

PAINEL VI

SERVIÇOS PÚBLICOS E ATIVIDADE  
ECONÔMICA COMO MEIOS  
DE DESENVOLVIMENTO



# SERVIÇO PÚBLICO, DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E A NOVA CONTRATUALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O DESAFIO NA SATISFAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS\*

VIVIAN LIMA LÓPEZ VALLE

Dentro do tema proposto para este colóquio, Serviço Público e Atividade Econômica como Meios de Desenvolvimento, e voltada à premissa de que o Estado Social é um Estado com ambição e proposta de oferecer o bem-estar a seus cidadãos,<sup>1</sup> propõe-se aqui uma reflexão sobre as possibilidades de desenvolvimento e materialização de direitos fundamentais através da prestação de serviços públicos e a sua realização por um novo modelo contratual de Administração Pública, o contrato de parceria público-privada.

---

\* Palestra apresentada no I CONGRESSO DA REDE DOCENTE EUROLATINO-AMERICANA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, no painel “Serviços públicos e atividade econômica como meios de desenvolvimento”, às 10h do dia 24.02.2011, na Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

<sup>1</sup> Entende-se que, excetuando-se o Estado Absoluto, os demais modelos de Estado objetivam o bem-estar de seus cidadãos, variando a sua caracterização em face de concepções históricas e políticas em cada modelo. Assim, do Estado Liberal, passando pelo Estado Social e atingindo o Estado Neoliberal, a noção de bem-estar permanece presente. O que muda são as visões que se imprimem ao bem-estar, o papel do Estado na sua promoção e os sujeitos destinatários de sua ação.

Para tanto se faz necessária a divisão do presente ensaio em três linhas de pensamento: 1. o serviço público; 2. o novo modelo contratual da Administração Pública através da parceria público-privada; 3. a promoção do desenvolvimento econômico através da materialização dos direitos fundamentais.

## 1 O serviço público

O serviço público desenvolveu-se sob o signo da preocupação com os menos favorecidos, como espécie de resposta ao individualismo possessivo do liberalismo econômico. Por isso, sua maior ou menor prestação pelo Estado relaciona-se essencialmente com a visão de Estado que se pretende para o século XXI e com a maior ou menor projeção dos direitos sociais e de sua efetividade na sociedade.

Pela noção de serviço público consegue-se obter um ponto de referência e de aglutinação de normas aplicáveis a certas situações, consolidando um dado regime de prestação. Tais situações necessariamente ligam-se ao pressuposto da relevância da atividade para a sociedade e da impossibilidade de seu exercício livre pelo mercado.

Pode-se definir o estudo do serviço público como o estudo do elemento nuclear das definições do próprio Estado. Quando se questiona o papel do Estado no século XXI, necessariamente se discute a sua feição intervencionista, e acaba-se questionando também a própria identidade do serviço público.

Contudo, importante destacar que o questionamento não pode residir na noção de serviço público em si, mas no papel de Estado prestador de serviços públicos. Ou seja, o que está em discussão é o modelo de Estado Social e a prestação pelo Estado de inúmeros serviços públicos, os quais asseguram direitos sociais constitucionalmente tutelados. O que está em jogo é o modo através do qual o Estado prestará estes serviços públicos.

A ideia essencial de serviço público é de prestação, necessariamente devendo haver ligação com o ente estatal, onde a fiscalização da atividade é atribuição do poder público competente, e o regime jurídico é o elemento formal da noção de serviço público.

Serviço público é atividade material destinada ao atingimento do interesse público, permeada pelas ideias de necessidade e essencialidade e pela defesa intransigente da efetividade e materialização dos direitos sociais estabelecidos na Constituição de 1988, especialmente aqueles ligados ao mínimo existencial e à proposta da dignidade da pessoa humana.

O conceito de serviço público está intimamente relacionado com o papel do Estado, com a intensidade de sua intervenção na economia e com a definição de suas atividades tidas como precípuas. Seu conceito deriva da forma proposta de Estado num dado período histórico, dependendo da concepção política retirada da realidade concreta de uma sociedade. Por tal razão Marçal Justen Filho afirma a relatividade conceitual, pois nele estão refletidas as características de um ordenamento jurídico num certo momento.<sup>2</sup>

A categoria “serviço público” é, em geral, classificada a partir da distinção do seu exercício e do desempenho das atividades econômicas do Estado. Celso Antônio Bandeira de Mello descreve a dificuldade de formular essa conceituação, visto que se trata de definição residual à de atividade econômica, e alerta que esta noção “certamente não é rigorosa; não se inclui entre os conceitos chamados teóricos, determinados. Antes, encarta-se entre os que são denominados conceitos práticos, fluidos, elásticos, imprecisos ou indeterminados”.<sup>3</sup>

Nessa esteira de reflexão, a Constituição brasileira de 1988 consagrou, no Capítulo “Da Ordem Econômica”, a ideia de liberdade e de limitação da intervenção do Estado na economia, protegendo e garantindo a propriedade privada.<sup>4</sup>

Eros Grau proclama o serviço público como uma modalidade de atividade econômica. Na sua visão, a intervenção direta no domínio econômico pelo Estado, na sistemática da Constituição brasileira de 1988, far-se-ia através de duas modalidades: o exercício de atividade econômica em sentido estrito, regida pelo direito privado, e a prestação de serviços públicos, orientada pelo direito público, onde, em face da dificuldade na distinção entre um e outro, serviço público seria uma espécie do gênero atividade econômica.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 16-17.

<sup>3</sup> No entanto, para o autor “embora tais conceitos comportem uma faixa de incerteza, é certo, entretanto, que existe uma zona de certeza positiva quanto à aplicabilidade deles e uma zona de certeza negativa quanto à não aplicabilidade deles. Vale dizer, em inúmeros casos ter-se-á certeza que indubiosamente se estará perante ‘atividade econômica’, tanto como, em inúmeros outros, indubiosamente, não se estará perante ‘atividade econômica’. Em suma, o reconhecimento há de ser feito ao lume de critérios e padrões vigentes em dada época e Sociedade, ou seja, em certo tempo e espaço, de acordo com a inteligência que nela se faz do que sejam ‘esfera econômica’ (âmbito da livre iniciativa) e a esfera das atividades existenciais à Sociedade em um momento dado e que, por isto mesmo, devem ser prestadas pelo próprio Estado ou criatura sua (‘serviços públicos’)” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 640-641).

<sup>4</sup> Nesse sentido GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003 e, JUSTEN FILHO. *Teoria geral das concessões de serviço público*, *op. cit.*, p. 17.

<sup>5</sup> GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros. p. 123 et seq.

Marçal Justen Filho, sobre essa conclusão, alude que o serviço público “não é um conceito que pode ser diferenciado de modo absoluto de atividade econômica, porque apresenta caracteres econômicos. É possível, isto sim, diferenciar serviço público de uma concepção mais restrita de atividade econômica”.<sup>6</sup>

De todo modo, apresenta-se indiscutível que serviço público envolve a ideia de prestação. Alguns elementos são intrínsecos à sua noção e embasam seu conceito clássico. Tradicionalmente, o serviço público sempre foi dividido em três aspectos, os quais serão sucintamente abordados.

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.

Com base nessas premissas, a doutrina trabalha de modo diverso o seu conceito. Cassagne estabelece que serviço público é a prestação individualizada de atividades tendentes a satisfazer necessidades primordiais e diretas dos habitantes, cuja titularidade o Estado assume como próprias.<sup>7</sup> É um conceito restrito porque se atém à prestação, considerando-a somente enquanto individualizada e direta.

Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que serviço público é atividade de oferecimento ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes,

<sup>6</sup> JUSTEN FILHO. *Teoria geral das concessões de serviço público*, op. cit., p. 19.

<sup>7</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. 5. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996. t. II.

em face de serem reputadas imprescindíveis à sociedade, sob um regime de direito público.<sup>8</sup>

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, serviço público é toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, em face de uma dada necessidade pública, sob regime total ou parcial de direito público.<sup>9</sup>

Na realidade, sendo amplo ou restrito o conceito, abrangendo prestação direta ou indireta, a noção de serviço público possui na sua razão de ser a satisfação de um interesse comum, de uma necessidade da coletividade, e como tal deve ser encarada.

Hely Lopes Meirelles identifica os serviços públicos através da definição de atividades essenciais e de outras passíveis de delegação, utilizando-se da classificação dos serviços públicos em próprios e impróprios.<sup>10</sup>

Nessa perspectiva, o que define um serviço como público não é nem o elemento formal nem o elemento subjetivo, mas o elemento material, consubstanciado na essencialidade daquela atividade para a sociedade, na sua relevância e importância num dado momento histórico.

É importante frisar que, em que pese o serviço público se traduza em uma opção política, o legislador tem pouca autonomia na sua configuração, vez que somente se apresenta válido identificar uma atividade como serviço público se ela preencher alguns pressupostos, onde a essencialidade estaria intimamente ligada com a dignidade da pessoa humana.<sup>11</sup> Se, diversamente, for verificada atividade legislativa sem esse contorno, estar-se-á diante da irrazoabilidade legislativa, portanto, reprovável pelo ordenamento jurídico.

Como exemplo de serviços essenciais, pode-se citar os serviços públicos denominados próprios, ofertados diretamente pelo Estado, usando o poder de império sobre os cidadãos. A sua natureza não permite que sejam prestados mediante delegação por serem incompatíveis com o elemento lucro auferido pela iniciativa privada, e com interesses particulares diversos do interesse público e do bem comum.<sup>12</sup> Não

<sup>8</sup> MELLO. *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 616.

<sup>9</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 99.

<sup>10</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 306.

<sup>11</sup> Esse é o entendimento de JUSTEN FILHO. *Teoria geral das concessões de serviço público*, op. cit., p. 21 et seq.

<sup>12</sup> Exemplos claros são os serviços de segurança pública, defesa nacional, preservação da saúde pública, iluminação pública.

são serviços de consumo, geralmente são serviços gratuitos ou de remuneração extremamente módica, para se tornarem acessíveis a toda a população. São mantidos pelos tributos em geral e são também chamados de serviços *uti universi*. Os seus destinatários compreendem toda a coletividade, sem individualização. São indivisíveis e a coletividade frui indiretamente os seus benefícios.

Existem ainda as atividades passíveis de delegação, que seriam aquelas compreendidas entre os serviços impróprios, os quais não possuem a mesma conotação de essencialidade que os próprios. São os serviços *uti singuli*, cujos beneficiários são individualizados, a prestação é divisível e a fruição é direta.<sup>13</sup> Satisfazem necessidades e conveniências dos cidadãos e podem ser atendidos pelo próprio Estado ou, por delegação a terceiros (concessões, permissões ou autorizações), e a retribuição é feita mediante uma remuneração mensurável ao consumo individual do serviço (taxas ou tarifas). É nesse contexto que se insere o tema colocado em debate.

A delegação de serviços públicos apresenta-se atualmente cada vez mais como instrumento de satisfação de direitos fundamentais, especialmente considerando a incapacidade ou ausência de condições econômicas do Estado em atuar em diversos setores importantes para o desenvolvimento da sociedade, tais como geração e distribuição de energia e logística de transportes, para citar dois exemplos. A delegação da execução de atividades a particulares através de concessão de serviço público é necessária e merece atenção especial quando se trata do contrato de parceria público privada.

As atividades delegadas envolvem ou pelo menos não excluem a busca do elemento lucro, e por isso podem ser prestadas por particulares. O Estado, mantendo a sua titularidade, pode permitir o seu desempenho direto pela iniciativa privada, mas não pode se omitir na intervenção, na fiscalização e no controle de sua execução, no intuito de garantir que o elemento “lucro” não se sobreponha aos valores de dignidade do usuário, igualdade na prestação, e aos direitos fundamentais do cidadão.

Cabe ainda trazer à colação alguns aspectos sobre o regime jurídico incidente sobre a categoria “serviço público”. Na visão clássica, o regime jurídico de *direito público* é reputado indispensável para caracterização do serviço público. Constitui-se na base do sistema jurídico, dos princípios e normas de direito administrativo e constitucional, resultando no sentido e racionalidade do sistema, fulcrada na juridicidade. Apresenta-se

<sup>13</sup> Podem ser citados os serviços de telefonia, água e energia elétrica.



indiscutível a sua aplicação exatamente por tratar-se de *munus público*, de interesse público, o qual, nesse contexto, necessariamente está ligado a um regime de direito público.<sup>14</sup>

Esses, então, são os delineamentos do serviço público, permeados pela noção de essencialidade, pela ideia de vínculo com o Estado e por um regime jurídico de direito público específico. São os pilares com que se construiu, na modernidade, a teoria sobre os serviços públicos. No entanto, em muitos aspectos da realidade contemporânea, apresentam insuficiência para regular a todas as situações e atender as demandas em sua plenitude, especialmente considerando a nova contratualização da Administração Pública.

## 2 O novo modelo contratual da Administração Pública através do contrato de parceria público-privada

O contrato de parceria público-privada entrou em discussão no cenário nacional e no mundo acadêmico com maior força a partir do advento da Lei nº 11.079/2004, que instituiu as normas gerais para a contratação do referido modelo no âmbito da Administração Pública.

O tema parcerias público-privadas tem como seu objetivo primordial colocar a iniciativa privada, junto com o Estado, na função de prestar serviços que anteriormente somente a ele era inerente, o que não é necessariamente uma novidade. Dentro dessa perspectiva, foi editada a Lei nº 11.079/2004 para viabilizar parcerias que seriam interessantes, de acordo com as experiências internacionais, para a Administração Pública.

Seguindo os ensinamentos de Carlos Ari Sundfeld, pode-se afirmar que para a viabilização de tais parcerias faltavam: (i) *regras que disciplinassem o oferecimento pelo concedente a concessionários de*

<sup>14</sup> “Não podemos concordar com a idéia de desvincular o serviço público do regime jurídico administrativo. Afinal, a Constituição de 1988 inaugurou um capítulo dedicado à Administração Pública. Se uma das pedras de toque do Estado de Direito é a fixação de um regime jurídico constitucional-administrativo, a Lei Fundamental optou por consagrar um regime jurídico constitucional-administrativo, fundado em princípios constitucionais expressos... Estes princípios devem ser entendidos como de obediência obrigatória não somente pela Administração Pública em sentido subjetivo... mas também pela Administração Pública em sentido objetivo, da atividade administrativa, que inclui o serviço público” (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade: serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. *Interesse Público – IP*, Porto Alegre, ano 4, n. 16, p. 18-19, out./dez. 2002).

*serviço ou obra pública de garantia de pagamento de adicional de tarifa, (ii) criação de condições jurídicas que disciplinassem outros contratos, que não os disciplinados pela Lei de Concessões, para que os particulares assumissem os encargos de investir e de implantar infraestrutura estatal e depois mantê-la, fazendo-a cumprir seus fins e sendo remunerados a longo prazo.*

Dessa forma, surgiram as parcerias público-privadas em sentido estrito, as quais são disciplinadas pela Lei Federal nº 11.079/2004 e divididas em duas modalidades, quais sejam, concessão patrocinada e concessão administrativa, com o objetivo primordial de gerar compromissos estatais firmes e de longo prazo.

Portanto, pode-se afirmar que as parcerias público-privadas em sentido estrito são os vínculos negociais estabelecidos entre Administração Pública e particular que adotem as formas de concessão patrocinada e de concessão administrativa, na forma estabelecida na Lei Federal nº 11.709/2004.

Marçal Justen Filho<sup>15</sup> caracteriza as parcerias público-privadas como um “contrato organizacional, de longo prazo de duração, por meio do qual se atribui a um sujeito privado o dever de executar obra pública e (ou) prestar serviço público, com ou sem direito a remuneração, por meio da exploração da infraestrutura, mas mediante uma garantia especial e reforçada prestada pelo Poder Público, utilizável para obtenção de recursos no mercado financeiro”.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro,<sup>16</sup> englobando as duas modalidades de parceria público-privada, a define como um contrato administrativo de concessão que “tem por objeto (a) a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público, ou (b) a prestação de serviço que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta, com ou sem execução de obra e fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público”.

A concessão patrocinada, segundo os ensinamentos de Luiz Alberto Blanchet,<sup>17</sup> é a concessão de serviços públicos ou obras públicas prevista na Lei nº 8.987/95 quando, além da remuneração mediante aplicação da tarifa para cobrança dos usuários, houver desembolso por parte do Poder Público.

<sup>15</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 549.

<sup>16</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 161.

<sup>17</sup> BLANCHET, Luiz Alberto. *Parcerias público-privadas*. 2. tiragem. Curitiba: Juruá, 2006. p. 22.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro,<sup>18</sup> identificando que a distinção entre concessão de serviço público e concessão patrocinada é de regime jurídico e não propriamente conceitual, define o referido modelo de PPP como: “contrato administrativo pelo qual a Administração Pública (ou o parceiro público) delega a outrem (o concessionário ou parceiro privado) a execução de um serviço público, precedida ou não de obra pública, para que o execute, em seu próprio nome, mediante tarifa paga pelo usuário, acrescida de contraprestação pecuniária paga pelo parceiro privado”.

Já a concessão administrativa, novamente seguindo os ensinamentos de Luiz Alberto Blanchet,<sup>19</sup> é o contrato de prestação de serviços “cujo objeto terá como usuário direto ou indireto a Administração Pública, os pagamentos serão devidos integralmente pelo parceiro público e não custeados mediante cobrança de preços baseados em tarifas”.

Marçal Justen Filho<sup>20</sup> esclarece que a concessão administrativa envolve os casos onde não há serviço público e que tenham por objeto a construção pelo particular de uma infraestrutura necessária ao desempenho de uma atividade estatal, alertando, no entanto, que tal contrato não se confunde com a contratação sujeita na Lei de Licitações e Contratos Administrativos — Lei nº 8.666/93 — em razão de o particular somente começar a receber após concluída e entregue a obra ao parceiro público.

A proposta de trabalho nos contratos de parceria público-privada pressupõe um modelo contemporâneo de Administração Pública, uma perspectiva evolucionista onde a condição da autoridade não mais aparece nos mesmos moldes tradicionais.

Dito de outra forma, as novas formas contratuais administrativas pressupõem muito mais negociação do que imposição, muito menos prerrogativa e mais consenso.

A nova contratualização administrativa substitui em parte o modelo da imposição pelo da negociação e com isso a verticalização entre a Administração Pública e o particular nas relações contratuais é fortemente atenuada.

É nesse contexto que parcerias públicas com o espaço privado serão e estão sendo realizadas, de modo a viabilizar a prestação dos serviços públicos.

<sup>18</sup> DI PIETRO. *Parcerias na Administração Pública...*, op. cit., p. 162.

<sup>19</sup> BLANCHET. *Parcerias Público-Privadas*, op. cit., p. 22.

<sup>20</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. A PPP brasileira e as lições do passado. In: TALAMINI Eduardo, JUSTEN, Mônica Spezia (Coord.). *Parcerias Público-Privadas um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 19.

As parcerias público privadas inauguram uma nova figura empregada pelo setor público no campo negocial, a qual visa instituir e formalizar uma relação jurídica entre a Administração Pública e os particulares com bases normativas diversas da Lei de Licitações e da Lei de Concessões.

O objetivo é conceber, planificar, financiar, construir e operar projetos de infraestrutura, inserindo-se num cenário de escassez de recursos orçamentários e de uma necessidade de projetos em áreas como transporte, saneamento e energia. A grande característica é a ampliação das bases de negociação das cláusulas contratuais que irão estabelecer a regulamentação dos interesses dos parceiros, sem o enfraquecimento do negócio jurídico.

Se é fato que uma das linhas de transformação do direito administrativo é a abertura no campo estatal da imperatividade, para consideráveis espaços de consensualidade, também deve ser destacado a necessidade de preservação do regime juspublicístico nos contratos administrativos, especialmente considerando a sua importância na prestação de serviços públicos.

O objetivo dessa nova contratualização deve ser possibilitar um incremento qualitativo e quantitativo da atividade negocial entre a Administração Pública e os particulares, de modo a possibilitar uma maior realização de serviços públicos, mais eficiente, e, como consequência, a materialização dos direitos fundamentais.

O grande desafio é compatibilizar o consenso, a paridade, a negociação, com os direitos fundamentais e com a prestação de serviços públicos adequados.

### 3 A promoção do desenvolvimento econômico através da materialização dos direitos fundamentais

Retomando as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, serviço público é uma comodidade material considerada de interesse público, que outorga bem-estar e dignidade em sociedade,<sup>21</sup> que está

<sup>21</sup> O autor defende que a noção de serviço público só existe enquanto conceito jurídico na medida que nos oferece um ponto de referência de normas aplicáveis a determinadas situações, refutando a proposta do serviço de interesse econômico geral. Acredita ser o serviço público a prestação que o Estado colecionou por sua relevância e que considerou que não podia ser exercida somente pelo mercado. Em sua exposição defende que não existe crise do serviço público e que este continua imprescindível na realidade brasileira (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Serviço público: a falsa crise*. Palestra proferida no Congresso Ibero Americano de Direito Administrativo, em 26 de junho de 2003).

inteiramente condicionada a um regime jurídico de direito público indeclinável na satisfação dos direitos dos cidadãos.<sup>22</sup>

Os serviços públicos são meio de desenvolvimento social e instrumento de materialização da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais. Nessa perspectiva é importante inserir a prestação de serviços públicos no contexto da nova contratualização administrativa com bases sólidas e permeadas pelo regime de direito público.

Geraldo Ataliba de há muito já negava a aplicação de um regime de direito privado aos serviços públicos, pelas suas nefastas consequências. No seu entendimento, isso só poderia levar a uma situação de ausência de tutela aos usuários de serviço público.<sup>23</sup>

Assim, para garantir desenvolvimento social, a adoção das PPPs na consecução do interesse público e dos serviços públicos é necessária, na mesma medida que a preservação do regime juspublicístico deve ser dimensionada e compatibilizada com a nova lógica do consenso.

O grande desafio é compatibilizar o consenso, a paridade, a negociação, na prestação dos serviços públicos e com os direitos fundamentais e com a necessidade da Administração Pública assegurar a sua condição de potestade para resguardar os interesses públicos envolvidos.

Em última análise, esta concepção é elemento de extremo significado, pois garante a promoção do bem-estar social através da consecução do serviço público e permite, ao menos, o direcionamento na

<sup>22</sup> “Estas acotações já estão a ressaltar que a noção de serviço público depende inteiramente da qualificação que o Estado (nos termos da Constituição e das leis) atribui a um tipo de atividades: àquelas que reputou não deverem ficar entregues simplesmente aos empenhos da livre iniciativa e que por isto mesmo — e só por isto — entendeu de assumir e colocar sob a égide do regime jurídico típico instrumentador e defensor dos interesses públicos: o regime peculiar ao Estado. Isto é: o regime de direito público, regime este concebido e formulado com o intento manifesto e indeclinável de colocar a satisfação de certos interesses sob o pálio de normas que, de um lado, outorgam prerrogativas de autoridade a seu titular ou exercente (estranhas, pois, à situação que corresponde aos particulares em suas relações recíprocas) e de outro instituem sujeições e restrições igualmente peculiares., tudo conforme será esclarecido mais além” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço público e sua feição constitucional no Brasil. In: *Direito do Estado: novos rumos*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 20.)

<sup>23</sup> “Daí a desproteção ao interesse público, o desamparo ao serviço público, a instauração do arbítrio, a ausência de tutela aos usuários dos serviços públicos por elas prestados e os desmandos com bens e dinheiros públicos. Tudo como se a lei pudesse modificar a Constituição, para desqualificar o cunho de serviço público de certas atividades (portos, correios, energia elétrica, comunicações etc., cf. art. 21) constitucionalmente assim qualificadas ou (o que tem o mesmo efeito) como se a lei pudesse desproteger o serviço público, desguarnecer os dinheiros públicos e instaurar o arbítrio do Poder Executivo, ou de seus nomeados, na gestão de bens e serviços de todo o povo, como o são os públicos” (ATALIBA, Geraldo. Empresas Estatais e regime administrativo: serviço público: inexistência de concessão: delegação: proteção ao interesse público. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 4, p. 58, 1993).

condução das atividades necessárias à coletividade, especialmente quando se situam tais atividades no contexto de um espaço público não estatal.

É realidade incontestável que os problemas sociais vividos no país guardam íntima relação com a medida da prestação dos serviços públicos. Tem-se que é necessário equilíbrio no repensar da gestão dos serviços públicos, não podendo se desconsiderar a atual realidade de carência social brasileira. Como aponta Paulo Bonavides, o Estado Social de hoje é a chave da democracia do futuro. Sem ele não há democracia e, por consequência, legitimidade.<sup>24</sup>

Como bem asseverou Osvaldo Aranha Bandeira de Mello, “a solução do problema social está em solver-se a incógnita do justo equilíbrio a obter-se na relação estabelecida pela posição do homem em face da sociedade. A sociedade, cabe observar, nada mais é que a reunião de homens para atingir o bem comum deles. Assim, a solução da incógnita consiste no estabelecimento de uma equação humana, que se resolverá pela prevalência dos atos do homem enquanto homem, sobre os atos do homem enquanto animal”.<sup>25</sup>

---

Informação bibliográfica deste capítulo, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

VALLE, Vivian Lima López. Serviço público, desenvolvimento econômico e a nova contratualização da Administração Pública: o desafio na satisfação dos direitos fundamentais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental*: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 273-284. ISBN 978-85-7700-501-7.

---

<sup>24</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 156.

<sup>25</sup> MELLO, Osvaldo Aranha Bandeira de. Do serviço público. *Revista Forense*, v. 133, n. 571/572, p. 353, 1951.

# SERVIÇO PÚBLICO COMO DIREITO FUNDAMENTAL: MECANISMO DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL\*

ADRIANA DA COSTA RICARDO SCHIER

Os altos níveis de exclusão social que persistem no Brasil demonstram que ainda é tempo de se defender a fórmula do Estado Social e Democrático de Direito, tal como plasmado na Carta Constitucional de 1988. Essa é a premissa que norteia a proposta de tratar o serviço público como mecanismo de desenvolvimento social.

A discussão se enquadra, assim, na perspectiva de uma releitura democrática e inclusiva do serviço público, procurando fundamentar na dogmática constitucional mecanismos que permitam assegurar a máxima efetividade dos direitos sociais instrumentalizados por tal instituto.

Nessa dimensão, tratar o serviço público como instrumento de concretização de direitos fundamentais — ideia amplamente aceita pela doutrina publicista — permite a sua otimização como elemento capaz de distribuir riqueza e de gerar desenvolvimento social, mediante a atuação necessária e proporcional do poder público.

---

\* Palestra apresentada no I CONGRESSO DA REDE DOCENTE EUROLATINOAMERICANA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, no painel “Serviços públicos e atividade econômica como meios de desenvolvimento”, às 10h do dia 24.02.2011, na Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

1 De acordo com o marco adotado no presente texto, a noção de serviço público funda-se na ideia de que tal instituto deve ser compreendido como atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público.<sup>1</sup> Na leitura que aqui se pretende, o serviço público é caracterizado pela sua instrumentalidade em relação à vinculação ao princípio da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da República, como enuncia o artigo 1º da Constituição Federal.<sup>2</sup>

Desde uma perspectiva interdisciplinar, é possível visualizar a gênese da noção de serviço público no liberalismo clássico.<sup>3</sup> Nesse Estado, caracterizado pela intervenção mínima do poder público no âmbito socioeconômico, a burguesia interessada em consolidar as bases de um capitalismo nascente deferia uma parca atuação do poder público para garantir a liberdade de concorrência e para exercer atividades que, embora necessárias à sociedade, não apresentavam viabilidade lucrativa. O serviço público surge, assim, notadamente em áreas ligadas à implantação de infraestrutura.<sup>4</sup>

Interessante observar que esse traço irá explicar a vinculação da noção de desenvolvimento com a de serviço público, desde sua *origem*, pois tal instituto nasce com a perspectiva de garantir os meios necessários para que a sociedade civil pudesse implementar suas atividades, principalmente as de cunho industrial.

<sup>1</sup> A noção adotada é de MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 404. Justifica-se a escolha porque, dentre os autores pátrios, o autor representa a principal referência teórica para a clássica compreensão do serviço público. Na doutrina estrangeira, pode ser referido, na linha adotada da tese, o conceito de SALOMONI, Jorge Luis. *Teoría general de los servicios públicos*. Buenos Aires: Ad-hoc, 1999.

<sup>2</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação do cidadão nesta atividade. *Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios a experiência brasileira. Interesse Público – IP*, Porto Alegre, ano 4, n. 16, p. 13-22, out./dez. 2002, p. 17. No mesmo sentido, FREITAS, Juarez. O estado essencial e o regime de concessões e permissões de serviços públicos. In: *Estudos de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 31-49 e JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 44.

<sup>3</sup> Sobre o Liberalismo consultar, dentre os clássicos, principalmente as obras de LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. ROUSSEAU, J. Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Nova Cultural, 1999. (Os Pensadores, v. 2). Atualmente, pode-se citar como referência, exemplificativamente, as obras de GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito público moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999 e NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de direito: do Estado de direito liberal ao Estado social e democrático de direito*. Coimbra: Coimbra Ed., 1987.

<sup>4</sup> NOVAIS. *Contributo...*, p. 55.



Com base em tais considerações, verifica-se que pelo menos no contexto do seu surgimento, o serviço público não poderia ser tomado como mecanismo dirigido à diminuição das desigualdades sociais, funcionando, antes, como instrumento de gestão do poder público na implantação de serviços básicos para promover as condições de desenvolvimento do sistema econômico.

No cenário brasileiro, tal realidade perdura até quase a metade do século 20, não havendo, antes disso, um “conceito institucional abrangente e integrador de desenvolvimento, em suas acepções hoje familiares de desenvolvimento político, econômico, social, sustentável, humano, etc.”. Mesmo o esforço de industrialização “não fazia parte de um projeto de desenvolvimento integrado, que levasse em conta outras preocupações sociais, como educação, saúde, meio ambiente”.<sup>5</sup>

É bem verdade que o surgimento do serviço público no país remonta ao período colonial. Tais serviços teriam sido implementados com o objetivo de construir, nas terras da colônia, uma estrutura que permitisse aos nobres portugueses viver com um mínimo de conforto e de benesses, característica que também reflete a relação do instituto com a noção de desenvolvimento econômico.<sup>6</sup>

Já com o advento da República, norteadas pelas ideias liberais clássicas francesas,<sup>7</sup> o serviço público mantém-se como instrumento de viabilização de infraestrutura, traço que na era do Estado Novo seria intensificado de maneira a assegurar o desenvolvimento do país, em áreas voltadas à segurança<sup>8</sup> e ao crescimento socioeconômico.<sup>9</sup>

Interessante observar que a ideia de serviço público nesse contexto histórico está atrelada e definida pela noção de desenvolvimento que norteava o cenário político. Com efeito, em meados dos anos 50, os países passaram a ser classificados por indicadores de desenvolvimento, em três categorias: países desenvolvidos, subdesenvolvidos e em desenvolvimento. Para tanto, “os principais indicadores eram de natureza econômica. Desenvolver um país significava (...) basicamente, implantar

<sup>5</sup> HEIDEMANN, Francisco G. Do sonho do progresso às políticas de desenvolvimento. In: HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco. *Políticas públicas e desenvolvimento*. 2. ed. Brasília: UnB, 2010. p. 23-40, p. 26.

<sup>6</sup> Sobre a história dos serviços públicos no Brasil, no prisma do Direito Administrativo, consulte-se a obra de ARAGÃO, *op. cit.*, p. 55-78, tomada como referência nos próximos parágrafos da tese.

<sup>7</sup> FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001. p. 557.

<sup>8</sup> Ver, nesse sentido, DUTRA, Pedro Paulo de Almeida. *Controle das empresas estatais: uma proposta de mudança*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 29.

<sup>9</sup> FAORO, *op. cit.*, p. 802. Ver, também, SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo da economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 65.

uma economia de mercado que inclua, se não a totalidade, pelo menos a maior parte dos cidadãos”.<sup>10</sup>

Assim, enquanto a ideia de desenvolvimento definida politicamente — e porque não dizer ideologicamente — era definida pelos desideratos da economia de mercado, a atuação do Estado traduzia-se, basicamente, na criação de mecanismos de infraestrutura, mediante a prestação de atividades pelo Poder Público. Nessa seara, inserem-se os serviços de correio, energia elétrica, saneamento básico, gás canalizado e transportes, por exemplo.

2 A noção de serviço público, entretanto, passa a ser novamente valorizada — tanto em nível nacional como na esfera internacional — após a Primeira Guerra Mundial, com o crescente intervencionismo do Estado na economia.<sup>11</sup>

Parece certo afirmar, então, que é no contexto do Estado Social<sup>12</sup> que se amplia a prestação de tais serviços, atrelando-se a sua finalidade à promoção da dignidade da pessoa humana e aos demais princípios fundamentais de tal modelo de Estado. Destarte, passa a ser tarefa do Estado intervir na sociedade para garantir a todos uma existência digna.<sup>13</sup> E o instrumento eleito para realizar tal intento é o serviço público.

Pode-se dizer que foi o enfraquecimento do modelo liberal que resultou na necessidade de se conceber uma nova forma de atuação do poder público na esfera da sociedade, proclamando-se um novo *ethos* político: “a concepção da sociedade não já como um dado, mas como um objecto susceptível e carente de uma estruturação a prosseguir pelo Estado com vista à realização da justiça social.”<sup>14</sup>

Por isso, tem-se que “o estado de Bem-estar Social é o Estado do Serviço Público. O serviço público é a tradução jurídica do compromisso político da intervenção estatal para satisfazer as necessidades coletivas”.<sup>15</sup>

A noção de serviço público que se apresenta nesse modelo de Estado, ao menos no contexto francês que tanto influencia o Direito

<sup>10</sup> HEIDEMANN, *op. cit.*, p. 26.

<sup>11</sup> JUSTEN, *op. cit.*, p. 49.

<sup>12</sup> Não serão discutidas, no âmbito deste trabalho, as divergências doutrinárias sobre a nomenclatura atribuída ao Estado após a crise do Estado Liberal. Para tanto, remete-se o leitor à obra de Jorge Reis Novais que, com maestria, discorre sobre as várias fórmulas que procuram identificar o Estado de cunho prestacional e democrático surgido, basicamente, a partir da promulgação da Constituição do México (1917) e de Weimar (1919). (NOVAIS. *Contributo...*, p. 188 *et seq.*, principalmente).

<sup>13</sup> O que significa, na dicção de Jorge Reis Novais, que o Estado “encara a esfera econômica como susceptível de ser moldada em função das exigências sociais e dos objectivos políticos por ele definidos” (*Ibidem*, p. 193).

<sup>14</sup> *Idem*.

<sup>15</sup> JUSTEN FILHO. *Teoria...*, p. 23.

brasileiro,<sup>16</sup> norteia-se pelos postulados de Duguit (atendimento de necessidades sociais) e Jèze (regime jurídico específico). Admite-se, porém, a relativização em face do chamado elemento subjetivo do serviço público — permitindo-se, com isso, a sua exploração pelos particulares, mas sob vínculo com o poder público (concessões e permissões).

O que efetivamente se altera, então, no seio do Estado Social é o elenco de tais atividades. Destarte, enquanto no Estado Liberal traduziam-se basicamente em serviços necessários à implantação de infraestrutura, agora tais serviços vinculam-se diretamente à concretização dos direitos sociais.

Essa alteração da função do instituto do serviço público reflete uma modificação na noção de desenvolvimento em perspectiva global, que traduz a busca por uma noção que seja satisfatória à maioria dos cidadãos e que abarque fins sociais. Portanto, noção que ultrapasse a mera análise de indicadores econômicos. Afinal, “hoje se pergunta: que desenvolvimento queremos? E é longa a lista dos adjetivos empregados para descrever o desenvolvimento desejado e desejável: político, econômico, social, tecnológico, sustentável, justo, inclusivo, humano, harmônico, cultural, material, etc.”.<sup>17</sup>

Assim, o desenvolvimento passa a ser qualificado pelo adjetivo humano. Com efeito, enquanto o referencial utilizado na década de 50 para classificar os países era baseado no grau de industrialização, desde 1990, por influência da obra de Amartya Sen, por todos, a classificação de um país em desenvolvido, em desenvolvimento e subdesenvolvido baseia-se na expectativa de vida ao nascer, na educação e no PIB *per capita*. É o chamado índice de desenvolvimento humano (IDH).

No plano da implementação de serviços públicos, a influência dessa perspectiva de desenvolvimento que vai além da esfera econômica foi consagrada na Constituição Federal de 1988. Com efeito, foi no seio de redemocratização do Estado brasileiro que se propiciou a leitura do serviço público como o conjunto de ofertas positivas assumidas pelo poder público por serem reputadas imprescindíveis e correspondentes a conveniências básicas da sociedade, diretamente vinculadas à efetivação da plêiade de direitos sociais consagrados no texto da Carta Magna.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> Veja-se, por exemplo, dentre os clássicos da doutrina nacional, MENEGALE, J. Guimarães. *Direito administrativo e ciência da administração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1950. p. 93 e CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954. p. 195.

<sup>17</sup> HEIDEMANN, *op. cit.*, p. 27.

<sup>18</sup> BACELLAR FILHO. O poder..., p. 17.

A constitucionalização dos direitos sociais traz consigo o instituto do serviço público como o objeto de intervenção estatal pelo qual será assegurada a efetividade desses direitos, diretamente ligados à concretização da dignidade de todas as pessoas. Essa concepção informa a Constituição Federal de 1988, que assegura o direito fundamental ao serviço público adequado.

3 Porém, é certo que antes de consolidar-se no Brasil uma prática que desse azo à plena realização dos direitos sociais mediante a implementação de políticas públicas e de serviços públicos, o país foi assolado pela crise do Estado Social. Nesse contexto, da esfera internacional emerge o neoliberalismo, que pretendia a reformulação do aparelho do Estado. De acordo com os seus postulados, a sobrevivência dos organismos políticos e a manutenção do sistema capitalista só seriam possíveis com a diminuição da estrutura estatal mediante políticas de privatizações de empresas públicas; subtração da máquina administrativa e retração na prestação de serviços públicos, cuja noção é revista de modo a permitir uma aproximação cada vez maior do regime das atividades prestadas pela iniciativa privada.<sup>19</sup>

No âmbito da União Europeia, o ideário neoliberal imprimiu uma reformulação da noção de serviço público, quase inteiramente substituída pelos chamados serviços de interesse econômico geral e serviços universais.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> A produção nacional e estrangeira sobre o tema do neoliberalismo é vastíssima. Assim, para traçar um panorama, citem-se, por exemplo, as obras de HAYEK, Friederich A. *Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política: a miragem da justiça social*. São Paulo: Visão, 1985. v. 2; GOMES, Manoel Eduardo Alves de Camargo e. Apontamentos sobre alguns impactos do projeto neoliberal no processo de formação de tutelas jurídico-políticas. In: MARQUES FILHO, Agostinho Ramalho et al. *Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: Edibej. p. 115-136; REYES, Manuel Aragón; LIMA, Abili Lázaro de Castro. *Globalização econômica, política e direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002; BORON, Atilio A. Os “novos Leviatãs” e a polis democrática: neoliberalismo, decomposição estatal e decadência da democracia na América Latina. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Org.). *Pós-neoliberalismo II: que Estado para que democracia?*. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 7-67; SANTOS, Boaventura de Souza. *Globalización del derecho*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1998; COMBLIN, José. *O neoliberalismo: ideologia dominante na virada do século*. Rio de Janeiro: Vozes, 1999. t. I; FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999 e ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Org.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998. p. 9-23.

<sup>20</sup> A diferenciação, na doutrina, entre tais conceitos é feita de forma irretocável por Juan Martín Gonzáles Moras: “la noción de ‘servicio universal’ debería ser vinculada directamente a la regulación de los servicios prestados a través de ‘redes transeuropeas’ es decir, éstas definirían el ámbito infraestructural de regulación preponderantemente comunitaria (...) de manera a garantizar las posibilidades de acceso a ellas, y jurídicamente por la uniformidad

No Brasil, com o avanço da globalização e do neoliberalismo, foram editadas na década de 1990 uma série de emendas constitucionais que pretendiam rever os valores modelados pelo constituinte originário no campo da Administração Pública. Verificou-se, então, certa ruptura no pensamento publicista nacional: de um lado, os que permaneceram defendendo a necessidade de se implantar, na esfera administrativa, o modelo trazido originariamente pela CF/88; de outro, os adeptos da Reforma Administrativa, que buscavam a acolhida integral dos postulados neoliberais, traduzidos no modelo de gestão gerencial.<sup>21</sup>

A realidade socioeconômica brasileira, entretanto, não permite acolher tais ideias. Ao contrário, clama pela necessária defesa da fórmula do Estado Social e Democrático de Direito, no qual o acesso ao serviço público adequado deverá ser entendido como direito fundamental. Daí a defesa de uma concepção compromissória e dirigente para a Constituição Federal de 1988, que busque a realização do projeto de sociedade por ela plasmado.<sup>22</sup> Destarte, no catálogo da CF/88, o serviço

---

regulatoria a través del derecho comunitario; la noción de 'servicio de interés general', por su parte, debería dejarse a una especificación preponderantemente local, que incorpore, por un lado, los 'mínimos' garantidos en la regulación del 'servicio universal', y por otro, las posibles modificaciones a los mismos o a las formas de organización de los servicios que localmente sean consideradas necesarias" (GONZÁLES MORAS, Juan Martín. *Los servicios públicos en la unión europea y el principio de subsidiariedad*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000. p. 185).

<sup>21</sup> PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Crise econômica e reforma do Estado no Brasil*: para uma nova interpretação da América Latina. São Paulo: Ed. 34, 1996.

<sup>22</sup> Sobre a Constituição, J. J. Gomes Canotilho indaga: "deve uma constituição conceber-se como 'estatuto organizatório', como simples 'instrumento de governo', definidor de competências e regulador de processos, ou, pelo contrário, deve aspirar a transformar-se num plano normativo-material global que determina tarefa, estabelece programas e fins? Uma constituição é uma lei do Estado e só do Estado ou é um 'estatuto jurídico do político', um 'plano global normativo' do Estado e da sociedade?" (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Ed., 1994. p. 101). E o autor responde: a constituição dirigente "é entendida como o bloco de normas constitucionais em que se definem fins e tarefas do Estado, se estabelecem directivas e estatuem posições. A constituição dirigente aproxima-se, pois, da noção de constituição programática" (CANOTILHO. *Constituição...*, p. 104). Segundo Klaus Stern, "la Constitución en cuanto instrumento que dirige globalmente las fuerzas políticas y sociales merece asentimiento" (STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987. p. 234). Dentre os autores nacionais, cite-se, por todos, Clèmerson Merlin Clève, que explica a constituição dirigente como aquela que "estabelece fins, tarefas e objetivos para o Estado e sociedade brasileiros. A atuação governamental, de todos os Poderes, não pode ser concretizada sem a prévia observância dos referidos objetivos. As políticas públicas devem atuar esses objetivos. (...) a Constituição representa também uma proposta para o futuro. E por isso é dirigente. Apresenta uma direção vinculante para a sociedade e para o Estado" (CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória. In: *Uma vida dedicada ao Direito*: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 33-53, p. 47).

público apresenta-se como um direito materialmente fundamental — especificamente uma garantia fundamental —, dirigido a assegurar os bens consagrados nos direitos sociais aos cidadãos.

Verificou-se, entretanto, principalmente em face das reformas na seara administrativa, que atribuir ao serviço público a natureza de direito fundamental é insuficiente para a efetivação dos direitos sociais plasmados no texto da Carta Magna. Faz-se necessário que as atividades sejam prestadas sob um regime jurídico especializado, o regime de direito público específico, previsto no art. 6º, da lei nº 8.987/95.

4 Com essa perspectiva, é possível resgatar o conceito de serviço público como uma atividade prestada pelo Estado e financiada pela sociedade; logo, um instrumento de distribuição de riqueza ou, na expressão de Jorge Salomoni, “técnica de garantía de los *derechos humanos*”.<sup>23</sup> Tais serviços funcionam como “técnica de igualación del disfrute de los bienes materiales y culturales producidos en una sociedad y para todos los individuos que la componen”<sup>24</sup> resultando em um mecanismo de integração social.

A ideia do serviço público como um instrumento capaz de redistribuição de riqueza não está ligada, propriamente, à noção de distribuição de renda. Tal instituto parece muito mais relacionado com a diminuição da exclusão social<sup>25</sup> na medida em que permite aos cidadãos o acesso aos bens que garantirão uma existência digna, tais como educação e saúde e níveis básicos de infraestrutura.<sup>26</sup> É a noção de desenvolvimento calcada no desenvolvimento do ser humano, em todas as suas dimensões.<sup>27</sup>

Essa perspectiva está retratada nas novas variáveis introduzidas no Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, em 2010. Os critérios de avaliação são divididos em três grupos: índice de desenvolvimento humano ajustado à desigualdade (idh-d); o índice de desigualdade e gênero (idg) e o índice de pobreza multidimensional (ipm).<sup>28</sup>

<sup>23</sup> SALOMONI. *Teoria...*, p. 325.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 326.

<sup>25</sup> A exclusão social, assim, “pode ser entendida como um mecanismo ou conjunto de mecanismos que fazem com que um indivíduo ou família, independentemente de seu esforço ou mérito, esteja limitado em sua possibilidade de ascensão social presente ou tenha artificialmente reduzida a probabilidade de ascensão futura” (*Idem*).

<sup>26</sup> REZENDE, Fernando; TAFNER, Paulo. *Brasil: o estado de uma nação*. Rio de Janeiro: IPEA, 2005. p. 87.

<sup>27</sup> É o homem visto através da tríade mágica de que fala J. J. Gomes Canotilho: o homem enquanto sujeito, cidadão e trabalhador (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 347).

<sup>28</sup> Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/idh/>, acesso em janeiro/2011>.

Os países atualmente são classificados em países de desenvolvimento “muito alto”, “alto”, “médio” e “baixo”. Pela nova metodologia, estão abrangidos aspectos essenciais do desenvolvimento humano ligados ao conhecimento, à saúde e à verificação de um padrão de vida digno dos cidadãos.<sup>29</sup> Para a identificação do chamado padrão de vida digno, são analisadas as condições de prestação e acesso aos serviços públicos de energia elétrica, saneamento, gás e transporte, por exemplo.

Só a título de curiosidade, dentre os 169 países classificados em 2010, o Brasil ocupa a 73ª posição, classificado dentre os países com desenvolvimento humano alto, atrás da Argentina, que ocupa a 46ª posição, também nesse grupo de desenvolvimento humano alto, e ambos atrás da Espanha, que se apresenta na 20ª posição, dentre os países com índice desenvolvimento humano muito alto.<sup>30</sup>

Portanto, a devida prestação dos serviços públicos permite à sociedade alcançar níveis de desenvolvimento muito mais abrangentes do que a simples diminuição da pobreza. Representa, assim, a garantia de “níveis de bem-estar mais elevados”.<sup>31</sup>

No presente estudo, entende-se que a defesa do serviço público, prestado sob um regime adequado, erigido à categoria de garantia fundamental, pode contribuir para assegurar a redistribuição de bens essenciais à concretização da vida digna, permitindo a um só tempo a inclusão de todas as pessoas na esfera política e sua emancipação.

5 Faz-se notar que não se acredita que o Direito, de forma isolada, possa fornecer soluções para o problema da cidadania no Brasil.<sup>32</sup> A orientação priorizada propõe uma leitura a partir do Direito, a qual deve ser conjugada com outras importantes análises de vertente sociológica, política e econômica.

Se é certo que o Direito não oferece soluções definitivas para a erradicação da pobreza e para a diminuição dos níveis absurdos de

<sup>29</sup> “Além de computar o PIB per capita, depois de corrigi-lo pelo poder de compra da moeda de cada país, o IDH também leva em conta dois outros componentes: a longevidade e a educação. Para aferir a longevidade, o indicador utiliza números de expectativa de vida ao nascer. O item educação é avaliado pelo índice de analfabetismo e pela taxa de matrícula em todos os níveis de ensino. A renda é mensurada pelo PIB per capita, em dólar PPC (paridade do poder de compra, que elimina as diferenças de custo de vida entre os países). Essas três dimensões têm a mesma importância no índice, que varia de zero a um” (*Idem*).

<sup>30</sup> Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em: jan. 2011.

<sup>31</sup> REZENDE; TAFNER, *op. cit.*, p. 87.

<sup>32</sup> Com efeito, não se ignora que “a simples existência de normas constitucionais que consagram direitos sociais de cidadania não garante a sua conseqüente implementação concreta no mundo dos fatos, pois direitos não são auto-realizáveis e demandam mobilização política e social para serem concretizados em níveis democraticamente satisfatórios” (*Ibidem*, p. 200).



injustiça social no país, também não parece admissível que os juristas abstenham-se de propor leituras, vinculadas aos seus objetos de estudo, de maneira a colaborar com a consolidação de uma sociedade livre, justa e solidária, conforme imposto na Constituição de 1988.<sup>33</sup>

Afinal, a Constituição de 1988, ao consagrar o interesse dos mais distintos grupos sociais, torna-se “o ponto de encontro que permitirá a função de unificação política diante dos quadros sociais cada vez mais plurais e complexos”<sup>34</sup> e possibilita, com seus diversos institutos, dentre eles o serviço público, a concretização dos valores nela plasmados. Tudo isso propicia a construção de uma cidadania social, que pressupõe uma leitura de democracia ligada à ideia de que os “cidadãos formam, testam, trocam, revisam e associam seus julgamentos interpretativo-constitucionais, somente o fazendo para obter, de tempos em tempos, os ‘acordos institucionais’ que um país precisa de modo a seguir em frente em uma conduta de vida toleravelmente ordenada”.<sup>35</sup>

Daí por que se defende a ideia de que nos países emergentes a atuação positiva do Estado, em cumprimento específico das normas constitucionais, continua sendo para enorme parcela da população o único meio de acesso a um mínimo de bens essenciais, tais como: saúde, educação, água, energia elétrica, dentre outros.<sup>36</sup> Na realidade brasileira e na dos demais países latino-americanos, não há espaço para a defesa de um chamado Estado Regulador, que se restrinja a estabelecer os parâmetros para que a sociedade exerça o dever de cuidar de suas necessidades básicas.

É certo que tais considerações devem ser lidas sob a égide do princípio da proporcionalidade, não se advogando aqui a tese de um Estado Máximo que, desbordando das canaletas da democracia, impeça

<sup>33</sup> Parafraseando Bourdieu, é preciso reconhecer que há, ainda, espaço para resistir, o que, nessa perspectiva, significa lutar contra os “profetas da infelicidade”, aqueles que, com base na pretensa ideologia única, querem fazer crer a todos que “o seu destino está nas mãos de potências transcendentais, independentes e indiferentes, como os ‘mercados financeiros’ ou os mecanismos da ‘mundialização’.” Impõe-se, logo, uma revalorização da democracia como espaço dos conflitos, das diferenças, da autonomia do sujeito, do pluralismo (BOURDIEU, Pierre. *Contrafogos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 92).

<sup>34</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 145-166, abr./jun. 2005. p. 13.

<sup>35</sup> MICHELMANN, Frank I. A Constituição, os direitos sociais e a justificativa política liberal. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais e Estado constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 255-278, p. 278.

<sup>36</sup> Tais exemplos estão restritos à atuação na área dos serviços públicos. Seria possível, também, uma análise a partir dos programas assistencialistas do Estado.



a sociedade de exercer as atividades que lhe são pertinentes, dentro dos limites impostos pelos cânones do Estado Social e Democrático de Direito.

Ao contrário, adotando-se o posicionamento de Juarez Freitas, pretende-se um “Estado essencial, sem significar um Estado reduzido”.<sup>37</sup> Nesses termos, “longe do Estado mínimo assim como do Estado máximo, o Estado essencial busca ter o tamanho viabilizador do cumprimento de suas funções, nem mínimas, nem máximas, simplesmente essenciais”.<sup>38</sup>

Por isso, justifica-se a manutenção do rol dos serviços públicos, tomados como dever do poder público.<sup>39</sup> Mais do que isso, entende-se que, para que seja eficiente a sua prestação, é imprescindível que tais funções sejam prestadas sob o regime típico de serviço público, pautado na universalidade, na modicidade de taxas e tarifas e na continuidade de sua prestação.

Afinal, é preciso buscar a transformação dos objetivos fundamentais da Carta Constitucional em “verdadeiros dados inscritos em nossa realidade existencial”.<sup>40</sup> Como o serviço público é um instrumento que visa assegurar o alcance de direitos sociais de cunho prestacional, tem-se “a exigência de que os serviços sejam colocados à disposição de todos os brasileiros (idéia de universalidade) implicando para o particular o poder de reivindicar junto ao Judiciário tratamento idêntico”.<sup>41</sup> Em complemento: “incumbe ao poder público agir sempre de modo a conferir a maior eficácia possível aos direitos fundamentais (prestar os serviços públicos necessários para o fim de dar concretude aos comandos normativos constitucionais).”<sup>42</sup>

<sup>37</sup> FREITAS. *Estudos...*, p. 33.

<sup>38</sup> *Idem*.

<sup>39</sup> A preocupação com a prestação de serviços públicos vinculada à concretização dos direitos sociais, a partir da crise do Estado Social também se faz presente em Portugal, como ressalta Jorge Reis Novais: “Mesmo quando assume o legado e os fins do Estado Social, cada vez mais o poder político sente, neste domínio, necessidade de repensar, alterar, reformar ou, mesmo, suprimir direitos ou prestações mais ou menos controversos, consolidado, adquiridos. O problema jurídico-constitucional que esta tendência convoca é evidente: em que medida e com que margem pode o poder político dispor, mais ou menos livremente, de direitos cuja realização, estando por natureza associada às disponibilidades financeiras do Estado e sendo, nesse sentido, mais permeável à pressão da conjuntura, não deixa de constituir realização-concretização de direitos fundamentais e, por conseguinte, de direitos cujo valor constitucional os deve manter subtraídos à livre disponibilidade dos titulares do poder público” (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006. p. 189).

<sup>40</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista Crítica Jurídica*, Curitiba, n. 22, p. 17-28, jul./dez. 2003. p. 18.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 22.

6 Conclui-se, com isso, que a releitura do serviço público como mecanismo de concretização de direitos fundamentais apresenta-se no contexto da reformulação dos papéis do Estado, em especial na realidade dos Estados emergentes, como uma condição de desenvolvimento democrático.<sup>43</sup> Manifesta-se como instrumento de realização efetiva dos direitos sociais para viabilizar a todos condição de dignidade.<sup>44</sup> Afinal, esse deve ser o critério a nortear a determinação do *status* de desenvolvimento de um país.

Por certo, o Estado e as atividades por ele prestadas têm por escopo um único e inexorável objetivo: o alcance do bem comum, que se traduz na aspiração de trazer felicidade para o povo destinatário de suas atitudes, como ressaltado por Aristóteles, em sua célebre obra *A Política*: “o governo perfeito que buscamos é precisamente aquele que garanta ao campo social o maior grau de felicidade”.

---

Informação bibliográfica deste capítulo, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Serviço público como direito fundamental: mecanismo de desenvolvimento social. *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo*: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 285-296. ISBN 978-85-7700-501-7.

---

<sup>43</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello coloca como condições de uma vivência democrática (i) a segurança de um padrão econômico-social acima da mera subsistência, (ii) “o efetivo acesso à educação e cultura (para alcançarem ao menos o nível de discernimento político traduzido em consciência real de cidadania) e (iii) a informação” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *A democracia e suas dificuldades contemporâneas*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 212, p. 57-70, abr./jun. 1998. p. 61).

<sup>44</sup> Sustenta, desse modo, Cláudio Pereira de Souza Neto que “as diferenças sociais, quando se radicalizam a ponto de criar uma fronteira entre aqueles que têm o direito à vida e aqueles que não o têm... minam gravemente os próprios alicerces da estrutura básica de uma sociedade que se legitima ao afirmar que trata a todos como dignos de igual respeito” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 58).