

PRINCÍPIOS SETORIAIS QUE REGEM A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS - A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA NO REGIME DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Flávio de Araújo Willeman*

Introdução. Serviço Público. Conceito. Princípios que informam a prestação dos serviços públicos: princípio da continuidade; princípio da regularidade; princípio da igualdade; princípio da obrigatoriedade; princípio da mutabilidade e atualidade; princípio da modicidade; princípio da participação dos usuários; princípio da cortesia; princípio da eficiência; princípio da segurança; princípio da universalidade/generalidade. O problema da aplicação do princípio da livre iniciativa na disciplina dos serviços públicos. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Hodiernamente, com a intensa mutabilidade social e diante do novo modelo de Estado que se implanta no mundo, vem se discutindo a nova conceituação de serviço público, bem como as diferentes formas de sua prestação pelos entes públicos da administração direta e indireta e por particulares, em colaboração com o Poder Público.

Nesse contexto é de suma importância não só o conhecimento da nova conceituação que se propõe para o serviço público, mas, também, o conhecimento e o alcance dos princípios que informam a sua prestação, quer seja pela própria administração pública, quer por pessoas jurídicas de direito privado. Também guarda importância a discussão sobre a aplicação do princípio da livre iniciativa, previsto no artigo 170, IV, da CRFB/88, nas relações jurídicas que envolvem o serviço público.

Sem a pretensão de esgotar o tema proposto, mas sim com o objetivo de contribuir para sua melhor compreensão, buscar-se-á neste trabalho estabelecer o conceito de serviço público, delimitar o conteúdo de cada princípio, implícito ou explícito na legislação vigente, que rege a matéria e que disciplina as relações jurídicas dos prestadores

* Procurador do Estado do Rio de Janeiro; Professor de Direito Administrativo da Universidade Candido Mendes - Centro/RJ, do Curso de Pós-Graduação em Direito da Administração Pública da Universidade Federal Fluminense - UFF e da Escola Superior de Advocacia Pública do Estado do Rio de Janeiro - ESAP; Mestrando em Direito pela Universidade Candido Mendes.

1 Diogo de Figueiredo Moreira Neto o denomina de "Estado de fomento". *Curso de Direito Administrativo*. 12.ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 19.

e consumidores de serviços públicos, bem como a aplicação, no regime dos serviços públicos, do princípio da livre iniciativa.

SERVIÇO PÚBLICO

Juntamente com o fomento público, com a intervenção no ordenamento social e econômico, e com o exercício da polícia administrativa, a prestação de serviços públicos é uma das funções do Estado, desempenhada pela Administração Pública, que poderá executá-la centralizadamente, por meio dos órgãos que compõem as "pessoas coletivas públicas"², ou de maneira descentralizada, para a administração pública indireta, ou para o particular, nas modalidades de concessão, permissão ou autorização, nos termos dos artigos 21, XI e XII, e 175, da Constituição da República de 1988.

Como é de conhecimento geral de todos aqueles que se enveredam pelo estudo do serviço público, o seu conceito gerou longa discussão na doutrina, existindo várias teorias que tentam defini-lo. No entanto, há consenso entre os doutrinadores pátrios de que, na sua concepção clássica, o serviço, para ser considerado público, deve ser prestado por uma pessoa jurídica de direito público (aspecto subjetivo), traduzindo um benefício à coletividade, por sua essencialidade (aspecto objetivo), regido estritamente por normas de direito público (aspecto formal).

Com a evolução dos tempos, bem como a partir do enxugamento da máquina estatal, o novo modelo de Estado que surge, em que se prefere a transferência da execução dos serviços que não reclamam, obrigatoriamente, a presença do Estado para pessoas privadas em colaboração com a administração pública, vê-se que, não necessariamente, se exigirá a presença dos três elementos (aspectos) acima mencionados para que se esteja diante de um serviço público. Prova disso é a possibilidade de o serviço ser prestado por particular - como acima se afirmou -, sob o regime de concessão, permissão ou autorização, e que tal nem sempre será regido por normas totalmente de direito público; poderá, também, receber o influxo de normas de direito privado, mormente no que tange à disciplina das relações jurídicas advindas entre os prestadores e os consumidores do serviço.

2 AMARAL, Diogo Freitas. *Curso de Direito Administrativo*. 2.ª edição, vol. I. Lisboa: Almedina, 2000, p. 619.

3 Composta por autarquia (agência executiva), empresa pública, sociedade de economia mista e fundação pública. (v. art. 37, XIX, da CRFB/88 e art. 4.º, Decreto-lei 200/67).

4 Importante ressaltar o estudo de Marcos Jurvena Villela Souto sobre a possibilidade de se ter, além da concessão e permissão de serviços públicos, formas alternativas de sua prestação. Ver a respeito in *Desestatização, Privatização, Concessão, Terceirização e Regulação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, pp. 517/542.

5 Registre-se que há divergência doutrinária sobre a possibilidade de execução de serviço público por particular mediante autorização, tendo em vista que tal modalidade de transferência de execução não se encontra expressamente prevista no artigo 175 da CRFB/88.

6 Merece registro a distinção formulada por Antonio Carlos Cintra do Amaral entre usuário de serviço público e consumidor. In *Revista de Direito Administrativo* n.º 225. Rio de Janeiro, Renovar julho/setembro de 2001, pp. 217/219. No entanto, neste trabalho, utilizaremos as expressões como sinônimas.

Não se pode olvidar, todavia, que a evolução acima apontada se deveu ao grande espaço concedido à aplicação do princípio da subsidiariedade, mormente no que diz respeito à prestação dos serviços públicos e na intervenção nos ordenamentos social e econômico.

Sobre a implantação de um novo modelo de Estado, com fulcro no princípio da subsidiariedade da atividade estatal, importante registrar os ensinamentos de **MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO**, que assim dissertou, verbis:

*"O princípio da subsidiariedade, embora bem anterior à nova concepção de Estado de Direito Democrático, assume agora importância fundamental na definição do papel do Estado. Ele foi formulado, em fins do século XIX e começo deste século, dentro da Doutrina Social da Igreja, principalmente pelas Encíclicas **Rerum Novarum** (1891), de **Leão XIII**, **Quadragesimo Anno** (1931), de **Pio XI**, **Mater et Magistra** (1961), de **João XXIII** e, mais recentemente, a **Centesimus Annus** (1991) de **João Paulo II**.*

(...)

*Algumas idéias são inerentes ao princípio da subsidiariedade: de um lado, a de respeito aos direitos individuais, pelo reconhecimento de que a iniciativa privada, seja através dos indivíduos, seja através das associações, tem primazia sobre a iniciativa estatal; em consonância com essa idéia, o Estado deve abster-se de exercer atividades que o particular tem condições de exercer por sua própria iniciativa e com seus próprios recursos; em consequência, sob esse aspecto, o princípio implica uma limitação à intervenção estatal. De outro lado, o Estado deve fomentar, coordenar, fiscalizar a iniciativa privada, de tal modo a permitir aos particulares, sempre que possível, o sucesso na condução de seus empreendimentos. E uma terceira idéia ligada ao princípio da subsidiariedade seria a de **parceria entre público e privado**, também dentro do objetivo de subsidiar a iniciativa privada, quando ela seja deficiente"*. (grifos no original).

Diante das considerações acima apontadas, pode-se conceituar⁸ serviço público como toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, assim definida pela Constituição Federal ou por lei, visando o atendimento de necessidades públicas

7 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 3.^a edição. São Paulo: Atlas, 1999, pp. 24/25.

8 Imperiosa a transcrição da clássica conceituação de serviço público formulada pelo saudoso Hely Lopes Meirelles: "**Serviço Público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado**". **Direito Administrativo Brasileiro**. 23.^a edição. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 285.

mediatas ou imediatas, decorrentes do convívio social, reguladas por normas total ou parcialmente de direito público⁹.

Importante para o tema que se propõe tratar neste trabalho trazer a lume a lição sempre autorizada de **MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO**, que bem definiu serviço público como "*a condução de uma atividade administrativa, típica do Estado, em relação à qual impera o dever de eficiência, ao lado dos princípios da generalidade, continuidade, modicidade e cortesia, que regem a prestação dos serviços públicos*"¹⁰.

A partir do conceito acima transcrito não só se tem a noção do que seja serviço público, mas, também, dos princípios jurídicos setoriais que o regerão, sendo este o tema fulcral do estudo que será, adiante, desenvolvido.

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE INFORMAM A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Não se pode negar que, nos dias atuais, com a inserção da legislação consumerista a reger as relações jurídicas advindas do consumo de um serviço público, é de vital importância a necessidade de que sua prestação se faça de maneira adequada. Na esteira deste entendimento, o artigo 6.^º, X, da Lei 8.078/90 estatui que é direito básico do consumidor "*a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral*".

Não se pode olvidar que, malgrado o detalhamento pela Lei 8.987/95 (artigo 6.^º, § 1.^º), a idéia de serviço adequado ainda é tida como um conceito jurídico indeterminado, que somente será aferido diante das circunstâncias pessoais de cada caso concreto, à luz da razoabilidade e das condições técnicas disponíveis à sua prestação.

Todavia, o certo é que, diante do detalhamento legal estabelecido pelo artigo 6.^º, § 1.^º, da Lei 8.987/95, tornou-se menos complexo o elenco dos princípios que regem a prestação dos serviços públicos, a fim de atingir o conceito de serviço adequado, uma vez que, para tal mister têm eles que satisfazer algumas condições, tais como: "regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas".

9 Interessante registrar as distinções apontadas por Fernando Herren Aguillar entre serviço público, atividade econômica e função pública. Para o Autor, por não existir na Constituição Federal de 1988 um conceito expresso de serviço público, tais serão "*aqueles contidos no corpo da Carta Política, o que só pode ser alterado por Emenda Constitucional*", sendo vedada a sua estipulação e criação por norma infraconstitucional. Segundo afirma, serviço público difere de função pública, eis que esta encontra-se caracterizada pela irrenunciabilidade de prestação pelo Estado, citando, como exemplo, a atividade penitenciária. Já a atividade econômica em sentido estrito é aquela caracterizada como uma atividade eminentemente privada, estando o Estado, quando de seu desempenho, a observar não só as razões que consubstanciem imperativo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo (art. 173, *caput*, CRFB/88), mas, também, o princípio da livre concorrência. *In Controle Social de Serviços Públicos*. São Paulo: Max Limonag, 1999, pp. 134/162.

10 SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Aspectos Jurídicos do Planejamento Econômico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 132.

Conjugando-se o dispositivo legal acima com o conceito de serviço público apresentado por **MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO**, alhures transcrito, pode-se apreender alguns princípios específicos (explícitos e implícitos) que regem a sua prestação. São eles:

PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE

Implica dizer que a prestação dos serviços públicos deve apresentar-se de maneira contínua, sem interrupções, a não ser quando estas advierem por razões que guardem expressa autorização legal¹¹.

A Lei 8.987/95, no artigo 6.º, § 3.º, aponta quais as situações em que será permitida a paralisação da prestação do serviço público, sem que o concessionário sofra qualquer sanção por isso. Basicamente a descontinuidade permitida pela legislação poderá ocorrer por "razões de ordem técnica" ou para manutenção da "segurança das instalações"; ou pelo "inadimplemento do usuário, considerando o interesse da coletividade".

Em um ou em outro caso, o que a norma legal visou foi, na verdade, proteger toda a coletividade contra o mau funcionamento do serviço – e afi atendendo, também, o princípio da segurança, como adiante será visto –, advindo de falha no sistema de funcionamento ou por inadimplemento de usuários que o custeiam.

Na primeira hipótese legal em que se permitiu a paralisação do fornecimento do serviço público, acima mencionada, entendeu-se que será melhor interromper a prestação do serviço para que tal se amolde às normais condições de segurança (v. g., a substituição de uma peça essencial que se encontra desgastada, de que depende toda a prestação do serviço público) a prestá-lo de maneira precária, com riscos de danos ao usuário consumidor. Frise-se que, nesta hipótese, a paralisação será temporária, devendo ser restabelecida a prestação do serviço tão logo cessem as causas que motivaram a interrupção.

A interrupção por período superior ao necessário para a manutenção das instalações importará em descontinuidade da prestação do serviço público, sujeitando-se o prestador à eventual responsabilização pelos danos porventura causados aos usuários/consumidores.

O segundo permissivo legal – a paralisação pelo inadimplemento do usuário – vem gerando discussões na doutrina e na jurisprudência, acerca de sua aplicação e efetividade, eis que, segundo alguns autores, o recebimento do serviço público essencial é garantido aos consumidores de maneira contínua pelo artigo 22 da Lei 8.078/90, sem que se faça qualquer ressalva, não podendo, por isso, ser interrompido¹². Outro argu-

mento que se propõe em reforço a esta tese diz respeito à incidência do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1.º, III, da CRFB/88, que estaria a impedir a interrupção da prestação do serviço por ausência de pagamento, devendo, neste caso, a Administração Pública ou seu delegado buscar, através de ação judicial própria, a cobrança do crédito¹³.

Outro fundamento que se vem utilizando para impossibilitar a interrupção da prestação do serviço por ausência de pagamento encontra-se na suposta aplicação analógica do verbete n.º 323 da súmula da jurisprudência predominante no Egrégio Supremo Tribunal Federal – a meu ver erroneamente, eis que trata-se de relação tributária –, que estaria a impedir o fornecedor do serviço de utilizar o corte no fornecimento como forma indireta de cobrança das tarifas em atraso.

Com a devida venia das opiniões em contrário, os argumentos acima utilizados não podem servir, de maneira absoluta, de esteio para que, nos casos enunciados no artigo 6.º, § 3.º, da Lei 8.987/95, não possa o serviço público ser interrompido. Afinal, a essencialidade, além de ser um conceito fluido e indeterminado, hoje em dia não é mais um requisito imprescindível para que se esteja diante de um serviço público, bastando citar, à guisa de exemplo, o serviço de telefonia fixa e móvel, em que a privação do cidadão do seu recebimento, por razões de ordem técnica ou por inadimplemento, não afeta a sua dignidade humana e, tampouco, é considerado indispensável à sua sobrevivência¹⁴.

Assim, caso se esteja diante de um serviço público que não se revista do caráter de essencialidade¹⁵, poderá sê-lo legalmente interrompido, sem que isto afete a dignidade humana do cidadão, eis que, a se entender de maneira diversa, restaria violado o princípio da igualdade de tratamento, não se podendo tratar de maneira igual àqueles

13 Nesse sentido o posicionamento da jurisprudência: "ENERGIA ELÉTRICA - INADIMPLEMENTO - SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO - IMPOSSIBILIDADE. É vedado ao prestador de serviços constranger, coagir ou ameaçar o consumidor a efetuar o pagamento de valor por conta do serviço prestado, nos termos do artigo 42, caput, do CDC" (14.ª Câmara Cível do TJ-RS - Apelação Cível n.º 70.002.529.386, julg. 13.09.2001, in **ADCOAS** 8.206.066).

14 Nesse sentido a jurisprudência: "Agravo de Instrumento. Fornecimento de energia elétrica. Dano irreparável. Liminar. Art. 22, do CDC. Não pode prevalecer decisão que, 'inaudita altera parte', determina a religação de energia elétrica a consumidor confessadamente em débito. O dano irreparável seria da comunidade, pois, a prevalecer tal posicionamento, o colapso do sistema seria inevitável. A exigência da continuidade do serviço público, prevista no art. 22, do Código de Defesa do Consumidor, não subsiste, em princípio, em caso de inadimplemento incontestável. Recurso provido." (9.ª C. Cível. TJRJ, Ag. Instrumento n.º 2.698/98, rel. Des. PAULO CÉSAR SALOMÃO, Unânime, julg. 11.08.98). No mesmo sentido: "Recurso de Apelação. Dano Moral. Indenização. Corte no fornecimento de energia elétrica. Atraso no pagamento da fatura. Recurso Improvido. O corte no fornecimento de energia sem ficar demonstrado que o consumidor estava com a fatura em atraso caracteriza dano moral, indenizável pecuniariamente". (Ap. Cível n.º 24.428, 2.ª Câmara Cível, TJMT, apud **ADCOAS** N.º 8.202.140). A contrario sensu, se demonstrado o atraso no pagamento, ausente está o dever de indenizar em caso de corte no fornecimento.

15 Sendo necessário lembrar que essencialidade trata-se de conceito jurídico indeterminado e, por isso, só será passível de determinação mediante a análise do caso concreto, observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

11 Sobre o tema consulte Toshio Mukai, in **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, n.º 19, pp.81/86.

12 Nesse sentido, confira-se a lição de Álvaro Lazzarini. Consumidor de Serviços Públicos: Dever de Indenizar Enquanto Cidadão. In **Revista de Direito Administrativo** n.º 19, pp. 1/9.

que, por natureza, se encontram em situação desigual; isto é, aquele que paga corretamente pelo serviço não pode receber o mesmo tratamento conferido ao inadimplente contumaz. Permitir que o inadimplente se esconda atrás dos argumentos acima mencionados é, sem sombra de dúvidas, violar o princípio da isonomia de tratamento entre aqueles que saldaram as suas obrigações de pagamento para receber o serviço, e que terão, na verdade, que custear, através de tarifas mais caras, o inadimplemento alheio¹⁶.

Por outro lado, importante ainda frisar que a idéia de prestação de serviço adequado não pode restar dissociada de uma séria política tarifária, sob pena de se pôr em risco não só a eficiência, mas, também, a regularidade na sua prestação.

Em percuciente parecer sobre o tema, o Prof. **CAIO TÁCITO** bem analisou a questão da possibilidade de interrupção da prestação do serviço público por ausência de pagamento da tarifa pelo usuário. Vejamos:

“Entre os princípios que devem reger as concessões estipula-se 'a obrigação de manter o serviço adequado' (item IV) mas, ao mesmo tempo, se qualifica a previsão de 'política tarifária', no sentido de que se trata de prestação onerosa do serviço, mediante pagamento imputável aos consumidores, de modo a assegurar o equilíbrio econômico-financeiro da concessão, que é princípio clássico e fundamental que representa a outra face da obrigação de continuidade na prestação do serviço público.

(...)

Os investimentos necessários à execução e continuidade dos serviços a serem feitos pela concessionária, deverão encontrar cobertura na receita tarifária devendo a duração das concessões ponderar entre outros aspectos, 'o prazo necessário à amortização dos investimentos' (art. 4.º, § 3.º da Lei n.º 9.074, de 7 de julho de 1995.”

E conclui o emérito publicista:

“(...)

O serviço de energia elétrica é, em suma, uma relação jurídica bilateral:

¹⁶ Interessante é a proposição formulada por José dos Santos Carvalho Filho, que, comentando o princípio da continuidade, assim lecionou: “Solução diversa ocorre quando o usuário deixa de pagar o serviço. A despeito de algumas divergências, e com o abono de alguns estudiosos, entendemos que se deva distinguir os serviços compulsórios e os facultativos. Se o serviço for facultativo, o Poder Público pode suspender-lhe a prestação no caso de não pagamento, o que guarda coerência com a facultatividade em sua obtenção. Tratando-se, no entanto, de serviço compulsório, não será permitida a suspensão, e isso não somente porque o Estado o impõe coercitivamente, como também porque, sendo remunerado por taxa, tem a Fazenda mecanismos privilegiados para cobrança da dívida. Tais soluções são as que nos parecem mais compatíveis na relação Estado-usuário.”. In *Manual de Direito Administrativo*. 2.ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 224.

à garantia de continuidade ao fornecimento deve necessariamente corresponder a continuidade no pagamento (e, portanto, no recebimento) do preço tarifado.

A omissão deste último autoriza a descontinuidade do primeiro sob pena de se oficializar a eficácia do calote”¹⁷.

De fato, não se pode admitir que os prestadores de serviços públicos, salvo os essenciais, que serão assim identificados à luz do caso concreto, tenham que manter a prestação contínua aos usuários que por eles não pagam. Decerto, tal situação acabará por ocasionar um colapso na receita do fornecedor do serviço, o que não só afetará o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, mas, também, via de consequência, a própria eficiência e regularidade na sua prestação, o que o tornaria inadequado.

A fim de corroborar o acima exposto, mister ressaltar a observação feita por **DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO** para os casos em que, mesmo diante do inadimplemento do usuário, nas situações de execução delegada, se sobrevier exigência do Poder Público no sentido de que sua prestação permaneça contínua, exurgirá, para o prestador do serviço o direito de reajustar a tarifa, para “admitir o novo bônus, ou o próprio Poder Concedente deverá subsidiá-la”¹⁸.

Por último, não se pode deixar de lembrar que existe no ordenamento jurídico brasileiro norma legal vigente, posterior à edição da Lei 8.078/90, que permite a interrupção da prestação do serviço no caso de inadimplemento do usuário, sem que isto seja considerado descontinuidade faltosa apta a violar o dever de adequação na prestação do serviço público. (artigo 6.º, § 3.º, II, da Lei 8.987/95)

PRINCÍPIO DA REGULARIDADE

Alguns autores concebem este princípio como um prolongamento do princípio da continuidade do serviço público, acima comentado. Mas, na verdade, há tênue diferença entre eles, uma vez que a continuidade se refere à realização/prestação do serviço sem interrupções, e a regularidade diz respeito à realização do serviço nos termos das normas técnicas preestabelecidas para sua prestação.

Para **DIÓGENES GASPARINI**, “A regularidade exige que os serviços sejam prestados segundo padrões de qualidade e quantidade impostos pela Administração Pública tendo em vista o número e as exigências dos usuários, observando-se, ainda, as condições técnicas exigidas pela própria natureza do serviço público e as condições de sua prestação”¹⁹.

¹⁷ Parecer publicado na *Revista de Direito Administrativo* n.º 219, Janeiro/março de 2000, pp. 398/399.

¹⁸ Ob. cit., p. 417.

¹⁹ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 7.ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 268.

Assim, diante do princípio da regularidade, não basta que serviço público seja prestado sem interrupção (continuidade); deve ainda ser prestado nos termos e condições técnicas previamente estabelecidos para o seu funcionamento, para que o usuário/consumidor possa recebê-lo de maneira regular.

PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Tal princípio implica dizer que o serviço público deve ser prestado a todos aqueles que se apresentarem em condições comparáveis, dentro dos critérios técnicos preestabelecidos para o recebimento do serviço público. Deve-se levar em consideração que aqueles que estiverem em igualdade de condições devem receber igual tratamento, sob pena de restar violado tal princípio.

Por este princípio busca-se garantir ao administrado/usuário igualdade de acesso, de utilização e funcionamento ao serviço público, não podendo este vir a ser negado a ninguém, desde que restem preenchidos os requisitos exigidos para o seu recebimento.

Neste diapasão, interessante trazer a lume a decisão proferida pela c. 17.^a Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em que se firmou como direito do consumidor, além de receber o serviço de telefonia fixa que lhe havia sido negado, por ausência de condições técnicas (na verdade inexistente, eis que fora instalada outra linha telefônica na residência da vizinha da autora da demanda), ser indenizado por danos morais, tendo em vista que, no caso em tela, ainda que implicitamente, restou violado o princípio da igualdade jurídica de tratamento a todos os consumidores que estiverem em similar situação de fato. Confira-se a ementa do acórdão, *verbis*:

"Dano Moral - Não-Instalação de Linha Telefônica no Prazo - Instalação em Residência Vizinha - Admissibilidade.

A instalação de linha telefônica em residência vizinha afasta escusas da empresa, apresentadas para justificar a não-instalação da linha por dificuldades técnicas, caracterizando a ineficiência do serviço prestado pela ré, que deve indenizar por dano moral"²⁰.

Desta feita, vê-se claramente que o desrespeito à igualdade de tratamento entre consumidores de serviços públicos deve ser veementemente repugnado pela própria Administração Pública, restando, em cada caso concreto, ao Poder Judiciário a efetivação desse direito constitucionalmente garantido, ordenando a reparação dos danos (materiais e morais) porventura sofridos pelo consumidor.

20 Apelação Cível n.º 2000.001.12.151, Rel. Des. RAUL CELSO LINS E SILVA, pub. D. O. de 19.04.2001, unânime. *Apud* Boletim de Jurisprudência ADCOAS n.º 38/2001, p. 698.

PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE

Aqui cumpre, de início, fazer a observação de que o usuário, salvo algumas exceções no ordenamento jurídico (serviço judiciário - questão de direitos indisponíveis, serviço penitenciário, etc.), não é obrigado a utilizar o serviço público que lhe é posto à disposição.

Mas, sendo o serviço público considerado essencial pela própria Administração Pública (quer por lei ou através do contrato de concessão), não pode o cidadão de senso médio, que comprovar as condições para o seu recebimento, dele ficar privado, ainda que do mínimo existencial necessário à garantia da sua dignidade humana.

Em suma: através do princípio da obrigatoriedade o Poder Público ou seus delegados ficam sujeitos à prestação do serviço àqueles que deles reclamam, desde que preenchidos os requisitos preestabelecidos ao seu recebimento (ainda que do mínimo possível para a garantia da dignidade humana), sendo a violação deste princípio, quer por omissão ou por recusa na prestação, sujeita ao controle jurisdicional através das ações cabíveis, dentre elas o mandado de segurança.

Exemplo do que acima se expôs encontra-se no serviço público de saúde, que, malgrado estar exposto à iniciativa privada (artigo 199 da CRFB/88), deve, obrigatoriamente, também ser prestado pelo Poder Público, eis que irrenunciável pelo Estado, observada a teoria da reserva do possível, a se garantir o mínimo existencial ao cidadão, e, assim, atender aos postulados do princípio da dignidade da pessoa humana.

PRINCÍPIOS DA MUTABILIDADE E ATUALIDADE

É de conhecimento geral que a sociedade vive em constante mudança, aumentando, a cada dia, os anseios coletivos, e assim, as necessidades públicas. Por isso, os prestadores de serviços públicos devem sempre aprimorar suas técnicas de prestação, a fim de acompanhar a mutabilidade social, de modo a torná-los sempre atuais para satisfazer, com modernidade e eficiência, os anseios dos consumidores.

Para **DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO**, o princípio da atualidade "*vem a ser corolário do princípio da eficiência, no sentido de que o progresso da qualidade das prestações ao usuário deve ser considerado um dos direitos do cidadão, de modo que o Estado, ao assumir um serviço como público, impõe-se também o correlato dever de zelar pelo seu aperfeiçoamento, para que os frutos da ciência e da tecnologia sejam distribuídos o mais rápido e amplamente possível*"²¹.

Assim é que, tanto a interpretação do artigo 37, § 3.º, I, da CRFB/88 como do artigo 6.º, § 2.º, da Lei 8.987/95, impõem a imperiosa necessidade de se aprimorar a qualidade técnica dos serviços públicos, incluindo-se aí aspectos atinentes à modernidade do equipamento, treinamento de pessoal, conservação das instalações, etc.

21 Ob. cit., p. 418.

Em síntese: conforme o princípio em comento, devem os serviços públicos ser atualizados a cada vez que as necessidades sociais assim o exigirem, sob pena de restar violado o princípio da atualidade na prestação dos serviços públicos.

Nesta linha de raciocínio, em caso de danos causados ao usuário do serviço público, decorrentes de falha do prestador em razão da não efetividade do princípio da atualidade/mutabilidade, restará presente, de certo, o seu dever de indenizar nos termos da legislação vigente.

Deve-se registrar, todavia, que, caso a exigência da atualização dependa do aporte de novos investimentos pelo prestador, não sendo estes previstos na lei ou no ato negocial de transferência, exsurgirá o direito à revisão da tarifa, a fim de que possa ser restabelecido o equilíbrio econômico e financeiro do contrato ou da relação jurídica.

PRINCÍPIO DA MODICIDADE

Deixando à margem a discussão se os serviços públicos devem ser prestados de maneira gratuita ou onerosa, é de consenso que, quando prestados de maneira não gratuita, deve o usuário/consumidor ser onerado da menor maneira possível. Isto se efetiva por meio da fixação do valor da tarifa que custeará o serviço.

Não se pode olvidar, todavia, que o conceito de modicidade deve ser aferido de acordo com critérios técnicos, sopesando-se, quando da fixação da tarifa, dentre outros fatores, os custos do prestador do serviço com manutenção das instalações e com a obrigação de atualidade; o tempo de recuperação do capital investido; a margem do lucro a ser auferido, a média de utilização pelos usuários; e tudo o mais a ser minuciosamente previsto no contrato de concessão, no caso de prestação descentralizada, ou nos projetos de discussões para fixação da taxa ou do preço público, quando prestados diretamente pela Administração Pública.

Na verdade, pretende-se, através desse princípio, que, dentro de condições técnicas e de um planejamento econômico preestabelecido, o serviço público seja custeado através de preços módicos, possibilitando o acesso da maior quantidade possível de usuários que dele necessite.

Relembre-se, com efeito, que a idéia de modicidade da tarifa depende da aferição de critérios técnicos, pautados na peculiaridade de prestação de cada serviço, sendo defeso ao Poder Judiciário se imiscuir nesta seara, divorciada da análise objetiva de tais critérios.

22 Sobre o tema rica é a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, in *Equilíbrio Econômico-financeiro do Contrato Administrativo*. Direito Administrativo na Década de 90 - Estudos em Homenagem ao Prof. José Cretella Junior. São Paulo: RT, 1997, pp. 108/122.

PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO DOS USUÁRIOS

Com a flagrante alteração do atual modelo de Estado, mormente no que tange à prestação de atividades administrativas, deixando-se de lado uma administração subordinativa e unilateral, para a implantação de uma administração pública coordenativa e multilateral, baseada na subsidiariedade e na consensualidade²³, necessário se fez trazer a lume a participação dos usuários na prestação dos serviços públicos, a fim de, não só exercitar um maior controle da administração pública, mas, também, buscar o seu aperfeiçoamento no que tange à prestação de serviços públicos, corolário da eficiência administrativa exigida pelo art. 37, *caput*, da CRFB/88.

Diga-se, pois, que a reforma administrativa inserida no texto constitucional pela Emenda Constitucional n.º 19/99 previu expressamente a possibilidade de participação dos usuários na prestação de serviços públicos (artigo 37, § 3.º, da CRFB/88) com o fim único de aprimorar e qualificar o seu fornecimento pelos órgãos da administração direta ou por pessoas que o executem por delegação (legal ou negocial) da Administração Pública.

Com o novo modelo de Estado que está em fase de implantação, mormente no que tange aos serviços públicos, ganham os usuários maior legitimidade para a fiscalização de sua prestação, sendo esse um fator importante para a colaboração e sucesso das autarquias especiais (agências reguladoras), que têm como uma das suas missões supremas o controle da qualidade do serviço público pelos prestadores delegados.

PRINCÍPIO DA CORTESIA

Este princípio traduz a preocupação da Administração Pública em estabelecer, em sentido mais amplo possível, o direito do cidadão de receber um digno tratamento pessoal, de um agente competente, e que respeite os seus direitos como cidadão, tratando-o com educação, higiene, e urbanidade. O princípio da cortesia importa, em linhas gerais, a maior efetividade ao respeito e ao bom convívio social que deve existir entre aqueles que prestam e recebem o serviço público.

Na verdade, busca a Administração Pública, através do princípio da cortesia, sanar um problema crônico de educação profissional que vem faltando aos agentes prestadores de serviços públicos, que acaba por desprestigiar e, por que não dizer, violar, o direito daqueles que são a mola mestra para a existência do serviço, isto é: o consumidor/usuário.

Deve-se registrar que a violação do princípio da cortesia por agente público poderá implicar em eventual dever de indenizar do Estado, bem como, desde que obedecido

23 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Apontamentos sobre a Reforma Administrativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 6.

o devido processo legal, a responsabilização do servidor faltoso, mormente no que diz respeito à sua punição administrativa, nos termos da legislação pertinente²⁴.

Há que fazer aqui, ainda que de maneira velada, uma crítica à existência desse princípio, eis que a cortesia dos prestadores do serviço público é corolário lógico da normal educação do cidadão, o que tem faltado nesses últimos tempos, sobretudo por ausência de políticas públicas e investimentos nessa seara social que tanto afeta a sociedade brasileira.

PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Quando se pensa em eficiência logo vem à mente o sentido de correção, satisfação, qualidade. Esses são os sentidos que devem revestir o princípio em comento, quando estiver orientando a prestação dos serviços públicos, eis que tais devem ser desenvolvidos de maneira correta, apta a atender integralmente e com qualidade os anseios dos consumidores, vindo estes a ficarem satisfeitos com o serviços que lhes são prestados.

Neste contexto, importante registrar o conceito de eficiência para o direito administrativo, mormente no que diz respeito à prestação de serviços públicos, formulado por **ROSIMEIRE VENTURA LEITE**, para quem "*A questão da eficiência parte da idéia de que há uma relação jurídica entre o Estado e os indivíduos, gerando direitos e obrigações recíprocas, de modo que à Administração cabe o cumprimento de seus deveres de forma mais eficiente possível, a fim de atender aos interesses da sociedade e, em última análise, aos fins que justificam a existência do Estado, enquanto modalidade específica de organização social*"²⁵.

Esta é a idéia que norteia a eficiência na prestação dos serviços públicos, e que levou **DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO**, como acima mencionado, a qualificar o princípio da atualidade como um corolário lógico do princípio da eficiência, eis

24 Sobre o tema, importante trazer à baila a lição de Álvaro Lazzarini: "(...) O agente público, porém, de tudo isso se aperceberá se, desde logo, independentemente de provocação do lesado, for observado pelo Ministério Público, na sua função institucional de promover, privativamente, ação penal pública (artigo 129, inciso I, da Constituição da República), no caso, pela hipótese do artigo 75 do Código de Defesa do Consumidor, que determina que seja responsabilizado criminalmente quem, na medida de sua culpabilidade e de qualquer forma, concorrer para os crimes referidos no aludido Código, não se descartando a responsabilização por 'improbidade administrativa' a teor do artigo 11, combinado com o artigo 22 da Lei de Improbidade Administrativa, Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992, e tudo isso sem prejuízo da responsabilidade administrativa disciplinar em que incida o agente pela violação do dever funcional de operacionalizar serviços públicos adequados, eficientes, seguros e contínuos, em qualquer hipótese, pois todo serviço público se mostra essencial à coletividade administrativa.". Consumidor de Serviços Públicos: Dever de Indenizar Enquanto Cidadão. In *Revista de Direito Administrativo* n.º 19, pp. 1/9.

25 LEITE, Rosimeire Ventura. *O Princípio da Eficiência na Administração Pública*. Revista de Direito Administrativo n.º 226, p. 259. Nesta mesma edição da RDA, confira-se *O Princípio Constitucional da Eficiência na Administração Pública*, escrito por Juliano Henrique da Cruz Cerejido.

que é obrigação da administração pública buscar o aprimoramento da qualidade dos serviços prestados, com vistas a alcançar a maior satisfação possível dos usuários, o que passa, logicamente, pela necessidade cada vez mais premente de se proceder a uma "reciclagem" periódica não só das instalações que servem à prestação dos serviços públicos (princípio da atualidade), mas, também, de seus agentes/servidores, por meio da realização de palestras, seminários, cursos, etc.

Deve-se aproveitar aqui a mesma crítica acima formulada quando do estudo do princípio da cortesia: não se pode imaginar prestação de serviços públicos sem que nela esteja embutida a idéia de eficiência na sua execução. Foi justamente por ser, como rotina, ineficiente a prestação dos serviços públicos que o Constituinte Reformador fez inserir o princípio comentado no caput do artigo 37, da CRFB/88, na esperança de que tal seja observado, tendo, para tanto, previsto uma maior participação de controle das atividades administrativas pelos administrados, conforme já se viu alhures.

PRINCÍPIO DA SEGURANÇA

Este princípio é, de certa forma, uma decorrência lógica dos princípios da eficiência e da regularidade da prestação dos serviços públicos, uma vez que estes, além de serem prestados, devem ser revestidos da maior segurança possível ao usuário consumidor, de modo a possibilitar maior conforto e confiabilidade na utilização.

O artigo 6.º, I, da Lei 8.078/90 estabelece que é direito básico do consumidor "a proteção e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos". Da mesma forma, dispõe o artigo 8.º da Lei Consumerista que "os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores...".

Diante do acima exposto, é correto afirmar que garantir a prestação de serviços públicos com segurança é dever da Administração Pública, sendo que a violação deste princípio ensejará o direito do consumidor de ter a reparação dos danos sofridos, como preceituam os artigos 14 e seguintes do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE OU DA GENERALIDADE

Alguns autores vêem no princípio da universalidade um mero prolongamento do princípio da igualdade²⁶, outros o entendem como princípio autônomo a informar a prestação dos serviços públicos.

Para **DINORÁ ADELAIDE MUNETTI GROTTI**, o princípio da universalidade consiste na "*possibilidade de que o serviço possa ser exigido e usado por todos. Signi-*

26 GROTTI, Dinorá Adelaide Masetti. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 55.

fica que o mesmo deve atender indistintamente, a todos que dele necessitem, independentemente do poder aquisitivo, satisfeitas as condições para sua obtenção. Sua manutenção se constitui num dever legal, podendo ser exigido tanto daqueles que tenham a competência para instituí-lo quanto daqueles que o executem”²⁷.

Parece espocar entendimento parecido **CELSO RIBEIRO BASTOS**, que vê no princípio em comento “o direito que todos têm de utilizar os serviços públicos, dentro das modalidades estabelecidas, sem se negar a um usuário o que foi concedido a outro. As exclusões da utilização dos serviços não podem ser, em consequência, arbitrarias”²⁸.

Para **JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO**, “O princípio da generalidade apresenta-se com dupla faceta. Significa, de um lado, os serviços públicos devem ser prestados com a maior amplitude possível, vale dizer, deve beneficiar o maior número possível de indivíduos”, mas, de outra feita, devem ser “prestados sem discriminação entre os beneficiários, quando tenham estes as mesmas condições técnicas e jurídicas para a fruição”²⁹.

Ponderando os conceitos acima transcritos, pode-se concluir que, em suma, o princípio da generalidade consiste no direito conferido aos usuários de serviços públicos (em sentido amplo) de, uma vez implementadas as condições para o seu recebimento, compelir, tanto a Entidade Estatal competente para o seu fornecimento, ou o particular concessionário para a sua prestação, a prestá-los de maneira eficiente, dentro dos padrões da razoabilidade e do princípio da reserva do possível.

Diante da importância da fixação do princípio da universalidade como orientador daqueles que são incumbidos da prestação de serviços públicos, o legislador brasileiro, como já se disse alhures, a ele fez referência expressamente no artigo 6.º, § 1.º, da Lei federal 8.987/95.

Mas o legislador pátrio não parou por aí. Sentindo-se na obrigação de reafirmar o princípio que ora se analisa, mormente no que tange às pessoas jurídicas de direito privado que prestam, em regime de concessão, serviços públicos, fez constar no artigo 3.º, IV, da Lei 9.074/95 que incumbe ao poder concedente “o atendimento abrangente ao mercado, sem exclusão das populações de baixa renda e das áreas de baixa densidade populacional, inclusive as rurais”.

Desta forma, serve o princípio da generalidade para informar que é direito do cidadão, implementadas as condições técnicas preestabelecidas, exigir, dentro do limite do razoável, tanto da Administração Pública, quanto dos prestadores delegados, o seu recebimento³⁰.

27 Ob. cit., pp. 55/56.

28 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. 4.ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 170.

29 Ob. cit., p. 224.

30 Sobre maiores considerações acerca do princípio da generalidade, mormente em cotejo com o direito do cidadão de receber o serviço público ainda não prestado em caráter geral, confira-se o nosso

O PROBLEMA DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA NA DISCIPLINA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

A Constituição Federal de 1988 adotou como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito a livre iniciativa. (artigo 1.º, IV).

A livre iniciativa também serve de fundamento para a organização econômica estatal, prevista no caput do artigo 170, da CRFB/88.

Já se afirmou na doutrina que o princípio da livre iniciativa comporta uma série de direitos para o indivíduo e pode ser compreendido sob várias vertentes, dentre as quais se destaca a liberdade de criação de uma empresa e a possibilidade de esta ter gestão autônoma, sem ingerência externa, sobretudo do Poder Público³¹.

Segundo **CELSO RIBEIRO BASTOS**, o princípio da livre iniciativa traduz “o direito de que todos têm de lançarem-se ao mercado da produção de bens e serviços por sua conta e risco”³². Isto é, o direito que qualquer pessoa, física ou jurídica, tem de buscar, de maneira lícita, o mercado de produção de bens ou de serviços, sem que o Poder Público lhe imponha obstáculos irrazoáveis para tanto.

Parece trilhar caminho parecido o eminente Procurador do Estado do Rio de Janeiro **PEDRO PAULO CRISTÓFARO**, para quem o princípio da livre iniciativa é “a faculdade reconhecida às pessoas de se organizarem para explorar os meios de produção que lhes pertençam, exercendo a atividade econômica com objetivo de dela extrair benefícios pessoais. A circunstância de que, nessa atividade, as pessoas se encontram balizadas por limites legais, não sendo pois, como aliás não se é em nenhuma atividade, livres de quaisquer peias ou restrições, não desnatura a essência do sistema. Esta, repita-se, é a busca de benefícios pessoais através da exploração da propriedade dos meios de produção. O lucro produzido pela empresa pertence aos donos dela que dele se apropriam, reinvestindo-o no negócio ou embolsando-o para gastar como melhor lhes aprouver. É a busca desse lucro que impulsiona as pessoas a se dedicarem aos azares e aos riscos da atividade econômica”³³.

A partir da noção do que seja livre iniciativa junto às atividades que guardam exploração econômica, discute-se a sua aplicação nos serviços públicos que detinham essa característica (atividades econômicas em sentido amplo). Tal se dá, basicamente

O PRINCÍPIO DA GENERALIDADE E O DIREITO AO RECEBIMENTO DE SERVIÇOS PÚBLICOS AINDA NÃO PRESTADOS EM CARÁTER GERAL. *In Revista de Direito Administrativo*, n.º 227, pp. 111/130.

31 MONCADA, Luís S. Cabral. *Direito Econômico*. 3.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 107/108.

32 BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito Econômico Brasileiro*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2000, p. 112.

33 *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, vol. VI, Direito Político. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 24.

mente, face à regra inserta no artigo 175 da Carta Magna atual, que estatui ser a prestação dos serviços públicos de incumbência do Poder Público, que poderá prestá-lo diretamente ou mediante o regime de concessão ou de permissão.

Assim, para os autores que advogam a tese de que a livre iniciativa não pode ser aplicada no campo dos serviços públicos, fica evidente que a regra a ser observada é: o serviço tido pela Constituição Federal ou pela lei como público somente poderá ser transferido à execução pela iniciativa privada mediante vontade expressa da Administração Pública, não se admitindo o livre ingresso à sua prestação.

Não se pode, contudo, olvidar que a própria Constituição Federal de 1988, nos serviços públicos de educação, saúde e previdência (artigos 209, II, 199 e 202, respectivamente) deixou-os entregues à livre iniciativa, dependendo, apenas, se for o caso, *"de uma licença prévia da autoridade competente - ato administrativo vinculado - uma vez atendidas as exigências legais"*³⁴.

Todavia, como bem advertiu **MARCOS JURUENA VILLELASOUTO**, com a acuidade que lhe é peculiar, *"o artigo 175 da Constituição Federal não é exaustivo quanto às únicas formas de prestação de serviços públicos serem através do Poder Público ou de concessionárias e permissionárias de serviços públicos. O dispositivo, tão-somente, define que serviços que comportem exploração econômica devem ser licitados para transferência de sua gestão a particulares com fins lucrativos"*³⁵.

A questão que se propõe é saber se poderá a lei estabelecer que determinado serviço público, malgrado permanecer na titularidade do poder público, poderá ser prestado sob o regime de livre iniciativa, em que o particular deverá receber do Poder Público uma licença prévia, ficando sujeito, durante a prestação, ao controle finalístico, de resultado, a ser realizado pela Administração Pública.

No nosso modesto entendimento, a resposta é positiva, eis que não se estará retirando o serviço da titularidade do Estado; apenas a Administração Pública, valendo-se de seu poder discricionário, poderá escolher a forma como o serviço público será prestado, isto é, se o será de forma centralizada ou descentralizada. Em caso de escolha pela segunda via de prestação – descentralizada – ainda restará para a administração pública estabelecer o critério de transferência, se será por delegação legal, negocial, ou, simplesmente, de forma livre, aberta a todos aqueles que queiram se sujeitar ao regime de direito público e que preencham as exigências para o recebimento da licença prévia.

Neste diapasão, e em reforço ao que acima se expôs, deve-se mencionar que, nos dias atuais, a prestação de serviço público por particulares não vem acontecendo tão-

34 BARROSO, Luís Roberto. Regime Constitucional do Serviço Postal. Legitimidade da Atuação da Iniciativa Privada. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, vol. IX, Direito de Concessões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 143.

35 Ob. cit. *Desestatização, privatização*, p. 539.

somente através dos instrumentos usuais de transferência enunciados no artigo 175, da CRFB/88; outras formas alternativas de prestação vêm sendo utilizadas pela Administração Pública para a busca da eficiência administrativa, do enxugamento da máquina estatal, bem como para dar efetividade aos princípios da consensualidade e subsidiariedade, devidamente amparadas pela regra insculpida no § 3.º do artigo 37, da CRFB/88.

Este argumento jurídico importa na conseqüência de que os serviços públicos não serão prestados, tão-somente, de maneira centralizada ou descentralizada para a administração indireta (artigo 37, XIX, da CRFB/88) ou para particulares nas modalidades de concessão ou permissão. Via de conseqüência, diante do exposto, penso haver espaço, diante da necessidade cada vez mais premente de se buscar imprimir efetividade aos princípios da eficiência e da subsidiariedade, convergindo para uma interpretação que possibilite à Administração Pública, por meio do seu poder discricionário, a escolha da forma de delegação da prestação do serviço público ao setor privado, que colaborará com o Poder Público.

Deve-se lembrar que a reforma administrativa que está sendo implementada no Estado brasileiro passa pelo abandono do modelo de administração pública burocrática para a administração pública gerencial, orientada, especialmente, pela eficiência e pela qualidade na prestação do serviço, tudo no anseio de proteger e garantir, o máximo possível, a dignidade humana do cidadão. Vale lembrar as palavras sempre autorizadas de **DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO**, *verbis*:

"Por outro lado, a administração pública coordenativa é multilateral, equiordinada e radial, apresentando manifestações consensuais novas e em plena expansão.

(...)

Como averbou Caio Tácito, com sua habitual precisão e atualidade, hoje estamos presenciando a um crescente número de modelos de colaboração... mediante a perspectiva de iniciativa popular ou de colaboração privada no desempenho de funções administrativas.

*As formas de participação que se logram pela consensualidade são cada vez mais importantes nas democracias contemporâneas, uma vez que contribuem para aprimorar a governabilidade; propiciam mais freios contra o abuso; garantem a atenção a todos os interesses; proporcionam decisões mais sábias e prudentes; desenvolvem a responsabilidade das pessoas; e tornam as normas mais aceitáveis e facilmente obedecidas"*³⁶.

36 NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 26/27.

Também não merece esquecimento o fato de que a reforma administrativa passa pela necessidade real de se encontrar mecanismos, institutos novos, formas novas de prestação de serviços públicos. Sobre o tema, bem discorreu MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *verbis*:

"A Administração Pública brasileira vive um momento de reforma, acompanhando o movimento de globalização que vem tomando conta do mundo.

Alega-se que essa reforma é irreversível. Que qualquer governo que assumisse o poder teria que levá-la a efeito.

O certo é que com pelo menos duas realidades se defronta o governante de todos os níveis de governo:

a) uma primeira realidade é a situação da crise, especialmente a crise financeira; e isso leva a uma constatação: a Constituição Federal atribuiu competências ao poder público que ele não tem condições de cumprir a contento; faltam verbas nas áreas de saúde, educação, previdência social, moradia, transporte, segurança; isso para falar apenas nas atividades essenciais;

b) a segunda realidade é a procura desesperada por soluções; é a busca de institutos novos, de medidas inovadoras, que permitam ao Estado lograr maior eficiência na prestação dos serviços que lhe estão afetos"³⁷.

Destarte, cabe asseverar que, de início, a regra não muda. Em tese, qualquer particular, para executar um serviço público, deverá, antes, receber uma delegação da administração pública. Todavia, nada impede que tal delegação, à luz do poder discricionário da administração pública, possa se dar por meio de uma licença prévia, a qualquer particular que preencha os requisitos para recebê-la, sujeitando-se a um regime de normas total ou parcialmente de direito público, sobretudo uma fiscalização *a posteriori*, como manifestação do exercício do poder de polícia administrativa.

Deve-se ressaltar que tal modalidade de delegação do serviço somente será possível quando expressamente autorizada pela Constituição Federal ou por lei de iniciativa do Ente público titular da prestação do serviço.

Nessa linha de entendimento, necessário se torna fazer referência ao disposto na Lei 9.074/95, mais precisamente no artigo 8.º (com esteio no artigo 176, § 4.º, da CRFB/88), onde consta norma que, não obstante preservar o serviço de energia elétrica como público - ainda que na fase de produção/geração -, admite, expressamente, o princípio da livre iniciativa à sua produção, quando se tratar do aproveitamento do pequeno potencial hidráulico e da implantação de pequena usina termelétrica. Vale a pena conferir a redação do artigo acima citado, que está assim disposto:

37 Parcerias na Administração Pública. Ob. cit., p. 37.

"Art. 8.º - O aproveitamento de potenciais hidráulicos, iguais ou inferiores a 1.000 KW, e a implantação de usinas termelétricas de potência igual ou inferior a 5.000 KW, estão dispensados de concessão, permissão ou autorização, devendo apenas ser comunicados ao poder concedente".

Com isso, nota-se que a lei conservou a atividade acima mencionada como pública, ainda que na fase de geração, mas admitiu que tal fosse desempenhada, sob o regime de livre iniciativa, por qualquer particular que detenha o potencial hidráulico (monopólio natural), bastando, apenas, a comunicação da sua utilização ao "poder concedente"; isto é, deve o titular de tal potencial, tão-só, comunicar sua exploração ao ente público titular da competência para a exploração do serviço, para que possa ser exercido um certo tipo de controle, *a posteriori*, da execução da atividade.

Outro exemplo ainda pode ser oferecido para se visualizar que já se tem a aplicação do princípio da livre iniciativa no regime dos serviços públicos. Vejamos.

A Constituição Federal de 1988, no artigo 21, XI, tratou o serviço de telecomunicações como público, outorgando competência/titularidade para sua prestação à União Federal. O mesmo dispositivo constitucional aduz que a lei "*disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais*".

Pois bem. A Lei 9.472/1997, que regulamentou o artigo constitucional acima citado e criou a ANATEL, no artigo 126, normatiza que: "*A exploração de serviço de telecomunicações no regime privado será baseada nos princípios constitucionais da atividade econômica*".

Ora, se a lei assim determina, isto é, se a lei determina que a exploração do serviço de telecomunicações em regime privado obedecerá aos princípios da atividade econômica, não há como fugir da aplicação do artigo 170, *caput*, e inciso IV, da CRFB/88, que prevêem, expressamente, os princípios da livre iniciativa e livre concorrência como pilares do ordenamento econômico brasileiro.

Assim, entendemos que, em alguns casos, desde que expressamente previstos na Constituição Federal ou na lei, não há como fugir da realidade de se admitir a livre iniciativa para a prestação de determinados serviços tidos como públicos, visando dar efetividade aos princípios da eficiência, generalidade e dignidade humana do cidadão, mormente diante do novo conceito de serviço público concebido no direito comunitário europeu, como sendo um serviço universal³⁸, caracterizado, segundo GASPARIÑO ORTIZ, pela "*passagem de um sistema de titularidade pública sobre a atividade, concessões fechadas, direitos de exclusividade, obrigação de fornecimento, preços administrativamente fixados, caráter temporário (com reversão/resgate em todo caso) e regulação total da atividade, até o mínimo detalhe, para um sistema*

38 Sobre o conceito de serviço público universal no direito comunitário europeu, imperiosa é a transcrição dos ensinamentos de Fábio Medina Osório, *verbis*: "*Os serviços universais não são prestados, necessariamente, pelos Estados, nem direta, nem indiretamente, podendo ser prestados*

aberto, presidido pela liberdade de empresa, isto é, liberdade de entrada (prévia autorização vinculada), com determinadas obrigações ou encargos de 'serviço universal', mas com liberdade de preços e modalidades de prestações, com liberdade de investimento e amortização e, em definitivo, no regime de concorrência aberta, como qualquer outra atividade comercial ou industrial, em que tem que lutar pelo cliente (não há mercados reservados nem cidadãos cativos). Certamente, neste segundo modelo não há reserva de titularidade a favor do Estado sobre a atividade que se trate"³⁹.

Alerte-se, por oportuno, mais uma vez, que não se pretende aqui infirmar a regra de que os serviços públicos são de titularidade do Estado e que os particulares devem, antes de executá-los, receber expressa delegação do Poder Público. O que se busca é aclarar, à luz das modernas formas alternativas de gestão dos serviços público, e do seu novo conceito no direito comunitário europeu, que, em algumas situações particulares, expressamente previstas em lei, a Administração Pública poderá optar, à luz de seu poder discricionário, por disciplinar a prestação de determinados serviços públicos facultando-os à livre iniciativa, por meio de um ingresso vinculado de seus prestadores, reservando-se o direito de, através do poder de polícia, exercer a sua fiscalização e controle, *a posteriori*, chegando até, se for o caso, a cassar o direito do gestor de explorá-lo, caso reste caracterizada a sua má gestão ou ineficiência. Na verdade, restaria, com isso, não só garantida a titularidade pública do serviço, mas, também, uma nova forma de sua regulação, com a possibilidade de uma fiscalização realizada, basicamente, *a posteriori*.

CONCLUSÕES

Diante do que acima restou exposto, pode-se asseverar, em conclusão ao presente trabalho, que, de acordo com sua conceituação atual, será considerada serviço público toda e qualquer atividade que assim guarde previsão legal ou constitucional, e que esteja regulada por normas total ou parcialmente de direito público.

Nesse contexto, cai em desuso, de certa forma, a conceituação clássica de serviço público, não mais sendo necessário à sua caracterização, que seja prestado diretamente pelo Estado, com natureza de essencialidade e sob normas totalmente de direito público.

por particulares em regime de prévias licenças, que seriam, por seu turno, distintas das antigas concessões, pela nota fundamental de que a titularidade mesma dos serviços pertenceria à iniciativa privada, não ao Estado (administração pública)". **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: RT, 2000, p. 46.

39 Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico (hacia un nuevo modelo de regulación), in Ariño Ortiz, J. M. De La Cuétera Martínez e J. L. López-Muniz, *El Nuevo Servicio Público*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 25. Apud DINORÁ ADELAIDE MUSETTI GROTTI, ob. cit., p. 62.

Essa nova concepção de serviço público traz consigo uma série de princípios jurídicos, explícitos e implícitos na legislação pátria, que irão disciplinar a sua prestação, quer pela administração pública, quer por particulares que com ela estejam em colaboração, sendo que a violação de quaisquer deles gerará ao cidadão/consumidor o direito de buscar, nas vias administrativa ou judicial, a reparação dos danos daí oriundos, restabelecendo, assim, a manutenção e regularidade do conceito de serviço adequado.

Por outro lado, ainda que prevaleça, nos dias atuais, a idéia de que os serviços públicos devem ser executados diretamente pela própria administração pública ou por terceiros, em colaboração, após receberem do poder público expressa delegação a ser realizada por lei ou por ato administrativo bilateral ou unilateral, não se pode fechar os olhos à evolução do instituto, mormente à nova noção do conceito de serviço público no direito comunitário europeu, fato este que, em algumas situações específicas, expressamente reguladas no ordenamento jurídico, possibilitará a aplicação, na espécie, do princípio da livre iniciativa, sem que isto desnature a classificação de um serviço como público, eis que à administração pública restará a titularidade do serviço, bem como lhe será possível o pleno controle da atividade, ainda que *a posteriori*.

BIBLIOGRAFIA

- AGUILLAR, Fernando Herren. Controle Social de Serviços Públicos. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- AMARAL, Antonio Carlos Cintra. Revista de Direito Administrativo n.º 225. Rio de Janeiro, Renovar julho/setembro de 2001
- AMARAL, Diogo Freitas. Curso de Direito Administrativo, 2.ª edição, vol. I. Lisboa: Ed. Almedina, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. Regime Constitucional do Serviço Postal. Legitimidade da Atuação da Iniciativa Privada. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. IX, Direito de Concessões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 2.ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CRISTÓFARO, Pedro Paulo. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, volume VI, Direito Político. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 7.ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GONÇALVES, Pedro. A Concessão de Serviços Públicos. Coimbra: Almedina Editora, 1999.
- GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988, 6.ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001.

- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. In *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, pág. 55.
- LAZZARINI, Álvaro. Consumidor de Serviços Públicos: Dever de Indenizar Enquanto Cidadão. In *Revista de Direito Administrativo* n.º 19.
- LEITE, Rosimeire Ventura. O Princípio da Eficiência na Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo* n.º 226
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, 5.ª edição. São Paulo: RT, 2001
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 23.ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 13.ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MONCADA, Luis S. Cabral. *Direito Econômico*, 3.ª edição. Coimbra: Editora Coimbra, 2000.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, 12.ª edição. Rio de Janeiro : Forense, 2001.
- _____ Apontamentos sobre a Reforma Administrativa. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- _____ Mutações no Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: RT, 2000.
- VILLELA SOUTO, Marcos Juruena . *Desestatização, Privatização, Concessão, Terceirização e Regulação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- _____ Aspectos Jurídicos do Planejamento Econômico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, 3.ª edição. São Paulo: Atlas, 1999.
- _____ Equilíbrio Econômico-financeiro do Contrato Administrativo. *Direito Administrativo na Década de 90 - Estudos em Homenagem ao Prof. José Cretella Junior*. São Paulo: RT, 1997.
- _____ *Direito Administrativo*. 14.ª edição. São Paulo: Atlas, 2002.