Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

REDE Revista Eletrônica de Direito do Estado

Número 14 – abril/maio/junho de 2008 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X -

O CONTROLE SOCIAL DOS SERVIÇOS PÚBLICOS NO BRASIL COMO CONDIÇÃO DE SUA POSSIBILIDADE

Prof. Rogério Leal
Doutor em Direito, Professor da Universidade de Santa Cruz do Sul e Desem-bargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Resumo: Pretende o presente estudo avaliar as condições e possibilidades do serviço público no Brasil e o necessário controle social que ele deve ter, notadamente a partir do interesse destacado dos usuários como consumido-res finais de toda a atividade desenvolvida a este título. Para tanto, mister é que se pondere quais os pressupostos teóricos e normativos que se impõe no atual sistema jurídico pátrio.

Palavras-chave: Administração Pública – Serviço Público – Cidadania – Controle Social.

I. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES:

O presente ensaio pretende abordar o tema dos serviços públicos no Brasil e como se tem tratado a questão do seu controle social. Para tanto, pretendemos desenvolver nossa reflexão a partir dos seguintes tópicos: (1) a identificação conceitual de serviço público no Brasil; (2) os marcos normativos destes serviços; (3) o regime jurídico dos contratos administrativos da concessão e as possibilidades de sua interpretação; (4) o controle social dos serviços públicos como condição de sua possibilidade.

Em face da complexidade e mesmo amplitude do tema proposto, nossa intenção é tão somente trazer alguns apontamentos sobre ele, notadamente os marcados pela ordem constitucional vigente no país, haja vista a profunda mudança que ela operou na conceitualização dos poderes instituídos e de suas competências políticas e jurídicas.

II. POSSIBILIDADES CONCEITUAIS DO SERVIÇO PÚBLICO NO BRASIL:

Em sentido amplo, todas as atividades que o Estado desempenha constituem serviços públicos. Nesta ótica, o conceito de serviço público pode ser definido como a atividade da Administração que tem por fim assegurar, de modo permanente, contínuo e geral, a satisfação de necessidades essenciais ou secundárias da sociedade, assim por lei consideradas, e sob as condições impostas unilateralmente pela própria administração[1].

Eros Roberto Grau, em texto crítico, lembra que a doutrina sobre o Direito Administrativo tem se equivocado quando trata do tema, eis que existem dois elementos indispensáveis para caracterizar o serviço público: o substrato material que está envolvido (serviço público é uma prestação fornecida aos administrados); o substrato formal (os traços que consubstanciam o chamado regime de direito público ou de direito administrativo)[2].

Neste particular, temos que a concepção de serviço público no próprio Ocidente vem marcada pelas contingências de formação de uma cultura de espaço público e de espaço privado específica, que discrimina significativamente o primeiro em favor do segundo, o que é perfeitamente compreensível, haja vista que tais conceitos são forjados a partir da Idade Moderna, numa tentativa de reconfiguração das ambiências de poder político vigente, principalmente na Europa Central, reduzindo a influência dos Governos (aqui confundidos com o Estado) e ampliando a autonomia do novo sujeito social emergente: o mercado[3].

Isto implicou um processo de fragilização do Poder Público em face do Poder do Mercado, reduzindo-o a instâncias controladas de administração de áreas e temas previamente demarcados/autorizados pelo próprio mercado (em sua via legislativa-formal), necessariamente não intervindo no projeto de crescimento econômico posto[4].

Isto significa que o Estado Administrador passa a ter uma função meramente ratificadora do projeto de crescimento social pautado pelas leis do mercado, organizando suas atividades e competências de maneira a gestar os problemas causados por este modelo, bem como intervindo somente em setores que são estratégicos para alavancá-lo, tais como políticas educacionais técnicas retroalimentadoras da mão de obra demandada por aquele modelo; políticas de saúde meramente curativas, suficientes para reabilitar os trabalhadores à produção; políticas de fomento e subsídios para setores que se

---

[1] Vai nesta direção o conceito expendido por FLIPO, Jean. *Le management des enterprises de services*. Paris: Gallimard, 1998, p.39.

[2] GRAU, Eros Roberto. *Empresas Estatais ou Estado Empresário?* In Curso de Direito Administrativo. Vários autores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p.105.

[3] Neste sentido, ver o trabalho de CROZIER, Michel. *La transición del paradigma burocrático a una cultura de gestión pública.* Madrid: Civitas, 2000, p.41.

[4] Abordamos esta questão em nosso livro LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade.* 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

encontram alinhados mercadologicamente, deixando ao largo as suas funções de gestor preventivo e acautelador das garantias e direitos fundamentais[5].

Por certo que também os serviços públicos são atingidos por estes cenários, haja vista que eles evidenciam as feições que o Estado possui nos seus andares oficiosos.

De outro lado, cumpre reconhecer que o serviço público há tempos é alvo de críticas não só na sociedade brasileira, mas em várias outras partes do mundo, como em países como Inglaterra e França. Embora as nações estejam se empenhando em adequar as funções públicas à própria reforma do Estado, ainda permanece disseminada a idéia de que os funcionários públicos são preguiçosos e incompetentes e que a prestação estatal é sempre inferior à privada.

A título exemplificativo, em 1979, Madson Pirie, o ministro especial da "dama-de-ferro" inglesa Margareth Tatcher, enumerou algumas razões da ineficiência nas empresas públicas britânicas. Ele não culpava necessariamente os funcionários pela má gestão estatal, mas deixava implícito que uma empresa privada seria sempre mais lucrativa e atingiria mais facilmente seus objetivos que uma empresa pública. Isso porque as decisões estatais estão sempre contaminadas por fortes ingerências políticas, enquanto as decisões na iniciativa privada são sempre motivadas para a satisfação do consumidor, ou em última análise, visam ao lucro[6].

Um outro ponto enumerado por Pirie é que o setor público gastaria muito mais do que a iniciativa privada e operaria com um contingente bem maior de mão-de-obra. Uma empresa privada, por correr risco de falência, se preocuparia muito mais com critérios de eficiência do serviço e com a capacitação profissional das pessoas que estão na gerência. No serviço público, os dirigentes não se preocupariam tanto com a competência de quem gerencia o cargo, pois não são eles quem pagariam o salário. No seu entender, o fato de os equipamentos do setor público pertencerem à sociedade, torna-os, de fato, propriedade de ninguém[7].

Dessa forma, pensava que o Estado, por ser um ente abstrato e de competência limitada, poderia atuar apenas em atividades consideradas essenciais ao funcionamento da ordem social, estas dadas também pelas insuficiências apresentadas pelo mercado (tomadas aqui como temas de pouco ou nenhum interesse do modelo vigente, e não da sociedade).

Quando elaborou suas críticas, o ministro inglês não estava se referindo diretamente a toda e qualquer instituição pública. Dirigia-se, basicamente, às empresas públicas e deu todo o suporte ao governo de

[5] Ver o texto de BARZELAY, Martin. *The new public management: improving research and policy dialogue.* Berkley: Berkley University Press, 2000, p.39 e seguintes.
[6] Como consta do Editorial da *New Public Administration*, vol.92, September, 2000, p.02. London: Master & Lews , 2000.
[7] Op.cit., p.03

Margareth Thacher para iniciar a política de privatização de estaleiros navais, siderurgias e até do sistema carcerário.

No Brasil, sucessivos governos, ao seu modo e a partir de uma perspectiva institucional e endógena de poder, propuseram mudanças na administração pública, com o intento de buscar índices maiores de racionalidade e eficácia de resultados em termos e padrões pré-estabelecidos pelo próprio governo[8]. Segundo a procuradora do Ministério Público Federal, Cláudia Fernanda de Oliveira, a reforma implantada por Fernando Henrique Cardoso guarda muita similaridade com a que foi almejada por Fernando Collor de Mello, principalmente no que tange à estabilidade do servidor: *o objetivo é deixar a máquina o mais flexível possível para se atingir com mais facilidade o critério de eficiência e economia públicas*, observa[9].

Mas também tem uma diferença essencial. O Presidente Fernando Henrique Cardoso perseguiu o caminho inverso ao do Presidente Collor de Mello, ou seja, preferiu alterar a Constituição Federal de 1988, que, segundo o governo, engessava a administração pública. Entre as principais mudanças estão as quebras da estabilidade e da irredutibilidade de salário, o que inicia com a nominada Reforma Administrativa da Emenda Constitucional nº19, de 04/06/1998.

Tal reforma, no entanto, foi muito mais voltada para o projeto de privatização das ações estatais, impondo-se a elas parâmetros da iniciativa e do mercado privado para fins de *eficiência*, do que propriamente preocupada à ampliação dos espaços de deliberação política e pública do tecido social e de tudo o que lhe diz respeito.

Em outras palavras, além das reformas se revelarem insipientes em face do aumento das demandas comunitárias (tanto em nível de complexidade como de quantidade), elas não manejaram a revisão de conceitos operacionais da Administração Pública, como o de interesse público, participação social na administração, controles internos e externos à Administração, regime jurídico dos atos administrativos, etc, acarretando que inovou-se em regras positivadas mas as práticas e a operacionalidade administrativa do Poder Público tem permanecido a mesma.[10]

Apesar de tudo isto, boa parte da doutrina especializada do Direito Administrativo brasileiro tem resistido bravamente ao desmantelamento do Estado, insistindo na permanente definição conceitual e operacional de serviço público no país. Assim ocorre com Celso Bastos, quando assevera que:

---

[8] O ex-presidente José Sarney tentou torná-la mais dinâmica, com a eliminação gradativa de algumas empresas estatais e a desburocratização em vários setores do governo. Fernando Collor adotou uma proposta mais radical e pretendia logo nos primeiros anos de governo a dispensa de 360 mil servidores. Ver o texto de MARTINS, Luiz. *Reforma da administração pública e cultura política no Brasil:uma visão geral.* In Cadernos Enap: Brasília, 1997, vol. 08.

[9] Entrevista dada à Revista VEJA, Edição de 22/05/2002, p.12.

[10] Neste sentido, ver o texto de DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *A defesa do cidadão e da res publica*. Revista do Serviço Público, vol.02, ano 49, Brasília: Enap, 1998, pp.127/132.

> *Dá-se o nome de serviço público a atividade prestada pela Administração, que se vale do seu regime próprio de direito administrativo, com vistas ao atingimento de uma necessidadecoletiva que pode ser fruído uti singuli ou uti universali pelos administrados.*[11]

Celso Antônio Bandeira de Mello é ainda mais detalhista e preciso, ao referir que:

> Serviço Público, em sentido técnico jurídico, é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material, fruível diretamente pelos administrados, prestadas pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.[12]

Na mesma direção vai Cirne Lima, ao conceituar o serviço público como aquele que é *existencial à sociedade ou, pelo menos assim havido num momento dado, que, por isso mesmo, tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa*.[13]

Veja-se que, no centro de todos estes conceitos, encontra-se não o Estado como detentor do poder de fornecer o serviço público, mas a sociedade enquanto destinatária e mesmo sentido último dele, portanto, colocando este Estado como devedor/provedor das demandas sociais que se apresentam a este título. Não se pode perder isto de vista, eis que não raro a idéia e conceito mais operacional que se tem de serviço público no país inverte tal ordem, já que deixa ao arbítrio do Estado a definição conceitual e pragmática das condições e possibilidades deste, estabelecendo uma relação autoritária e unilateral para com a comunidade, uma vez que não permite sua oitiva, tampouco o diálogo e o compartilhamento na tarefa de estabelecer quais os serviços que se apresentam como importantes para o atendimento dos reclames sociais.

---

[11] BASTOS, Celso. *Concessão de Serviços Públicos*. In Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Vol 15, abril/junho de 1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p.26.

[12] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Serviço Público e Poder de Polícia: concessão e delegação.* In Revista Trimestral de Direito Público, vol.20. São Paulo: Malheiros, 1997, p.23.

[13] CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de Direito Administrativo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p.82. Já Marcelo Caetano trabalha com um conceito mais genérico de serviço público, a saber, *uma organização permanente de atividades humanas ordenadas para o desempenho regular de atribuições de certa pessoa jurídica de direito público*. Destaca o autor, em seguida, que *estas atividades destinam-se à prestação de utilidades concretas aos indivíduos singularmente considerados, com o fim de satisfazer necessidade coletiva individualmente sentida pelos administrados*. Ver o seu *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 1067.

Aliás, cumpre destacar que para o próprio Estado (assim como para a Sociedade) há uma pauta mínima de prioridades e prerrogativas societais que estão já postas pelo sistema jurídico vigente, a saber, os inscritos no âmbito da Carta Política, notadamente em nível de princípios constitucionais, densificados nas regras que os explicitam. Portanto, não há que se falar em liberdade do Estado para resolver quais os serviços é que devem ser prestados à comunidade, a uma porque eles já estão desenhados pelas garantias constitucionais, a duas, porque suas especificidades vão sendo cotidianamente apresentadas em face das emergentes e complexas manifestações dos atores sociais[14].

Em face disto é que não há uma enumeração fechada e definitiva do que sejam serviços públicos, mas indicadores, uns mais precisos, outros mais difusos, que estão postos pela dicção constitucional vigente. Todavia, discordando de Aguillar e como referimos dantes, estes serviços não são propriedade do Estado, do interesse do Estado, ou daqueles *que são capazes de imprimir à sua atuação a marca de sua vontade*[15], isto porque não se pode confundir Estado com Governo ou Governantes.

Os interesses dos governantes, por vezes, podem não coincidir com os interesses do Estado enquanto espaço de interlocução pública à gestão das demandas societais[16], momento em que os desvios de rota e administrativos precisam ser corrigidos, não apenas pela via da representação política e seus instrumentos de ação – como o sufrágio -, mas por outros mecanismos de controle interno e externo do administrador (como os jurisdicionais e legislativos), sob pena de outros mais radicais se imporem (tais como a revolução ou desobediência civil).

Os principais indicadores conceituais e definidores de serviços públicos, assim, já podem ser encontrados nos Princípios Constitucionais do Texto Político brasileiro de 1988, inscritos no seu título primeiro, haja vista que eles sinalizam, e muito bem, os objetivos, finalidades e prioridades da República Federativa Brasileira (aqui compreendida notadamente a partir de seu centro neural, sua cidadania republicana).

---

[14] Tratei deste tema em meu livro LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

[15] AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle Social de Serviços Públicos.* São Paulo: Max Limonad, 1999, p.120. Também Odete Medauar assim raciocina, ao sustentar que *saber quando e por que uma atividade é considerada serviço público remete ao plano da concepção política dominante, ao plano da concepção do Estado e seu papel. É o plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei e na tradição*. In *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: RT, 1998, pp. 329-330.

[16] Aqui reside uma questão de fundo não discutida no Estado Administrador Brasileiro, pois ainda temos uma acepção de que as competências à gestão dos interesses públicos só competem ao Estado enquanto instituição consolidada e suas instâncias técnico-burocráticas. Trabalhamos com outra base reflexiva, mais comunicativa e de debate, deliberação e execução de políticas públicas compartilhadamente com a sociedade civil organizada. Ver nosso artigo LEAL, Rogério Gesta. *Gestão Pública Compartida e Organizações Sociais*. In Direitos Sociais e Políticas Públicas. Tomo I. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2001, p.35 e seguintes.

Significa dizer que todos os temas condizentes com a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, ao desenvolvimento justo, livre e solidário da sociedade nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como os que dizem respeito à solução das desigualdades regionais, à independência nacional, à prevalência dos direitos humanos, a autodeterminação dos povos, à solução pacífica dos conflitos, todos estes e outros a eles conectados e espargidos no texto da Carta Constitucional, podem e devem ser observados nas atividades de prestação de serviços por parte do Poder Estatal.

Não está se dizendo com isto que o Estado deva se transformar em um novo Leviathã, em tudo intervindo e a tudo regulando, mas deve ao menos debater com a comunidade que questões e áreas devem ser priorizadas a fim de que se possa garantir aqueles princípios e, mais do que isto, como se pode efetiva-los de maneira mais intensa e real.

Insiste-se, pois, no fato de que o conceito de serviço público só pode ser demarcado levando em conta de que Estado e de que Sociedade se fala, no caso, de um Estado Democrático de Direito e de uma Sociedade Democrática de Direito, significa dizer que tais serviços são servientes desta Sociedade e deste Estado.

Ao lado destas considerações conceituais preliminares, a verdade é que o país conta com uma historiografia normativa (constitucional e infraconstitucional) versando sobre a forma de operacionalizar e efetivar os serviços públicos, tema que passamos a enfrentar.

III. MARCOS NORMATIVOS DOS SERVIÇOS PÚBLICOS NO BRASIL:

O tema dos serviços público no país se aloja, dentre outros cenários, no âmbito da Ordem Econômica, haja vista sua inexorável intervenção – direta ou indiretamente - no campo de atividades produtivas do mercado de trabalho e, por isto, precisa observar o que dispõe, por exemplo, o art.170 da Constituição vigente, i.é., *a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: ... IV - livre concorrência*.

Significa dizer que se o Estado precisar prestar serviços à cidadania, não pode fazê-lo sem levar em conta a mantença do respeito a algumas regras mínimas do mercado, para não inviabilizar iniciativas da sociedade civil voltadas à produção. Neste passo é que precisa ser compreendido o que dispõe o art.173 da Carta Política, a saber: *ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a*

relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. Na mesma linha de concepção vai o seu parágrafo primeiro, ao asseverar que *a exploração direta da atividade econômica se dará através do mesmo regime jurídico aplicável aos particulares*, exatamente para não criar privilégios desmesurados à intervenção do Estado nas relações de mercancia, expondo a iniciativa privada a riscos de inviabilidade econômica.

Em termos históricos, pode-se dizer que o Brasil está familiarizado com a prestação de serviços públicos sob a perspectiva normativa, eis que desde a Constituição de 1934 (art.136), vem tratando do tema[17], sem, contudo, ter especificado a matéria notadamente da concessão de serviço público em legislação infraconstitucional detalhada, até o advento do Decreto-lei nº2300/86[18], que dispôs a respeito das licitações e dos contratos administrativos, institutos norteadores à operacionalização daquelas concessões.

É somente no início da década de noventa do séc.XX, com o surgimento da Lei de Licitações (nº8666, de 21/06/1993), que o país vai contar com uma regulamentação mais pontual sobre os vínculos da Administração Pública no âmbito de mercado, residindo aí o tema das concessões, ao menos na sua forma mais geral. Veja-se que aqui, já temos vigendo a disposição do art.175, da Constituição Federal de 1988, disciplinando que *incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos*, contudo, não tínhamos ainda normatização específica para tratar desta prestação, o que só vai ocorrer com o advento da Lei nº8987/95, a ser avaliada mais a frente.

Temos o seguinte quadro evolutivo das concessões e permissões, ao menos na sua perspectiva mais recente:

SERVIÇOS DELEGADOS	**ANTERIOR À CF/88**	**POSTERIOR À CF/88 E ÀS LEIS 8987/95 E 9074/95**	**POSTERIOR À CF/88 E À VIG. LEIS 8987 E 9074**
Concessão de Serviço Público	Delegação através de contrato administrativo. Via licitação. Caráter contratual	Delegação através de contrato administrativo. Via licitação. Caráter contratual.	Delegação através de contrato administrativo somente para pessoa jurídica ou consórcio. Via licitação. Caráter contratual. A licitação deve ser na modalidade de concorrência. Deve ser por prazo determinado.

[17] Assim como nas Constituições de: (a) 1937 (art.146); (b) 1946 (art.151); (c) 1967 (art.160, incs. I a III); (d) bem como pela Ementa Constitucional nº1, de 1969 (art.167).
[18] Alterado posteriormente pelos Decretos-leis nº2348/87 e 2360/87.

Concessão de Obra Pública	Delegação através de contrato administrativo. Via licitação. Caráter contratual. Exige-se do concessionário a realização de obra pública, cuja exploração amortizaria o investimento ou remuneraria o concessionário.	Delegação através de contrato administrativo. Via licitação. Caráter contratual. Exige-se do concessionário a realização de obra pública, cuja exploração amortizaria o investimento ou remuneraria o concessionário.	Delegação através de contrato administrativo somente para pessoa jurídica ou consórcio. Via licitação na modalidade de concorrência. Caráter contratual. Exige-se do concessionário a realização de obra pública, cuja exploração amortizaria o investimento ou remuneraria o concessionário. Deve ser por prazo determinado.
Permissão de serviço público.	Ato administrativo unilateral, discricionário, sem licitação e precário (rompimento do vínculo pode ser durante sua vigência).	Delegação através de contrato administrativo. Sempre via licitação. Caráter comtratual. Discricionariedade afastada.	Delegação através de contrato administrativo somente para pessoa jurídica ou física. Via licitação – não necessariamente na modalidade de concorrência. Caráter contratual. O poder público pode resgatar a título précário.
Autorização	Ato administrativo unilateral, discricionário, precário, onde o poder público concede a particular o direito de exploração de determinada atividade via controle estatal.	Ato administrativo unilateral, discricionário, precário, onde o poder público concede a particular o direito de exploração de determinada atividade via controle estatal. Entretanto, só pode ocorrer em casos previstos em lei.	Nada foi alterado. Entretanto, há outras possibilidades de sua ocorrência, como nas leis da ANEEL, ANATEL E nº9.074/95.

Ao lado desta perspectiva constitucional, norteadora de toda a ação pública envolvendo concessão ou permissão, já sob uma dimensão mais

operacional e dogmática, os serviços públicos no Brasil são informados por alguns princípios forjados, tradicionalmente, pelo Direito Administrativo, dentre os quais: o da (1)Continuidade: no sentido de que o serviço deve ser permanente, mantido a qualquer transe, embora não necessariamente ininterrupto; (2) Genaralidade: pois os serviços devem ser prestados a todos que deles necessitem, eis que sua manutenção constitui um dever, preceito incorporado pelas disposições do art.6º, da Lei 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor Brasileiro; (3) Modicidade: já que os preços dos serviços devem atender as exigências do mercado e a capacidade econômica de seus usuários; (4) Aperfeiçoamento: no sentido de que deve o Estado zelar para que os frutos da ciência e da tecnologia sejam distribuídos o mais rápido e amplamente possível.

Em termos de competência federativa, temos de igual forma uma clara disposição constitucional, eis que se encontram distribuídos nos termos dos 25 casos do art.21, atribuindo competência comum em relação aos Estados, Distrito Federal e Municípios, e em número de 13 situações, consoante as disposições do art.23, CF/88.

Sob o aspecto da avaliação sobre os modos de prestação daqueles serviços, tem-se a Prestação Direta, executadas pelas pessoas jurídicas de direito público centrais, sendo o próprio Estado que decide e executa as atividades; e ainda a Prestação Indireta, através de pessoas jurídicas de direito público autárquicas, ou através de pessoas de direito privado delegatárias do Poder Público.

Historicamente o país tem criado figuras e tipos contratuais os mais diversos para dar conta de suas demandas de serviços, nominando alguns de serviços autorizados. Em tais situações, o Poder Público, por ato unilateral, precário e discricionário, consente na sua execução por particular, para atender interesses coletivos instáveis ou mesmo emergência transitória, normalmente sem regulamentação específica, e sujeitos a constantes modificações no modo de sua prestação, podendo ser suprimidos a qualquer momento[19]. Sua remuneração é tarifada pela própria Administração Pública, sendo sua execução pessoal e intransferível a terceiros, não exigindo processo licitatório obrigatório.

Comumente temos como exemplos destes serviços os de táxi, despachantes, pavimentação de ruas por conta dos moradores, guarda particular de estabelecimentos ou residências.

Importa destacar que os executores da autorização não são agentes públicos, nem praticam atos administrativos. A contratação destes serviços com o usuário é sempre uma relação de direito privado, sem participação ou responsabilidade do Poder Público, e qualquer irregularidade no âmbito de sua

[19] Ver neste sentido o conceito aproximativo trazido por MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

execução deve ser comunicada à Administração, tão somente para que ela tome providências e mesmo à aplicação das penalidades cabíveis[20].

Uma outra modalidade clássica de serviços praticados no país são os chamados serviços permitidos, ora tomados como aqueles para os quais a Administração estabelece os requisitos à sua prestação ao público, e, por ato unilateral, comete a execução aos particulares que demonstrarem capacidade para o desempenho. Tal permissão, até em face de suas particularidades, é discricionária e precária, admitindo condições e prazos para a prestação do serviço[21].

Em termos de operacionalidade, o serviço permitido é executado em nome do permissionário, por sua conta e risco, mas sempre nas condições e com os requisitos preestabelecidos pela Administração, que o controla em toda a sua execução, podendo nele intervir quando prestado inadequadamente aos usuários. Assim, o início e o fim da permissão devem ser precedidos dos respectivos termos circunstanciados. Isto é o que acontece, por exemplo, com o transporte coletivo.

Diante de todos estes requisitos, a permissão é deferida pessoalmente ao permissionário, e, por isto, é intransferível a terceiro sem prévio assentimento da Administração. De qualquer sorte, os atos dos permissionários são de sua exclusiva responsabilidade, sem afetar o Poder Público pertinente.

Por fim, temos os chamados serviços concedidos, ora concebidos como aqueles que o particular executa em seu nome, por sua conta e risco, remunerado por tarifa, na forma regulamentar, mediante delegação contratual ou legal do Poder Público concedente. Assim, tais serviços são próprios da Administração Pública, porém, executado por particular em razão da concessão, nos estreitos termos e condições dados por esta.

No processo avassalador de privatização em que o Estado brasileiro tem se envolvido, descentralizando e terceirizando grande parte de suas ações, o tema dos serviços públicos ganha destaque, fundamentalmente sob a perspectiva de responsabilização envolvendo seus préstimos. Em decorrência disto, temos visto ampliarem-se as preocupações com a normatização/regulamentação dos serviços prestados tanto pela Administração Pública como pelos particulares, que o fazem em nome do Estado, motivo pelo qual avaliaremos, agora, o tema do regime jurídico dos serviços públicos permitidos e concedidos, hoje unificados por legislação federal.

---

[20] Ver o trabalho de MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p.118. Os tribunais brasileiros já se pronunciaram também a este respeito: Apelação Cível nº 597035344, PRIMEIRO GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: DES. TUPINAMBÁ MIGUEL CASTRO DO NASCIMENTO, JULGADO EM 05/09/97.

[21] Neste sentido, ver o trabalho de DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* São Paulo: Atlas, 2002.

IV. O REGIME JURÍDICO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE CONCESSÃO E PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO NO BRASIL:

No direito brasileiro, há um caráter predominantemente público da concessão decorrente do próprio texto constitucional, de acordo com o qual a prestação do serviço público incumbe ao Estado, fazendo-o direta ou indiretamente (sob regime de concessão ou permissão), nos precisos termos do art. 175, da atual Constituição. Salientou, pois, o constituinte, que mesmo prestado pelo concessionário, o serviço público é incumbência do Estado, podendo realizar-se mediante uma forma de cooperação na qual mantém o seu poder regulamentar e o dever de fiscalizar o concessionário.

Em razão desta natureza, a concessão ou permissão do serviço público possui regime jurídico-administrativo, caracterizado pela submissão ao princípio da legalidade; constituição de obrigações por ato unilateral; presunção de legitimidade, auto-executoriedade, unilateral declaração de nulidade e revogabilidade dos atos praticados; continuidade das atividades havidas como públicas, dentre outros [22].

Na dicção de Lúcia Valle Figueiredo, o serviço público e, por sua vez, a concessão ou permissão deste serviço, não pode perder de vista que tal atividade é originariamente do Estado*, ou de quem esteja a agir, no exercício da função administrativa, se houver permissão constitucional e legal para isso, com o fim de implementação de deveres consagrados constitucionalmente, relacionados à utilidade pública, que deve ser concretizada sob regime prevalente de Direito Público*.[23]

Neste particular, se o serviço público se afigura como toda atividade cujo desempenho deve ser regulado, assegurado e controlado pelo Poder Público, porque o desempenho dessa atividade é indispensável à realização da interdependência social e de tal natureza que não pode ser assumido senão pela intervenção da força da Administração, assim também ocorre com as formas delegativas da execução destes serviços, e vejam-se, tão somente as atividades executórias dos serviços, uma vez que a tarefa de conceber os princípios, objetivos, finalidades e critérios de qualificação e quantificação prévio e permanente do seu oferecimento, pertence sempre ao Estado[24].

Ao lado das disposições constitucionais referidas, contamos no país hoje com as Leis nº8.987/95 e 9.074/95, detalhando as condições em que podem se operacionalizar a concessão e a permissão, todas pela via e termos

---

[22] Conforme disciplina MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 480.

[23] FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995, pp. 58-59.

[24] Ver, neste sentido, o trabalho de DUGUIT, León. *Manuel de Droit Constitutionnel.* Paris: Fontemoing, 1980, p.391. O STJ, no Brasil, tem reiteradamente sustentado que *a concessão é apenas a forma tradicional de gestão de serviço público, não podendo ser entendida como meio de transferência de competência, gerador de poder de exclusão*. In STJ - Ac. Un. da 1ª T., pub. em 19/06/95, REsp. 35.891-4- MG - Rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO - DER/MG x Múcio Ozair Costa Alves.

do contrato administrativo, destinado a transferir a particulares certas atividades reservadas à Administração, podendo ser de execução de serviços públicos ou referidos à utilização privativa de bens públicos. A novidade aqui é que a permissão, principalmente de serviços públicos, foi assimilada nos mesmos moldes da concessão, mantendo-se, todavia, como ato unilateral para transferir, precisamente, a utilização de bens públicos.

Enquanto a permissão pressupõe o atendimento simultâneo do interesse do administrado e do Poder Permitente, um outro similar seu, a autorização, é outorgada no exclusivo interesse do particular.

Nesse particular, nos termos do art.2º, da Lei nº8.987/95, poder concedente é a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão. Na dicção desta norma, entende-se como concessão de serviço público a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

Já a permissão de serviço público é definida pela lei[25] como a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, também por sua conta e risco.

Importa referir que tanto a permissão como a concessão de serviço público devem ser instrumentalizadas expressamente, nos termos do art.4º, da referida norma. E em particular, a permissão, será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos cogentes da normativa, das demais regras pertinentes à matéria e do edital licitatório, notadamente quanto aos aspectos da precariedade e revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.[26]

Sendo um contrato administrativo, a concessão (bilateral, oneroso, comutativo, *intuito personae*) fica sujeita a todas as imposições da Administração Pública, necessárias à formalização do ajuste, dentre as quais a autorização por lei, a regulamentação por decreto e a concorrência. Pode ela ainda ser conferida com exclusividade ao concedido, observados os fins expressamente consignados nos instrumentos que a ensejam. Tais instrumentos, inclusive, podem equiparar os concessionários às autoridades

[25] Inciso IV do art.2º da referida Lei.

[26] É o que dispõe o art.40 da Lei supracitada. Verifica-se pois que o contrato de permissão não autoriza ao permissionário qualquer tipo de negociação com a Fazenda, eis que as cláusulas do contrato firmado entre as partes são definidas pela Administração Pública, com base em sua conveniência e oportunidade, é claro que não desrespeitando qualquer disposição jurídica cogente.

públicas, sujeitando-se os seus atos aos mesmos mecanismos de controles jurisdicional e administrativo que são afetos ao Poder Público[27].

Neste modelo normativo de concessão e permissão, o poder concedente continua detendo a faculdade de, a qualquer tempo, no curso da relação jurídica, retomar o serviço concedido ou permitido, mediante indenização, ao concessionário, dos lucros cessantes e danos emergentes resultantes da encampação, por óbvio que sopesando e compensando as responsabilidades de cada qual[28].

Por outro lado, findo o prazo da concessão, devem reverter ao poder concedente os direitos e bens vinculados à prestação do serviço, independentemente de pagamento ou indenização ao concessionário, por se considerar recebidos no decurso do contrato, o capital investido, bem como os lucros e juros dele decorrentes.

Uma vez que toda a regulamentação do serviço concedido ou permitido compete à Administração Pública, ela se submete a duas categorias de normas: as de natureza *regulamentar* e as de ordem *contratual*. As primeiras disciplinam o modo e forma de prestação do serviço; as segundas fixam as condições de remuneração do concessionário; por isso, aquelas são denominadas *leis do serviço* , e estas, *cláusulas econômicas ou financeiras*[29]. Como as leis, aquelas são alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, segundo as exigências da comunidade; como cláusulas contratuais, estas são fixas, só podendo ser modificadas por acordo entre as partes.

Veja-se que a fixação e alteração de tarifas consideram-se também ato administrativo, do âmbito regulamentar do Executivo, independendo de lei para sua expedição. Isto se explica porque a regulamentação é apenas a do serviço e não a normativa, que depende de Lei Federal. Neste poder de regulamentação e controle, a Administração está autorizada a modificar a qualquer tempo o funcionamento do serviço concedido, visando sua melhoria e aperfeiçoamento, assim como aplicar penalidades.

É dever do concedente exigir a prestação da concessão em caráter geral, permanente, regular, eficiente e com tarifas *módicas*. Para assegurar estes requisitos, reconhece-se à Administração o direito de fiscalizar as

---

[27] Ver o texto de ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 1996.

[28] A própria jurisprudência nacional tem isto muito claro. Veja-se a seguinte decisão do STJ: *Não cabe dar provimento de mérito a ação de interdito proibitório, para assegurar ao autor suposto direito de posse sobre serviço de utilidade pública a ele confiado, a título precário, como se tal forma de delegação recebida do Poder Público pudesse atribuir ao prestador do serviço delegado direito ou prerrogativa inerente à condição de proprietário. As concessões de serviço público não tem o condão de garantir ao concessionário a posse do serviço, nem geram direito defensável ad interdicta. Recurso provido, sem discrepância.* (STJ - Ac. Un. da 1ª T., pub. em 19/06/95, REsp. 35.891-4- MG - Rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO - DER/MG x Múcio Ozair Costa Alves).

[29] Ver o texto de MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

empresas, com amplos poderes de verificação de sua administração, contabilidade recursos técnicos, econômicos e financeiros, principalmente para conhecer a rentabilidade do serviço, fixar as tarifas justas e punir as infrações regulamentares e contratuais.

No poder de fiscalização está implícito o de intervenção para regularizar o serviço, quando estiver sendo prestado deficientemente aos usuários, ou ocorrer a sua indevida paralisação.

Agora, a questão fulcral que se coloca ao presente ensaio é saber como tem de ser compreendido o direito/dever de fiscalização da Administração em relação às concessões e permissões que entabula no cotidiano de suas ações político-governamentais, o que vamos abordar a partir de agora.

V. O CONTROLE SOCIAL DOS SERVIÇOS PÚBLICOS COMO CONDIÇÃO DE SUAS POSSIBILIDADES:

É pacífico e consensual o entendimento de que a atual Constituição brasileira está voltada notadamente para os direitos da cidadania, reconhecendo-a como centro neural de toda ordem social, política, econômica e jurídica. Prova inequívoca e estrita disto são, por exemplo:

(a) o fato do Judiciário apreciar não mais apenas a lesão, mas também qualquer ameaça a direito (com o que se dá berço constitucional ao mandado de segurança preventivo e às ações cautelares em geral) – CF, art.5º, XXXV;

(b) o fato das entidades associativas poderem representar seus filiados (judicial e extrajudicialmente) – CF, art 5º, XXI;

(c) o reconhecimento jurídico do fenômeno da legitimação coletiva (direta ou substitutiva, conforme o caso), não só no caso do mandado de segurança (CF, art. 5º, LXX), mas também nos pleitos em defesa de direitos e interesses coletivos ou individuais das categorias profissionais (CF, art.8º, III);

(d) o fato de elegermos um vetor axiológico da moralidade, no exercício da atividade administrativa, e este ter o controle de sua observância depositado também nas mãos do cidadão, que conta, para tanto e exemplificativamente, com o eficaz instrumento da ação popular, ampliada em seu escopo pelos termos do art.5º, LXXIII, da Constituição vigente, assim como da ação civil pública;

(e) o próprio direito de petição (art.5º, XXXIV, “a”), valioso meio de contraste da atuação administrativa. Isto porque, exercitando-se ele por meio

de um processo administrativo, irá diretamente beneficiar-se da extensão, a este conferida, das clássicas e fundamentais garantias do processo judicial: publicidade, contraditório, ampla defesa (CF, art.5º, LV).

Ademais de tudo até aqui enunciado, goza também o cidadão, na nova ordem constitucional, de valiosos meios de ação política para o controle da atividade administrativa, tais como o plebiscito, o referendo e a iniciativa legislativa popular (provisão genérica no art.14), juntamente com duas inovações controladoras: (a) o direito do contribuinte de questionar a legitimidade das contas municipais (CF, art.31, § 3º); (b) o direito do cidadão, ou de suas entidades representativas, de denunciar irregularidades ou ilegalidades perante as Cortes das Contas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (CF, art.74, § 2º).

Apesar de todo este arsenal cívico à disposição da cidadania brasileira, ele não raro é sub-utilizado, haja vista a letargia social pela qual esta cidadania passa, assistindo ao espetáculo da cena política nacional como mero expectador, fomentado inclusive pelo comportamento autoritário e endógeno dos poderes instituídos que, por vezes, crêem em sua auto-suficiência gerencial e política, ensejando uma relação artificial e de distanciamento de sua base soberana – a comunidade que deveria servir.

No caso específico das concessões e permissões, temos a previsão clara no art.175, da Carta Política, que dispõe incumbir ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Em seguida, no seu parágrafo único, determina que a lei reguladora desta matéria deverá dispor, dentre outras coisas, dos direitos dos usuários (inciso II).

Da mesma forma ocorre com a legislação infraconstitucional que versa sobre a matéria – referida anteriormente -, na medida em que determina que a fiscalização destes contratos e de suas execuções sejam realizadas pelo Poder Concedente com a cooperação dos usuários (arts. 3º[30] e 30[31], da Lei nº 8.987/95), cabendo ainda ao Poder Público autorizar a transferência não só da concessão, mas ainda do controle acionário da empresa concessionária (art. 27, da Lei nº 8.987/95, e art. 98, da Lei nº 9.472/97).

Em verdade, esta Lei nº8.987/95 ampliou normativamente as possibilidades de participação efetiva do usuário do serviço público no âmbito de sua concessão ou permissão, fazendo corresponder aos direitos de

[30] Disciplina o art.3º que *as concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários*.
[31] Assim está redigido este art.30: *No exercício da fiscalização, o poder concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária. Parágrafo único. A fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários*.

certidão, petição, reclamação e sugestão (incisos, II, IV, V e VI, do art. 7º, deste diploma), os deveres listados no seu art. 29, incisos I, VI, VII e XII.

De outro lado, a normativa estabeleceu o sensato prazo de 30 dias para cientificação dos usuários das providências tomadas, em decorrência de suas manifestações e reclames quanto aos serviços prestados de forma indevida, o que amplia o espectro do controle social, haja vista que as medidas tomadas pela Administração e pelo Concessionário ou Permissionário para corrigir os problemas apontados precisam ser publicizados, potencializando ainda mais o direito subjetivo público do usuário em obter serviços adequados, bem como vinculando a continuidade do serviço à realidade e qualidade da resposta enunciada.

É preciso destacar que o desrespeito aos interesses do usuário, em face de sua amplitude e indisponibilidade, pode e deve gerar reclamações, ações populares e outros remédios jurisdicionais, candentemente marcados pela natureza comsumeirista do bem jurídico tutelado, previsto no art. 6º, X, da Lei nº 8.078/90. Ao largo de tal enquadramento normativo, são igualmente exigíveis pelos consumidores usuários todos os direitos que os contratos preverem, nos termos do art. 23, VI, da Lei 8.987, por tais razões, é imprescindível haver a mais ampla publicidade de seus termos, sob pena de se inviabilizar tais direitos.

O parágrafo único do art. 30 (anteriormente referido), instituiu duas simultâneas e não excludentes formas de fiscalização do serviço público concedido. A primeira, feita através de um órgão interno da administração ou terceirizadamente (a exemplo de uma auditoria externa), decorrendo a escolha discricionária de cada administração. A segunda, por uma comissão colegiada, com representantes da concessionária, dos usuários e do poder concedente. Esta comissão não se classifica como órgão público típico, podendo o próprio Poder Executivo, através de regulamentação por decreto, determinar a forma de constituição, escolha dos membros, atuação, reunião e deliberação deste órgão[32].

Como crítica negativa que se possa fazer a estes dispositivos de controle social do serviço, podemos dizer que a norma sob comento não exige que seja a comissão colegiada paritária, podendo a administração optar pela preponderância de seus representantes, voto minerva para o Presidente, eventual destituição de membros dos consumidores que não estejam atendendo aos interesses destes, etc, matéria que deverá ser avaliada em cada caso concreto.

Por outro lado, nada impede que esta comissão tenha o poder de exigir e analisar as prestações de contas previstas nos incisos XIII e XIV, do art. 23, bem como aplicar sanções, desde que não seja excluída a competência do poder concedente para tanto, em razão da própria natureza da concessão e

[32] Por óbvio que, caso haja remuneração de seus membros, imprescindível será a expedição de lei.

da letra do inc. II, do art. 29. É ainda possível e mesmo recomendável a criação de associações de usuários, com atuação paralela e complementar, que devem ser estimuladas pelo poder concedente em atenção ao inc. XII, do mesmo artigo. A independência dessas associações evita distorções na atuação da comissão prevista no seu art. 30, já que aqui os usuários poderão ser minoria.

Por outro lado, o conceito de fiscalização trazido por este art.30 deve ser extendido à dimensão não só curativa de problemas na prestação dos serviços, mas também e fundamentalmente preventiva, haja vista que ela deve ser permanente, tanto para evitar os problemas que não deseja, como para oportunizar um espaço permanente de participação qualitativa ao atendimento das demandas que buscam os serviços alcançar, revitalizando-os em níveis de eficácia social maximizada. Tal concepção por certo vem ao encontro dos interesses comunitários que dão causa e sentido à prestação dos serviços públicos, com legitimidade renovada pela inclusão e ação social dos seus usuários na conformação conceitual e de respostas às suas necessidades.

No que tange ao contrato público que vai regular a oncessão ou permissão de serviço público, também a inserção do paradigma de controle social, com a elevação de status dos órgãos com representação de usuários, e a expressa previsão nos contratos de seus direitos, perquiridos pelos termos da Lei nº8.987, sofre condicionamentos diretos, tais como a ausência de exclusividade e a liberdade de escolha do usuário.

Podemos dizer inclusive que, apesar de possuir dois signatários a relação jurídica contratual na espécie, presente está um terceiro sujeito, que é o usuário, haja vista que ele pode ser representado pelas associações ou, em razão da possibilidade do exercício de direitos com base no Código de Defesa do Consumidor, ou Ação Popular, individualmente, ou pelo Ministério Público. Os limites subjetivos previstos no art. 55, VII, da L. 8.666, foram extravasados pelo reconhecimento legal de que os que aportam recursos para a manutenção da concessão, constituindo sua razão de existência, não podem ser excluídos de uma relação contratual que lhes afeta.

Como quer Fernando Weiss[33], a outorga da concessão não é mais meramente um ato de império, devendo ser enfocada por outro viés. Trata-se de atuação continuada de gestão de serviços públicos, na qual o principal interessado tem participação permanente. A relação dos usuários com ambas as partes é legal, precedente à assinatura do contrato de concessão. Seus direitos decorrem da Constituição Federal, da lei, e dos termos do edital e contrato. Não é estranho a um contrato quem possui direitos e deveres dele decorrentes, podendo exigir seu cumprimento adequado.

Na doutrina italiana este aspecto igualmente vem sendo trabalhado, haja vista a reflexão apresentada por Arena:

[33] WEISS, Fernando Lemme. *Lei das Concessões: o monopólio nos transportes rodoviários e outros aspectos.* In Revista Jurídica. nº 235. MAI/1997. Porto Alegre: Síntese, 1997, pág. 22.

> *Molte amministrazioni erogatrici di servizi hanno imparato a considerare gli utenti dei servizi pubblici come soggetti in grado di fornire valutazioni, giudizi, suggerimenti, etc. sulla qualità dei servizi medesimi e vi sono ormai diversi esempi, soprattutto a livello locale, di amministrazioni che con modalità varie chiedono ai propri utenti di valutare il servizio offerto e di formulare proposte di miglioramento. Si tratta certamente di un profilo particolare di quell'orientamento al cliente che, come s'è visto, rappresenta un'evoluzione recente nell'ambito del paradigma bipolare; ma questo modo di impostare il rapporto fra le amministrazioni erogatrici di servizi ed i destinatari dei servizi stessi può anche essere letto, in un'altra prospettiva, come un avvicinamento al modello dell'amministrazione condivisa, in quanto vede nell'utente un soggetto dotato di conoscenze, esperienze ed in generale competenze di vario genere che possono essere utilizzate per migliorare l'efficienza e l'efficacia dei servizi pubblici nella loro configurazione tradizionale.*[34]

Não estamos defendendo aqui a constituição de um poder paralelo no âmbito das relações de prestação de serviço público, agregando a elas um outro poder de império que é o usuário ou suas representações, mas estamos tão somente sustentando a tese de que é a própria dicção constitucional contemporânea no país que está apontando à uma nova configuração de relação pública e espaço público, aqui entendido como cenário de diálogo e interlocução democrático, entre todos os que constituem tal espaço ou relação, sem qualquer discriminação ou preconceito, oportunizando que a ação pública esteja fundada em políticas públicas resultantes de um processo/procedimento comunicativo voltado ao entendimento entre estes sujeitos sociais(o que não é sinônimo de unanimidade, mas de consensualidade fundada em razões e justificações públicas).

A materialização desta perspectiva vem se corporificando – mesmo que a passos lentos – em algumas decisões judiciais no Brasil envolvendo a matéria de responsabilidade pela prestação ou ausência de serviços públicos, a seguir referidas, e o entendimento do STF sobre a matéria[35], haja vista que o país adotou a teoria da culpa de serviço para fins de aferição de responsabilidade jurídica. Assim, podemos afirmar que: (a) quando o Estado causa algum dano, por ação ou omissão, deve o mesmo ser reparado, independentemente da prova da culpa; (b) a relação de causalidade decorre do simples fato de ter ocorrido o dano ou sido ensejada ou facilitada a sua ocorrência, em virtude de ação ou de inércia dos poderes públicos; (c) a

[34] ARENA, Gregorio. *Cittadini Attivi*. Roma: Laterza, 2006, p.76. Da mesma forma o autor trabalha este tema em texto inédito a ser publicado em livro coletivo, coordenado e traduzido por o subscritor deste ensaio, chamado de *Amministrazione Condivisa.* Neste texto, o autor destaque que *Sviluppando ulteriormente questo tipo di impostazione si ha un ulteriore passaggio, consistente nel considerare gli utenti molto di più che non semplici (per quanto importanti) valutatori del servizio, ma addirittura possibili co-protagonisti nella gestione del servizio stesso*.

[35] Ver o julgado na Apelação Cível nº 140.926, in RDA, 87/221, em que encontramos uma razoável abordagem do tema enfocado.

pessoa jurídica de direito público só se exonera da responsabilidade comprovando a força maior, não bastando a prova de simples ausência de culpa dos seus funcionários, como entendia a jurisprudência anterior; (d) ao autor da ação cabe provar os fatos e não a culpa, que se presume pela simples razão de os fatos evidenciarem, no caso, o funcionamento deficiente ou a ausência de funcionamento adequado do serviço público[36].

Tais entendimentos jurisprudenciais e doutrinários podem se estender, em tese, a temas de alta complexidade e relevância hodierna na realidade brasileira, tais como: (a) a falta de conservação de rios ou estradas, ensejadoras de desastres sociais[37]; (b) a falta de policiamento efetivo, gerando a agudização da violência dos centros urbanos (já se ampliando para o rural); (c) a falta de diligência dos órgãos fiscalizadores do mercado financeiro, que tem violado direitos e garantias fundamentais da cidadania. Em todos estes exemplos mais polêmicos, há sempre uma falta de funcionamento adequado do serviço público, que não cumpriu as obrigações que a lei lhe atribui e para a execução das suas competências matriciais e pelas quais foi criado[38].

Assim é que já se decidiu no Brasil que a municipalidade responde por prejuízos a estabelecimento industrial decorrentes da má conservação de bueiros e galerias de águas pluviais e da omissão de obras indispensáveis de limpeza e regularização das margens e do leito de rio[39]. Nesta mesma decisão referiu-se que:

> Sendo a causa de sucessivos transbordamentos da corrente a diminuta profundidade de seu canal, aliada ao acúmulo de galhos e detritos carregados pelas águas, caracterizada está a falha do serviço administrativo devendo a municipalidade arcar com os prejuízos causados pelas inundações.

Digno de registro que desde a existência do antigo Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, a jurisdição do Rio de Janeiro tem admitido, por exemplo, a responsabilidade objetiva do Estado por atos de pilhagem que a polícia não impediu[40]. No mesmo sentido, consagrou a responsabilidade do

---

[36] Há uma boa referência desta matéria no texto de MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.82 e seguintes.

[37] No julgado Recurso de Revista nº 175.975, in RDA, 12/214, temos a assertiva de que a *responsabilidade civil do poder público, perante os particulares, por inundações ocorridas pelo mau funcionamento dos serviços públicos é integral e não parcial, ainda que outros fatores atribuíveis a terceiros, ou a caso fortuito, concorram para o evento danoso*. Da mesma forma no julgado da 2ª Câmara Cível do TJSP, 07.11.80, RJTJSP, 69/103, houve a decisão de que danos resultantes de enchentes ocasionados por forte chuva, uma vez demonstrado que ocorreu em face da deficiência na execução de obras e serviços pela municipalidade , demanda dever ressarcitório contra a Fazenda Pública.

[38] Ver o trabalho de SOARES, Fabiana de Menezes. *Direito Administrativo de Participação.* Belo Horizonte: Del Rey, 1998, pp.59/176.

[39] Decisão da 2ª Câmara Cível do TJSP, 05.12.78, RT, 528/74. Na mesma direção a decisão da 5ª Câmara Cível do TJSP, 05.04.79, RT, 530/70, e da 3ª Câmara Cível do TJSP, 26.05.77, RJTJSP, 47/125.

[40] Conforme a decisão Apelação Cível nº 40.928, in 'Revista de Jurisprudência do TJGB', 14/175.

Estado por risco administrativo, em caso de tiroteio entre a polícia e bandidos, no qual faleceu terceiro[41], decidindo-se que: *com base na teoria do risco administrativo, o Estado é responsável pela morte de pessoa ocorrida em razão de tiroteio iniciado por policiais contra bandidos*.

Ponderou o Tribunal no feito que:

> *A espécie aplica-se à teoria do risco administrativo segundo a qual a obrigação de reparar o dano decorre do ato lesivo e injusto causado à vítima, em decorrência da diligência policial. Como se sabe, na teoria do risco administrativo, exige-se apenas o fato do serviço. Não se cogita de culpa da administração ou de seus agentes. Basta que se demonstre o fato danoso em virtude de ação do poder público. E isto foi feito. Para se eximir da responsabilidade, o Estado deveria comprovar culpa exclusiva da vítima ou a ocorrência de caso fortuito ou de força maior.Nesse sentido, porém, nada diligenciou o recorrente, não havendo, assim, por que exonerá-lo de responsabilidade.*[42]

Veja-se que, mesmo diante dos avanços doutrinários e jurisprudenciais que possamos estar construindo em relação a esta matéria, resta-nos muito claro o entendimento de que, até por tradição política e administrativa conservadora e centralizada, o Estado Administrador brasileiro – assim como a jurisdição nacional – só age quando provocado a agir (resquício antigo de um conceito restritivo de legalidade extrema), impondo-se à cidadania enquanto usuária de serviços públicos fazer uso dos instrumentos e mecanismos que o sistema jurídico dispõe, inclusive como forma de ação cívica responsável à concretização inexoravelmente cotidiana da sociedade democrática de direito que pretende compor, sob pena de manter com o Estado ainda uma relação servil de consumo resignado e passivo dos *favores* que ele lhe presta.

VI. Bibliografia:

AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle Social de Serviços Públicos.* São Paulo: Max Limonad, 1999.

ARENA, Gregorio. *Cittadini Attivi*. Roma: Laterza, 2006.

BARZELAY, Martin. *The new public management: improving research and policy dialogue.* Berkley: Berkley University Press, 2000.

[41] Conforme se verifica no acórdão da 5ª Câmara do TJERJ, na AC nº 2.711/86, de 30.09.86, In Revista de Jurisprudência do Estado do Rio de Janeiro, vol.183, p.119.
[42] Decisão citada, p.120.

BASTOS, Celso. *Concessão de Serviços Públicos*. In Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Vol 15, abril/junho de 1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1991.

CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de Direito Administrativo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

CROZIER, Michel. *La transición del paradigma burocrático a una cultura de gestión pública.* Madrid: Civitas, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *A defesa do cidadão e da res publica*. Revista do Serviço Público, vol.02, ano 49, Brasília: Enap, 1998.

------- *Direito Administrativo.* São Paulo: Atlas, 2002.

DUGUIT, León. *Manuel de Droit Constitutionnel.* Paris: Fontemoing, 1980.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

FLIPO, Jean. *Le management des enterprises de services*. Paris: Gallimard, 1998.

GRAU, Eros Roberto. *Empresas Estatais ou Estado Empresário?* In Curso de Direito Administrativo. Vários autores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

LEAL, Rogério Gesta. *Gestão Pública Compartida e Organizações Sociais*. In Direitos Sociais e Políticas Públicas. Tomo I. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2001.

-------. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

------- *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade.* 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MARTINS, Luiz. *Reforma da administração pública e cultura política no Brasil:uma visão geral.* In Cadernos Enap: Brasília, 1997.

MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

------- *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: RT, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

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

---------*Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

--------*Serviço Público e Poder de Polícia: concessão e delegação.* In Revista Trimestral de Direito Público, vol.20. São Paulo: Malheiros, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

New Public Administration, vol.92, September, 2000, p.02. London: Master & Lews , 2000.

REVISTA VEJA. São Paulo: Editora Abril, Edição de 22/05/2002.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 1996.

SOARES, Fabiana de Menezes. *Direito Administrativo de Participação.* Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

WEISS, Fernando Lemme. *Lei das Concessões: o monopólio nos transportes rodoviários e outros aspectos.* In Revista Jurídica. nº 235. MAI/1997. Porto Alegre: Síntese, 1997.

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

LEAL, Rogério Gesta. O CONTROLE SOCIAL DOS SERVIÇOS PÚBLICOS NO BRASIL COMO CONDIÇÃO DE SUA POSSIBILIDADE. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 14, abril/maio/junho, 2008. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

(substituir x por dados da data de acesso ao site).

Publicação Impressa:

Informação não disponível.