo para tanto exigir um abatimento do preço, o usuário tem direito ao serviço adequado e o Poder Público não pode permitir a sua inadequação sob o pretexto de uma redução na tarifa. Ou seja, de um lado e de outro, a incompatibilidade é flagrante: o usuário é também consumidor, mas sua tutela e seus direitos ultrapassam em muito essa concepção, restrita e excludora.

Ao final, conclui ⁴⁰:

³⁸ “Art. 175 (...) § único, inciso II – A lei disporá sobre: (...) os direitos dos usuários”.

³⁹ LIMA, Vivian Cristina. *Administração Pública Contemporânea: O Usuário de Serviço Público*, UFPR, p. 118.

⁴⁰ LIMA, Vivian Cristina. *Administração Pública Contemporânea: O Usuário de Serviço Público*, UFPR, p. 124 e 141.

O usuário de serviço público deve ser encarado pelo que de fato é: um ser humano, razão de ser da existência do Estado, sujeito de direitos fundamentais. A definição econômica é a que menos interessa na sua caracterização. Urge um repensar do conceito, onde cidadania e dignidade da pessoa humana sejam os valores fundamentais.

Enfim, mister se faz refletir qual é o modelo de sociedade que se deseja e trabalhar suas conseqüências. A concepção ora defendida é clara: inclusão social a partir de um conceito amplo de cidadania e de usuário de serviço público é o que se pretende, no intuito de possibilitar a todos – e não somente a alguns – a possibilidade de viver dignamente, e não apenas sobreviver de forma indigna e ultrajante.

[...]

Nesse diapasão, num País onde milhares vivem abaixo da linha da pobreza e o grande tema de agenda é a erradicação da fome, os serviços públicos ainda se apresentam como a possibilidade de estabelecimento de padrões mínimos de dignidade, o que destaca a imperatividade na caracterização do usuário como cidadão e não apenas consumidor.

A perspectiva do usuário de serviços públicos, no cenário que se descortina, aproxima-se mais do conceito de consumidor do que do de cidadão, situação esta que deve ser revertida, através dos mecanismos de proteção aos usuários, de forma a compatibilizar a nova realidade político-econômica com os direitos fundamentais.

A concepção do usuário como consumidor, além de colocá-lo em situação de absoluta vulnerabilidade, provoca significativa exclusão social, destinando às pessoas que não têm acesso aos serviços públicos, condição marginal perante a sociedade e o Estado.

É preciso que haja regulação estatal e social, de forma a resgatar a condição de cidadão neste contexto, o que se faria mediante a efetiva utilização dos mecanismos de tutela jurídica do usuário de serviço público.

Nota-se que a situação jurídica destes usuários encontra-se notoriamente fragilizada no Brasil, o que se ilustra pela ausência da Lei de Defesa do Usuário de Serviço Público, nos termos do art. 37, §2º, da Constituição Federal e do art. 27 da Emenda Constitucional n. 19/98.

Feito este apanhado teórico e demonstrando a problemática que exsurge desta mudança paradigmática do Estado Contemporâneo, passamos à análise dos instrumentos disponíveis para a tutela jurídica dos usuários de serviços públicos no Brasil.

É de se destacar que embora não tenha havido a regulamentação sobre a matéria, constitucionalmente prevista, conta-se com diversos instrumentos normativos, faltando-lhes, contudo, a efetividade esperada.

3.1 O controle social dos serviços públicos

Além do controle estatal dos serviços públicos, exerce o cidadão, neste contexto, um papel de suma importância, desempenhando função tipicamente fiscalizatória sobre os serviços prestados, configurando o que a doutrina denomina de controle social dos serviços públicos.

O surgimento do controle social da administração pública remonta ao advento do Estado Liberal, que sucedeu e se contrapôs ao Estado Absolutista. É ínsito ao Estado Liberal a imposição de limites ao exercício de suas atividades, assumindo o mercado, diante de um Estado reduzido e abstencionista, a função de impulsionar o desenvolvimento.

Para Adriana da Costa Ricardo SCHIER ⁴¹:

Pode-se constatar, então, que para consolidar as bases do Estado liberal foi necessária a construção de uma estrutura jurídica que (i) regulamentasse as atividades do poder público, impondo limites à atuação do Estado e (ii) assegurasse os direitos fundamentais dos indivíduos.

Nessa perspectiva, o Estado Liberal assume a adjetivação de Estado de Direito, criado e existente sob a égide de uma Constituição, a qual lhe estabelece limites, efetivados, dentre outros, pelos princípios da separação dos poderes e da legalidade.

Da mesma forma, confere aos cidadãos a faculdade de opor seus direitos ao próprio Estado, exercendo, assim, a participação na Administração Pública, na medida em que proporciona, através do exercício do direito de participação, o controle social

⁴¹ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. O direito de reclamação da administração pública burocrática à gerencial. Curitiba, 2001. Dissertação (Mestrado em Direito), Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, p. 37.

dos atos administrativos, permitindo-se, aos cidadãos, a interferência no âmbito decisório do Poder Público.

O direito de participação dos cidadãos, gradativamente, assume proporção crescente, dando ensejo à criação de novas facetas de controle, na exata medida em que o Estado Liberal cede espaço ao Estado Social.

Segundo Adriana da Costa Ricardo SCHIER ⁴²:

Foi no Estado Social que esse direito, especificamente referido à esfera administrativa, torna-se mais instrumentalizado. Isto porque, como se sabe, neste modelo de Estado cresce a preocupação com o controle das atividades administrativas, em face da sua maior intervenção na sociedade, seja através da prestação de serviços públicos, seja através da atividade regulatória da economia.

No campo do direito administrativo, o controle social é instrumentalizado pelo direito de reclamação, previsto no art. 37, §3º, inc. I, da Constituição Federal, o qual viabiliza a intervenção do cidadão nas decisões administrativas, destacando Adriana SCHIER que, através deste direito os cidadãos são legitimados a exercer o controle da atividade administrativa acerca da prestação dos serviços públicos ⁴³.

O direito de reclamação é decorrência, na esfera do direito administrativo, do direito constitucional de petição (art. 5º, inc. XXXIV, alínea “a”, da Constituição Federal). Mantém íntima vinculação com o sistema de participação popular e, enquanto tal, consubstancia-se num mecanismo de controle social dos serviços públicos.

O controle social deve ser exercido, ainda, em razão do direito à informação, definido como o direito de todos a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse geral e coletivo (art. 5º, inc. XXXIII, CF) e das audiências públicas (art. 58, §2º, CF).

⁴² SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. O direito de reclamação da administração pública burocrática à gerencial. Curitiba, 2001. Dissertação (Mestrado em Direito), Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, p. 45.

⁴³ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. O direito de reclamação da administração pública burocrática à gerencial. Curitiba, 2001. Dissertação (Mestrado em Direito), Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, p. 67.

Este controle, diga-se, é de fundamental importância para a administração gerencial que tem na eficiência e, portanto, no controle de seus resultados, um meio de legitimação. É o que sustenta Adriana da Costa Ricardo SCHIER⁴⁴:

Contudo, no contexto da Reforma do Estado, o direito de reclamação e, em sentido mais amplo, o direito de participação, reflete também a mudança de racionalidade dentro da Administração Pública: substitui-se a 'legitimação pelo procedimento' pela 'legitimação pelo resultado eficiente', decidido e fiscalizado pelos clientes-usuários.

Deve o direito de reclamação ser compreendido como um instrumento disponibilizado ao cidadão para, na esfera administrativa, provocar a instauração de um processo administrativo destinado a apurar as irregularidades na prestação dos serviços públicos, encontrar soluções e, ainda, eventualmente, responsabilizar os culpados pela ilicitude.

É de se observar que o preceito constitucional em análise depende de regulamentação por norma infraconstitucional, tendo em vista a expressa menção, no dispositivo, de que a lei disciplinará as formas de participação do usuário na Administração Pública direta e indireta, regulando, especialmente, as reclamações relativas à prestação de serviços públicos em geral.

No plano federal, contudo, o direito de reclamação pode ser exercido em virtude da edição da Lei n. 9.784/99 que regula o processo administrativo.

Deste diploma legal, destaca-se o art. 48 que dispõe sobre o dever da Administração, explicitamente, emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Por fim, salienta-se que a participação popular na Administração Pública é tida com um dos mecanismos mais eficientes a conter as forças do mercado tendentes a reduzir a eficácia dos direitos fundamentais.

⁴⁴ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. O direito de reclamação da administração pública burocrática à gerencial. Curitiba, 2001. Dissertação (Mestrado em Direito), Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, p. 03.

Sobre o valor democrático da participação popular, Dinorá Musetti GROTTI⁴⁵ conclui que “Qualquer que seja a forma de prestação da atividade, direta ou indireta, é a participação direta do cidadão e, em especial do usuário, direto ou em potencial, do serviço público, fator fundamental para a conservação da democracia e para assegurar a fidelidade aos outros princípios regentes do e no serviço público”.

3.2 O Código de Defesa do Consumidor

3.2.1 Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) veio atender ao comando contido no art. 5º, inc. XXXII, da Constituição Federal, o qual preceitua que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Na mesma esteira, o art. 170, inc. V, do Texto Constitucional.

Trata-se de diploma normativo precursor de transformações substanciais na ordem jurídica brasileira, tendo em vista a inserção, em nosso ordenamento, de vários mecanismos destinados ao resgate do equilíbrio nas relações de consumo, diante da notória vulnerabilidade em que se encontra o consumidor no Brasil.

Destina-se, o Código de Defesa do Consumidor, a reger as denominadas relações de consumo, compreendidas estas como as estabelecidas entre o fornecedor de produtos ou prestador de serviços e o consumidor.

Traz em seu art. 3º, *caput*, a definição legal de fornecedor, sendo este “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestações de serviços”.

⁴⁵ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 3361.

O art. 2º, do mesmo diploma legal, traz a definição jurídica de consumidor, sendo este “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Entretanto, a definição de serviço, inserta no art. 3º, §2º, enseja o questionamento consistente na necessidade ou não de o serviço utilizado ser remunerado para que haja a incidência do Código de Defesa do Consumidor.

Extrai-se do referido dispositivo: “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Sustentando que o usuário de serviço público não remunerado não se equipara ao consumidor, Marcos Juruena Villela SOUTO ⁴⁶, citando José Reinaldo de Lima LOPES, defende:

Como fornecedor, o Estado é um entre outros no mercado. Não age como autoridade, ainda que certas regras de direito privado sejam derogadas. Nestes termos, está prestando um serviço cuja fruição, remuneração e prestação podem ser feitas *uti singuli*. Está, pois, em relações de consumo; não se está tratando aqui de relações de cidadania, como tipicamente é o caso dos serviços prestados *uti universi*. Alguns serviços públicos, chamados próprios, não são de relação de consumo: segurança, justiça, mas também, a meu ver, saúde, educação e vários outros que compõem a chamada cidadania social.

Dinorá Adelaide Musetti GROTTI ⁴⁷ aponta a remuneração como elemento ensejador da aplicação do Código de Defesa do Consumidor:

“[...] é a exigência de remuneração individualizada pela prestação de determinado serviço público que vai determinar a incidência da proteção jurídica regulada e estabelecida pelo CDC. Pode-se também inferir que o serviço público prestado gratuitamente não se enquadra no âmbito de incidência do CDC, assim como os

⁴⁶ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Proteção do usuário de serviços públicos. Revista de Direito Constitucional e Internacional, nº 31, p. 130.

⁴⁷ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 347.

serviços públicos *uti universi*. Outrossim, não se consegue visualizar base legal para excluir do seu âmbito de incidência os serviços prestados *uti singuli*, quer remunerados por taxa ou por tarifa”.

Parece-nos, todavia, não ser esta a posição mais acertada. Os serviços públicos não são propriamente gratuitos, já que propiciados pela receita do Estado, cuja geração não é espontânea. Na verdade, é gerada, dentre outros fatores, pela cobrança de tributos a que todos estão sujeitos.

Assim, parece-nos exigível do Poder Público, enquanto fornecedor, as mesmas imposições de qualidade, segurança e disponibilidade, exigíveis da iniciativa privada.

É o que defende Marcos Juruena Villela SOUTO ⁴⁸:

Ora, os serviços públicos são custeados por impostos (CF, art. 151, §5º e Lei nº 4.320/64) em geral, taxas, tarifas e, ainda, por meios alternativos, acessórios ou complementares e com eles não se confunde o exercício do poder de polícia ou a atividade regulatória do Estado, nas quais o Estado age com uso de supremacia sobre o particular; nem se confunde a prestação dos serviços públicos com a exploração direta da atividade econômica, na qual o Estado se insere num segmento reservado à iniciativa privada e, portanto, submetendo-se às mesmas regras e princípios que orientam a atividade econômica (CF, art. 170, inc. V, e art. 173, §1º). Não há, pois, serviço público gratuito. Ao equiparar o usuário ao consumidor, o Código não exigiu remuneração específica do serviço.

Para José Geraldo Brito FILOMENO ⁴⁹:

E aqui também vale, assim como para a iniciativa privada, e aliás com muito mais razão porque se trata de serviço público, a assertiva de que qualidade não é apenas a adequação do produto ou serviço às normas que regem sua fabricação ou prestação, mas também e principalmente a satisfação de seus destinatários, que têm sem sombra de dúvida o direito subjetivo público de exigir o seu efetivo cumprimento com qualidade, presteza, segurança, adequação, pontualidade etc.

⁴⁸ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Proteção do usuário de serviços públicos. Revista de Direito Constitucional e Internacional, nº 31, p. 131.

⁴⁹ FILOMENO, José Geraldo Brito. Comentários ao Código de Proteção do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 49.

Este não é o único fator a ser analisado a respeito da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos. Para alguns, o Código somente teria aplicação ao Estado, quando este estivesse desenvolvendo atividades econômicas, afastando-se a incidência do mencionado diploma legal na hipótese de prestação dos serviços públicos. Entretanto, sustentamos a plena aplicação da legislação consumerista à prestação dos serviços públicos.

De início, o art. 3º, do CDC, ao definir a figura do fornecedor, faz alusão às pessoas jurídicas de direito público, viabilizando a subsunção pretendida.

A mesma conclusão é trazida no Capítulo II do referido diploma legal, que institui a Política Nacional de Relações de Consumo. Assim está disposto:

Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios⁵⁰: (...)

II – ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

- a) por iniciativa direta;
- b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;
- c) pela presença do Estado no mercado de consumo;
- d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho;

(...)

VII – racionalização e melhoria dos serviços públicos.

Mais adiante, o art. 6º, inc. X, assim dispõe:

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

(...)

X – a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

E o art. 22, *caput*:

⁵⁰ A redação do “caput” foi dada pela Lei nº 9.008, de 21.03.95.

Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Adotando esta interpretação mais ampla do Código de Defesa do Consumidor, Antônio Herman BENJAMIN argumenta:

Não é mérito do art. 22 responsabilizar civilmente a Administração Pública pelos serviços de consumo. Tal decorre da própria inclusão do Estado no elenco dos sujeitos que compõem o gênero 'fornecedor' (art. 3º, caput). Na falta do art. 22, o Estado ainda seria responsável pelos serviços que prestasse, só que por força do art. 20. Portanto, a *ratio* principal da prescrição comentada é tão-só apartar o Estado do tratamento jurídico-padrão fixado para outros serviços de consumo. Mas nem por isso o preceito deixa de ter inovações. A primeira delas consiste em estabelecer uma obrigação especial de adequação, eficiência e segurança para os serviços públicos, independentemente da sua forma de prestação ou do sujeito que os forneça. Mostra que o legislador, pelo menos quanto aos serviços públicos, entendeu mais prudente repetir a regra geral imposta a todos os fornecedores (art. 4º, II, 'd'). A segunda inovação importante é a determinação de que os serviços essenciais – e só eles – devem ser contínuos, isto é, não podem ser interrompidos. Cria-se para o consumidor um direito à continuidade do serviço.

A aplicabilidade da legislação consumerista aos serviços públicos constitui-se num instrumento fundamental para a plena eficácia destes serviços. Segundo Ronaldo Porto MACEDO JÚNIOR ⁵¹:

[...] do ponto de vista principiológico isto significaria algo ainda mais importante. Isto importaria dizer que nós poderíamos aplicar a maneira de pensar que nós encontramos no Código de Defesa do Consumidor, ou seja, a maneira de pensar as medidas de razoabilidade de preço, as medidas de razoabilidade de qualidade, as medidas de razoabilidade de adequação, as medidas de razoabilidade de eficiência – enfim, todas essas medidas de qualidade dos serviços privados nós também deveríamos encontrar nos serviços públicos, através do mesmo método que o Código de Defesa do Consumidor trouxe para o moderno Direito Privado Brasileiro.

⁵¹ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. A Regulação e os Direitos do Consumidor. A Proteção dos Usuários de Serviços Públicos – A Perspectiva do Direito do Consumidor. Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 250.

3.2.2 Os Direitos dos Usuários

O já mencionado art. 22, do CDC, enuncia a obrigação dos serviços públicos serem adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Tal concepção da legislação consumerista assemelha-se à teoria administrativista da culpa ou da falta de serviço (*faute de service*). Segundo esta, configura-se a denominada falta de serviço, nas seguintes hipóteses: a) quando o serviço não funciona – sendo, portanto, ineficiente; b) quando funcional mal – sendo, portanto, inadequado; c) e, quando funciona tardiamente – sendo, portanto, descontínuo.

As conseqüências derivadas desta realidade são previstas no art. 22, §único, do mesmo diploma:

Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código.

Poderá, portanto, ser determinada a tutela específica ou a adoção de providências que assegurem o resultado prático equivalente à obrigação (art. 84, CDC), dentre elas, a multa cominatória prevista no §4º, do mesmo dispositivo:

Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o Juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º. A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º. A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (artigo 287 do Código de Processo Civil).

§ 3º. Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao Juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

§ 4º. O Juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º. Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o Juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

É de se observar que a demanda tanto poderá ser individual, quanto coletiva, havendo previsão expressa para a inversão do ônus da prova quando, “a critério do Juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência” (art. 6º, inc. VIII, CDC).

Destaca-se, também, os dispositivos relativos à participação do usuário, através da criação de Associações de Defesa do Consumidor (art. 5º., inc. V, CDC) e a previsão de uma Política Nacional das Relações de Consumo.

3.2.3 Regimes de Responsabilidade

O CDC adotou dois regimes distintos de responsabilidade: a) a responsabilidade independente de culpa para os fatos dos produtos e serviços (art. 12 e ss., CDC); b) e, a responsabilidade subjetiva, em se tratando de vícios dos produtos e serviços (art. 18 e ss., CDC).

No que tange à segurança, a disciplina é dada pelo art. 14, do CDC, havendo, portanto, responsabilidade independente da existência de culpa. Para esta hipótese, o Código amplia o conceito de consumidor, estendo, assim, a proteção à todas as vítimas do evento danoso (art. 17, CDC).

3.3 Lei das Licitações e dos Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/93)

A legislação sobre licitações e contratos administrativos traz dispositivos atinentes aos meios de proteção aos usuários dos serviços públicos, na hipótese destes serem prestados por particulares.

Assim, é previsto no diploma legal em análise o direito de informação, de impugnação ao edital e da audiência pública.

A participação popular é consagrada de forma expressa, conforme se verifica no art. 4º, *caput*, que assim estabelece:

Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o artigo 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta Lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

O art. 7º, § 8º, complementa o dispositivo acima:

Qualquer cidadão poderá requerer à Administração Pública os quantitativos das obras e preços unitários de determinada obra executada.

O art. 39, *caput*, dispõe sobre a obrigatoriedade das audiências públicas para obras de porte mais significativo:

Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no artigo 23, inciso I, alínea *c*, desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma **audiência pública** concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados (negritamos).

O art. 41, §1º, da mesma Lei, prescreve a possibilidade do edital de licitação ser impugnado por qualquer cidadão:

A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital ao qual se acha estritamente vinculada.

§1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no §1º, do art. 113.

A impugnação deve ser julgada e respondida no prazo de três dias.

3.4 Lei das Concessões e Permissões de Serviços Públicos (Lei n. 8.987/95)

A concessão de serviço público é definida por Celso Antônio Bandeira de MELLO ⁵² como instituto pelo qual o “Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço”.

Para o mesmo autor ⁵³, permissão é “o ato unilateral e precário, *intuitu personae*, através do qual o Poder Público transfere a alguém o desempenho de um serviço de sua alçada, proporcionando, à moda do que faz na concessão, a possibilidade de cobrança de tarifas dos usuários”.

A Lei n. 8.987/95, que disciplina as concessões e permissões de serviços públicos ⁵⁴, traz diversos dispositivos que visam à proteção dos usuários, estabelecendo direitos, dentre os quais, o de receber serviço adequado, informar-se e ser informado das condições a ele relativas, participar de sua administração, escolher o serviço dentre o de distintos prestadores, escolher o dia do vencimento de seus débitos.

Estabelece que os direitos ali assegurados são cláusulas essenciais do contrato de concessão (art. 23, inc. VI, da Lei n. 8.987/95).

Define, a aludida lei, o que vem a ser um serviço adequado. Nesse sentido, dispõe o art. 6º, do referido diploma:

⁵² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 622.

⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 672.

⁵⁴ As concessões dos serviços de telecomunicações, contudo, são regidas pela Lei Geral das Telecomunicações (Lei n. 9.472/97).

Art. 6º. Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

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

§ 2º. A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

§ 3º. Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso quando:

- I – motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e,
- II – por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

No art. 7º, elenca-se os direitos e obrigações dos usuários, ressaltando, expressamente, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90).

Assim está disposto:

Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei 8.078/90, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:

I – receber serviço adequado;

II – receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos;

III – obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente⁵⁵;

IV – levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado;

V – comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço;

VI – contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços.

O art. 23, inc. XV, prevê o modo amigável de solução de divergências contratuais. Trata-se de evidente inovação em relação ao Código de Defesa do Consumidor que veda a solução arbitral.

Foi instituída, no art. 25, *caput*, a responsabilidade das concessionárias pelos serviços prestados:

⁵⁵ Inciso III com redação dada pela Lei nº 9.648/98.

Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenuie essa responsabilidade.

A responsabilidade das concessionárias não exime a responsabilidade subsidiária do poder concedente, haja vista sua incumbência de caráter fiscalizatório.

3.5 Agências Reguladoras de Serviços Públicos

As agências reguladoras de serviços públicos são órgãos destinados à preservação do equilíbrio nas relações jurídicas existentes entre os prestadores de serviços públicos e seus usuários. Exercem, portanto, atividade de regulação do mercado. Segundo Paulo Roberto Ferreira MOTTA: “Este conflito de interesses privados e coletivos poderá ser resolvido pela implementação dos interesses políticos do Estado, mediante o atuar das agências reguladoras [...]”⁵⁶

No Brasil, as agências reguladoras foram instituídas a partir da década de 90, diante de um cenário econômico de supressão às restrições ao capital estrangeiro e de flexibilização dos monopólios estatais, tais como o do gás e das telecomunicações (Emenda Constitucional n. 09). As atividades, antes desenvolvidas pelo Estado, deixaram de ser estatais, mas, como visto, continuam a serem públicas.

Às agências reguladoras compete o exercício das seguintes atribuições⁵⁷:

⁵⁶ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. Agências reguladoras de serviços públicos. Curitiba, 2000. 231p. Dissertação (Mestrado em Direito), Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, p. 42.

⁵⁷ Segundo Alketa PECCI e Bianor CAVALCANTI: “As agências devem considerar que estão lidando com atores desiguais. As concessionárias e o próprio Governo apresentam muito mais força e poder de articulação que os usuários desorganizados e desarticulados dos serviços públicos. Conseqüentemente, para que o equilíbrio tão desejado seja alcançado, não pode e não deve dar-se a todos os atores um tratamento igual. Se o usuário não procura as agências, nas audiências e consultas públicas, não liga para a central de atendimento grátis etc., cabe à agência ir até o usuário” (PECCI Alketa e CAVALCANTI Bianor Scelza. A Outra Face da Regulação. O Cidadão-Usuário de Serviços Públicos no Novo Modelo Regulatório Brasileiro. Revista de Direito Público da Economia, n. 03, p. 26).

- a) Instituir regras e procedimentos;
- b) Controlar as tarifas;
- c) Promover a universalização dos serviços;
- d) Assegurar a competitividade ou impedir abusos;
- e) Fiscalizar o cumprimento dos contratos, zelando pela qualidade dos serviços, à luz do princípio da eficiência, que norteia as atividades da administração pública;
- f) Arbitrar conflitos, porventura existentes, estabelecidos entre o poder concedente, as concessionárias e os usuários. Neste ponto, cumpre-se ressaltar que, o direito brasileiro não exclui a apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXV, CF), como ocorre em outros países em que as agências reguladoras exercem um poder “quase judicial”.

A Lei n. 9472/97, que instituiu a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), em seu art. 2º., atribui ao Poder Público o dever de assegurar a todos, indiscriminadamente, o acesso ao serviço público de telecomunicações, em condições de razoabilidade de preços e, ainda, de promover a competição entre os prestadores dos aludidos serviços.

Estabeleceu também os direitos dos usuários dos serviços de telecomunicações:

Art. 3º. O usuário de serviços de telecomunicações tem direito:

- I – de acesso aos serviços de telecomunicações, com padrões de qualidade e regularidade adequados à sua natureza, em qualquer ponto do território nacional;
- II – à liberdade de escolha de sua prestadora de serviço;
- III – de não ser discriminado quanto às condições de acesso e fruição do serviço;
- IV – à informação adequada sobre as condições de prestação dos serviços, suas tarifas e preços;
- V – à inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucionais e legalmente previstas;
- VI – à não divulgação, caso o requeira, de seu código de acesso;
- VII – à não suspensão de serviço prestado em regime público, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização ou por descumprimento de condições contratuais;
- VIII – ao prévio conhecimento das condições de suspensão do serviço;

- IX – ao respeito de sua privacidade nos documentos de cobrança e na utilização de seus dados pessoais pela prestadora do serviço;
- X – de resposta às suas reclamações pela prestadora de serviço;
- XI – de peticionar contra a prestadora do serviço perante o órgão regulador e os organismos de defesa do consumidor;
- XII – à reparação dos danos causados pela violação de seus direitos.

Em seu art. 79, adota expressamente os princípios da universalização e da continuidade:

Art. 79. A Agência regulará as obrigações de universalização e de continuidade atribuídas às prestadoras de serviço no regime público.

§ 1º. Obrigações de universalização são as que objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição sócio-econômica bem como as destinadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público.

§ 2º. Obrigações de continuidade são as que objetivam possibilitar aos usuários dos serviços sua fruição de forma ininterrupta, sem paralisações injustificadas, devendo os serviços estar à disposição dos usuários, em condições adequadas de uso.

O art. 81 do mesmo diploma legal prevê, também, a criação de um fundo especial, constituído por recursos públicos e privados, destinado a auxiliar na efetiva universalização dos serviços.

As agências reguladoras possuem natureza jurídica de autarquias especiais e, por conseqüência, exercem funções típicas do Estado (poder de polícia e fomento da iniciativa privada). São criadas através de lei de iniciativa do Poder Executivo. O caráter especial destas autarquias deve-se, dentre outros, à ampla autonomia econômico-financeira e à estabilidade de seus dirigentes.

Em tese, as agências reguladoras exercem, com algumas nuances, funções normativas, administrativas e jurisdicionais.

Os presidentes das agências são nomeados pelo Presidente da República, sujeitando-se à aprovação do Senado Federal. Possuem mandato fixo e não podem ser demitidos, salvo nas hipóteses legais. Findo o mandato, sujeitam-se à “quarentena”.

No que se refere aos procedimentos de controle, adotados pelas agências reguladoras no Brasil, há que se ressaltar que devem observância ao princípio do

contraditório. Valem-se das audiências públicas e dos mecanismos de participação popular.

3.6 Casuística

Há situações de vulnerabilidade dos usuários dos serviços públicos que vêm sendo sedimentadas pela jurisprudência.

Os julgados vêm firmando entendimento no sentido da impossibilidade de interrupção do serviço público, em razão do inadimplemento, oportunizando ao prestador dos serviços, a cobrança judicial para a satisfação do seu crédito.

Vejamos ementa de acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça⁵⁸:

ADMINISTRATIVO – AGRAVO REGIMENTAL – RECURSO ESPECIAL – ENERGIA ELÉTRICA – SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL – CORTE DE FORNECIMENTO – CONSUMIDOR INADIMPLENTE – IMPOSSIBILIDADE – Esta Corte vem reconhecendo ao consumidor o direito da utilização dos serviços públicos essenciais ao seu cotidiano, como o fornecimento de energia elétrica, em razão do princípio da continuidade (CDC, art. 22). – O corte de energia, utilizado pela Companhia para obrigar o usuário ao pagamento de tarifa em atraso, extrapola os limites da legalidade, existindo outros meios para buscar o adimplemento do débito. – Precedentes. – Agravo regimental improvido. (STJ – AGRESP – 298017 – MG – 1ª T. – Rel. Min. Francisco Falcão – DJU 27.08.2001 – p. 00230).

E, neste mesmo sentido, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

TAXA DE ÁGUA E ESGOTO – PAGAMENTO – ART. 22 – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – MANDADO DE SEGURANÇA – Administrativo. Abastecimento de água potável. Princípio da continuidade do serviço público essencial. Inadimplência do usuário. Mandado de segurança para restabelecer o fornecimento de água. Código de Proteção ao consumidor. Serviço público essencial, como abastecimento de água potável, prestado por órgão público ou por suas

⁵⁸ E, ainda: “CORTE NO FORNECIMENTO DE ÁGUA – INADIMPLÊNCIA DO CONSUMIDOR – ILEGALIDADE – 1. É ilegal a interrupção no fornecimento de energia elétrica, mesmo que inadimplente o consumidor, à vista das disposições do Código de Defesa do Consumidor que impedem seja o usuário exposto ao ridículo. 2. Deve a concessionária de serviço público utilizar-se dos meios próprios para receber os pagamentos em atrasos. 3. Recurso não conhecido” (STJ – RESP 122812 – ES – 1ª T. – Rel. Min. Milton Luiz Pereira – DJU 26.03.2001 – p. 00369).

empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer forma de empreendimento, está sujeito ao princípio da continuidade, não podendo ser interrompido pelo atraso do usuário no pagamento da taxa ou tarifa, (aplicação do Código de Defesa do Consumidor, artigo 22). Cabe ao fornecedor do serviço cobrar o débito pela via adequada. Concessão do mandado de segurança para restabelecer o fornecimento de água, em grau de apelação. (TJRJ – AC 6179/96 – (Reg. 040297) – Cód. 96.001.06179 – Barra Mansa – 7ª C. Cív. – Rel. Des. Asclepiades Rodrigues – J. 10.12.1996).

Prevalece o entendimento de que a responsabilidade do prestador de serviços públicos, pela interrupção indevida dos serviços, é de natureza objetiva. Foi o que decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

INDENIZAÇÃO – SERVIÇO TELEFÔNICO – SUSPENSÃO INDEVIDA – DANOS MATERIAIS E MORAIS – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – 1. A prestadora de serviços que suspende o fornecimento de serviço telefônico porque a casa lotérica deixou de lhe repassar o crédito de conta recebida, responde com culpa *in eligendo* pelos danos causados. O usuário não pode ser prejudicado pela demora da prestadora do serviço em inteirar-se do pagamento por ele feito junto à casa lotérica autorizada a recebê-lo. 2. É objetiva a responsabilidade da concessionária de serviço público, cabendo-lhe indenizar os danos materiais produzidos exclusivamente pela ilegal suspensão do serviço de telefonia. Negar provimento ao recurso. Maioria. (TJDF – ACJ 20000110363018 – 1ª T.R.J.E. – Rel. Des. Antoninho Lopes – DJU 14.02.2002 – p. 184).

No caso de delegação dos serviços públicos, o Estado mantém sua responsabilidade solidária. É o que se constata no julgado do Superior Tribunal de Justiça, indicado na ementa abaixo transcrita:

DIREITO ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL – ARTIGOS 23, INCISO VI E 225, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO – SOLIDARIEDADE DO PODER CONCEDENTE – DANO DECORRENTE DA EXECUÇÃO DO OBJETO DO CONTRATO DE CONCESSÃO FIRMADO ENTRE A RECORRENTE E A COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO – SABESP (DELEGATÁRIA DO SERVIÇO MUNICIPAL) – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DANO AMBIENTAL – IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO POR ATO DE CONCESSIONÁRIO DO QUAL É FIADOR DA REGULARIDADE DO SERVIÇO CONCEDIDO – OMISSÃO NO DEVER DE FISCALIZAÇÃO DA BOA EXECUÇÃO DO CONTRATO PERANTE O POVO –

RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA RECONHECER A LEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO – I – O Município de Itapetininga é responsável, solidariamente, com o concessionário de serviço público municipal, com quem firmou ‘convênio’ para realização do serviço de coleta de esgoto urbano, pela poluição causada no Ribeirão Carrito, ou Ribeirão Taboãozinho. II – Nas ações coletivas de proteção a direitos metaindividuais, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a responsabilidade do poder concedente não é subsidiária, na forma da novel lei das concessões (Lei nº 8.987 de 13.02.95), mas objetiva e, portanto, solidária com o concessionário de serviço público, contra quem possui direito de regresso, com espeque no art. 14, § 1º da Lei nº 6.938/81. Não se discute, portanto, a liceidade das atividades exercidas pelo concessionário, ou a legalidade do contrato administrativo que concedeu a exploração de serviço público; o que importa é a potencialidade do dano ambiental e sua pronta reparação. (STJ – RESP – 28222 – SP – 2ª T. – Relª p/o Ac. Minª Nancy Andrighi – DJU 15.10.2001 – p. 00253).

Na hipótese de danos causados por particular que presta, mediante terceirização, um serviço público gratuito (p. ex., as organizações sociais), há responsabilidade solidária do Estado, em razão de o particular agir em nome do próprio Estado.

No caso dos serviços de transporte, embora haja aplicação da responsabilidade objetiva, por força do Decreto n. 2.681/12, a jurisprudência tem admitido a exclusão da responsabilidade por motivos de caso fortuito ou de força maior.

CONCLUSÃO

1. A crise do Estado Social provocou uma mudança paradigmática do Estado Contemporâneo, preponderando, neste novo cenário, a ideologia neoliberal, calcada no reducionismo estatal.
2. O chamado Estado Neoliberal trouxe significativos reflexos no modelo de Administração Pública, passando esta a ter estrutura e custos reduzidos, afastando-a da prestação direta dos serviços públicos.
3. Cria-se, nesse contexto, um espaço público não estatal, onde entes privados passam a executar serviços públicos, antes de incumbência do Estado.
4. Os serviços públicos são meios de concretização dos direitos fundamentais, devendo, por isso, ser universais, adequados, atuais e contínuos.
5. Os entes privados, prestadores de serviços públicos, visam ao lucro e não a universalização dos serviços, o que destoa da efetivação dos direitos fundamentais e intensifica a exclusão social.
6. Não havendo regulação adequada, o foco de atuação estatal é desviado dos cidadãos, titulares de direitos e efetivos destinatários das prestações estatais, para o mercado, sendo o Estado um guardião de seus interesses.
7. A adequada oferta de serviços públicos é da responsabilidade do Estado, não havendo possibilidade de renúncia a este dever. Apenas a sua execução pode ser delegada.

8. A prestação de serviços públicos pela iniciativa privada impõe ao Estado o dever de intervenção, fiscalização e controle, impedindo que os interesses privados se sobreponham ao interesse público e aos direitos fundamentais.
9. Onde não houver interesse privado na prestação de serviços essenciais, por se tratar de segmento deficitário, deve o Estado prestar diretamente este serviço, garantindo a universalidade no atendimento.
10. A Administração Pública não pode ser gerida sob a ótica exclusiva da redução do déficit fiscal, sob pena de não se promover a igualdade material.
11. O princípio da eficiência deve ser interpretado à luz dos demais princípios constitucionais, dentre eles, o da dignidade da pessoa humana.
12. A situação de vulnerabilidade dos cidadãos deve ser superada através dos mecanismos de regulação estatais e sociais, voltados à proteção dos usuários e potencialmente usuários dos serviços públicos, assegurando-lhes a efetividade de seus direitos fundamentais.
13. Em que pese a existência de diversos mecanismos assecuratórios dos direitos dos usuários dos serviços públicos, ainda não se consolidou, no Brasil, um sistema regulatório apto a proporcionar a satisfação das necessidades básicas dos usuários destes serviços.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BENJAMIN, Antônio Herman. **Comentários ao Código de Proteção do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2001.

FARIA, José Eduardo. **Democracia e governabilidade: os direitos humanos à luz da globalização econômica**. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e globalização: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996, pp. 127-160.

FREITAS, Juarez. **A proteção do consumidor de serviços públicos e o novo regime em face da Emenda Constitucional n. 19/98**. ILC, n. 53, 1998, p. 622-630.

_____. **O Controle Social e o Consumidor de Serviços Públicos**. In: *Revista Trimestral de Direito Público* n. 23. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 24-31.

GALBRAITH, John Kenneth. **O pensamento econômico em perspectiva: uma história crítica**. São Paulo: Pioneira/ Editora da USP, 1987.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2001.

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

IDEC Defesa do Consumidor. **A Proteção ao Consumidor de Serviços Públicos**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização Econômica, Política e Direito. Análise das mazelas causadas no plano político-jurídico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LIMA, Vivian Cristina. **Administração Pública Contemporânea: O Usuário de Serviço Público e a Dignidade da Pessoa Humana**. Dissertação de Mestrado apresentada no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, em 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direito do Consumidor e Privatização**. RDC n. 26, pp. 119-124.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. A Regulação e os Direitos do Consumidor. A Proteção dos Usuários de Serviços Públicos – A Perspectiva do Direito do Consumidor. **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Privatização e serviços públicos. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 22, p. 172-180.

MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração pública**. Coimbra: Coimbra Ed., 1997.

MOTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências Reguladoras de Serviços Públicos**. Curitiba, 2000. 231p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós – Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

PECI Alketa e CAVALCANTI Bianor Scelza. A Outra Face da Regulação. O Cidadão-Usuário de Serviços Públicos no Novo Modelo Regulatório Brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia**, n. 03, p. 09-31.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A reforma do estado: lógica e mecanismos de controle. In: **Cadernos do MARE**, n. 01, Brasília: MARE, 1997.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **O direito de reclamação da administração pública burocrática à gerencial**. Dissertação de Mestrado apresentada no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, em 2001.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Proteção do usuário de serviços públicos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 31, p. 122-145.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Teoria da Constituição Econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.