

Serviços públicos essenciais e a Covid-19

Ana Rita de Figueiredo Nery

Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: Introdução; 1. Serviços públicos: a institucionalidade por trás da garantia de seus atributos; 2. Serviços públicos essenciais: experiência normativa e a mitigação da teoria formalista em prestígio à utilidade dos serviços; 3. Serviços públicos essenciais: regime extraordinário de controle da pandemia, estratégia de tomada de decisão e o necessário equilíbrio entre o interesse individual e o interesse coletivo; Conclusão; Referências.

*Quem anda no trilho é trem de ferro,
sou água que corre entre as pedras:
liberdade caça jeito.*

Manoel de Barros

Introdução

Nenhum Estado nacional estava preparado para os efeitos da pandemia. Compara-se o fenômeno contemporâneo a outras crises sanitárias que assolaram o planeta, a exemplo da peste negra do século XIV ou da febre espanhola do início do século XX. Outros falam das crises econômicas de 1929 e 2008. As comparações auxiliam a tomada de decisão e incrementam modelos científicos que servirão para as análises preditivas do contexto atual. Em matéria de serviços públicos, todavia, é difícil encontrar paralelos na história que sirvam como referência para a intensidade e multiplicidade de efeitos sobre a atividade estatal de prestação de utilidades públicas aos seus cidadãos.

A uma, porque a crise sanitária provocada pela Covid-19 coincide com mais de cem anos de experimentação do estado de bem-estar social e, portanto, com o amadurecimento da atividade estatal de prestar serviços públicos (diretamente ou através de parceiros privados). Falar em serviços públicos no século XXI é, antes, falar de um campo de atuação estatal bastante assimilado pela população, que já passou pelas complexas filtragens do Estado prestacional e do Estado regulador e por uma jornada de reforço às liberdades individuais e de aperfeiçoamento das instâncias de controle da ação pública.

A duas, porque nunca antes a disciplina de serviços públicos sofreu tanta influência da internacionalização de seus atores econômicos e da integração política e social de seus usuários. Pode-se falar da relevância dos blocos supranacionais na regulação de serviços públicos, da constituição de normas internacionais de Direito Administrativo e dos financiamentos externos para redes de infraestrutura.¹ Uma crise sanitária contemporânea, portanto, de dimensões globais, impacta de forma ainda mais severa os serviços públicos que possuem vínculos de governança, financiamento ou organização de caráter global. A esse respeito, análises econômicas estimavam que no ano de 2020 haveria recorde de investimentos privados em infraestrutura para serviços públicos, especialmente por conta das taxas de juros baixas e da estagnação de algumas frentes de investimento.

Em terceiro lugar, diferentemente de outros fenômenos em que as circunstâncias de retomada eram conhecidas e previsíveis, no caso da pandemia do coronavírus o “estado de coisas anterior” não existe. Não se sabe, por exemplo, se a força produtiva poderá ser integralmente disponibilizada mesmo que cessadas as medidas de isolamento social. Não se sabe por quanto tempo os serviços de saúde seguirão saturados, tampouco por quanto tempo a taxa de ocupação dos serviços de transporte em geral se manterá reduzida. Questões como a distribuição de riscos contratuais no mundo pós-pandemia e a atratividade de blocos de concessão de serviços, como o de transporte aéreo, passam a ser

¹ Sabino Cassese é uma referência no tratamento da internacionalização do Direito Administrativo, tema abordado em: CASSESE, Sabino. *La globalización jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2006; CASSESE, Sabino. *Territori e Potere: un nuovo ruolo per gli Stati?* Bologna: Il Mulino, 2016; CASSESE, Sabino. *A crise do Estado*. Tradução Ilse Paschoal Moreira, Fernanda Landucci Ortale. Campinas: Saberes, 2010.

fundamentais em um tempo em que a expectativa era de crescimento, investimento e aperfeiçoamento dos modelos existentes.

Por qualquer dos ângulos o que se tem é um cenário em que a prestação de serviços públicos se apresenta extremamente estremecida e desafiada pela realidade. O Direito Administrativo, por sua vez, é impactado em inúmeras frentes.

Pode-se pensar no grupo de serviços remunerados por tarifa que sofreu uma queda abrupta no número de usuários e, portanto, na receita. É o caso, por exemplo, de trens, metrô e transporte aéreo. Alguns aeroportos de perfil regional como Congonhas e Orly, na França, tiveram 100% de redução de passageiros. Outros, a exemplo dos aeroportos de Guarulhos e Frankfurt, com perfil internacional, tiveram redução de cerca de 80% do tráfego aéreo. Os serviços de trens e metrô não está atrás. Na Inglaterra, por exemplo, esses serviços tiveram redução de quase 95%, índice próximo ao de Nova Iorque no pico da pandemia. Toronto e Madrid experimentaram quase 80% de redução de fluxo nesses serviços.²

Pode-se pensar também em serviços que tiveram um incremento repentino de demanda. Aqui, por óbvio, estão os serviços públicos de atendimento médico-hospitalar, mas também estão os serviços de coleta domiciliar de lixo, que subitamente precisaram absorver um volume considerável de resíduos antes depositados para coleta e tratamento por empresas especializadas, atuantes por exemplo em shopping centers, redes de restaurante e empresas. Pode-se pensar na migração repentina do transporte público para o transporte individual com o fim do isolamento social e a retomada das atividades econômicas.

Há o impacto da pandemia sobre os contratos de concessão de serviços públicos, ou seja: sobre os contratos de prestação continuada que têm por objeto a entrega de prestações úteis à população na forma de serviços, como metrô, manutenção e administração de rodovias e aeroportos. Nesses casos, estima-se o recurso massivo às ferramentas de reequilíbrio econômico-financeiro, não sendo difícil supor que

² As referências foram trazidas por Carlos Ragazzo em: WEBINAR: impacto da Covid-19 nos serviços públicos essenciais. [S. l.: s. n.], 2020. 1 vídeo (93 min). Publicado pelo canal FGV. Disponível em: <https://bit.ly/35W3lK0>. Acesso em: 20 jun. 2020.

muitas dessas recomposições serão frustradas e colocarão em risco a continuidade dos serviços caso não encontrem nos órgãos de regulação, controle ou mesmo na legislação emergencial perspectivas de repactuação e prorrogação mais flexíveis que as da lei em vigor.

Em meio a tantos dilemas, o objetivo deste trabalho é examinar o conceito de “serviços públicos essenciais”: o que ele representa à luz das normas recentemente publicadas por conta da pandemia e como ele se encaixa na disciplina tradicional sobre serviços públicos. Para tanto, é necessária uma breve análise sobre o conceito de serviços públicos e sobre a trajetória de formação do direito nacional a esse respeito. Após, segue-se a análise do atributo da essencialidade e da relevância do critério formal (normativo) para tomada de decisão pelo administrador público em contextos de crise. Chega-se ao exame dos conflitos de direito material que pesam sobre os serviços públicos essenciais durante o contexto da pandemia, notadamente sobre os conflitos entre direito individual do consumidor e o interesse coletivo dos usuários desses serviços. Importante extrair da opção normativa pela referência a serviços públicos essenciais algum aprendizado que sirva não apenas ao contexto da pandemia, mas para a flexibilização do regime jurídico de Direito Público em outras circunstâncias.

1. Serviços públicos: a institucionalidade por trás da garantia de seus atributos

Como já tratado em outra oportunidade,³ a construção de um conceito para “serviço público” é peculiar como a própria construção do Direito Administrativo. Não se pauta em um corpo unificado de regras e princípios positivados. Diferentemente do que se observa em outros ramos do Direito, a disciplina dos serviços públicos constrói-se diariamente a partir de necessidades sociopolíticas traduzidas ou não em normas jurídicas. O contexto da pandemia sublinha a importância

³ Concita-se remeter o leitor para NERY, Ana Rita de Figueiredo. Serviço Público: o que é e para que serve? *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 7-20, 2012.

⁴ Sobre a crise dos serviços públicos, ver: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007; especialmente o capítulo VI.

dos regulamentos casuísticos, instalados na base da pirâmide kelseniana, e da contínua conformação do modo de prestação dos serviços públicos ao poder do Estado. A volatilidade de definições e critérios que afinam o conceito de serviço público é a marca contemporânea do tema.

Historicamente, a dificuldade científica aproximou respeitosa doutrina da conclusão de que serviços públicos não existiram como instituto jurídico autônomo, catalisador de um conteúdo técnico que justificasse sua autonomia.⁴

A perspectiva de construção, se não de um conceito ao menos de uma noção minimamente sólida de serviço público, pressupõe que se aninhe a herança dos sistemas estrangeiros com as construções nacionais sobre o tema. Nessa junção, pode-se dizer que a aproximação com as escolas europeias que se debruçaram sobre o tema dos serviços públicos fez preponderar o aspecto formal sobre o material, isto é, sobre o aspecto da essencialidade do serviço.

Mais importante que a relevância pública de determinado serviço era a existência de um *regime jurídico* instituído por norma que carimbasse determinada atividade estatal com o selo “serviço público”. Como já se teve a oportunidade de enunciar,

tomou-se - como que por metonímia - o continente pelo conteúdo, de forma que a construção jurídico-intelectual migrou do norte das necessidades sociais para a discussão sobre o funcionamento, organização e gestão de serviços públicos pelo Estado.⁵

Desde o medievo, passando pelos Estados absolutos e chegando aos Estados modernos, a definição do que era ou não um serviço cabível ao Estado delimitava, a reboque, o âmbito de incidência da força pública e o espectro da conservação e da expansão do poder do

⁵ NERY, Ana Rita de Figueiredo. Serviço público: o que é e para que serve? *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, v. 12, n. 1, 2012, p. 10.

⁶ JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. 2. ed. Tradução Carlos García Oviedo. Madrid: Reus, 1928, t. 2, p. 4. Disponível em: <https://bit.ly/3iF589U>. Acesso em: 21 out. 2012.

governo central. Delimitava, em última análise, um espaço de intervenção imediata do Estado o que, nessa medida, garantia a coesão social necessária ao fortalecimento do poder público.

O reforço da concepção de regime jurídico se deu pela doutrina de Gaston Jèze, que anunciou sensível dicotomia entre atividades econômicas e serviços públicos em um cenário de pós-guerra. Para Gaston Jèze, dizer que há serviço público em determinada hipótese “equivale a afirmar que os agentes públicos, para darem satisfação regular e contínua a certa categoria de necessidades de interesse geral, podem aplicar os procedimentos de Direito Público, quer dizer, um regime jurídico especial”.⁶

Os desdobramentos dessa concepção formalista são inúmeros, a começar pela associação muitas vezes forçada entre a intervenção estatal no domínio dos serviços públicos e a garantia do desenvolvimento social. Encontra-se na tese de Gaston Jèze, por exemplo, a afirmação que atrela a civilidade de um país à organização de serviços públicos e, por pressuposto, que o regular funcionamento destes serviços exige regras jurídicas especiais.⁷

Da parte do direito americano se tiram soluções diferenciadas daquelas do direito europeu, mas não menos influentes no modelo de serviço público contemporâneo e, portanto, não menos aptas a permitir a intervenção imediata do Estado em contextos de crise. Especialmente nos Estados Unidos, a menor evidência da separação entre regimes público e privado, na prática, não representava a ausência de derrogação das liberdades privadas. As derrogações das liberdades privadas ganhavam contornos de regulação, ao passo que no modelo europeu – bastante influente no direito brasileiro ao longo do século XX – atribuíam-se essas derrogações ao regime jurídico de direito público. No direito americano, portanto, os resultados se assemelham àqueles do regime jurídico de Direito Público, só que através de vias condicionantes e disciplinadoras do exercício da liberdade privada.

Importa aqui observar que a ideia de serviço público, sob o ponto de vista das mais variadas escolas de Direito Administrativo, passa pelo

⁷ JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. 2. ed. Tradução Carlos García Ovie-do. Madrid: Reus, 1928, t. 2, p. 1. Disponível em: <https://bit.ly/3iF589U>. Acesso em: 21 out. 2012.

filtro institucional de uma decisão administrativa que elege determinadas prestações públicas para se submeterem ao que se denomina regime jurídico de Direito Público ou à regulação do Estado sobre *public utilities*.

A institucionalidade – chame-se de regime jurídico de Direito Público, chame-se de regime regulatório das *public utilities* – é o dado estruturante de todos os atributos tradicionalmente reconhecidos aos serviços públicos, a saber: *universalidade ou generalidade, modicidade de tarifa, segurança, cortesia, continuidade, regularidade, atualidade e eficiência*. A institucionalidade emoldura o controle exercido pelo poder público e dá suporte à tomada de decisão pela Administração Pública quando, em momentos de crise, precisa calibrar as atividades prestacionais para melhor atendimento do interesse público.

No caso da pandemia, esse calibre se deu pela atribuição da qualidade de “essencial” a determinados serviços públicos. Passa quase despercebida a ideia de que o poder público pode manejar a prestação de serviços públicos de forma tal a dizer quais se manterão em funcionamento e quais não se manterão em funcionamento. Mas o fato é que isso apenas acontece porque há institucionalidade e porque há, assimilada à experiência do usuário com o serviço público, a ideia de que esses serviços se submetem ao poder do Estado, seja por conta de um regime jurídico único, seja por conta, em alguns países, de estrita regulação.

Recorre-se aqui ao conceito de serviços públicos trazido por Alexandre Aragão para jogar luzes sobre a institucionalidade que pesa sobre a separação entre o grupo de serviços que merecerá atenção especial do Estado, com derrogação de liberdades privadas, e as demais atividades econômicas para as quais predominarão características de livre mercado. Serviços públicos, para Alexandre Aragão, são

atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas

⁸ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Direitos dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 157.

diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade.⁸

Fato é que os dois grandes modelos de tratamento das atividades de prestação das utilidades econômicas à coletividade – o modelo europeu e o modelo americano – deságuam na prática nacional da prestação de serviço público com alguns fortes elementos convergentes de influência, atualmente fundamentais para a reação do Estado contra a disseminação da Covid-19, a saber: a sujeição do interesse individual ao interesse geral, a continuidade, a igualdade e a derrogação das liberdades individuais para coibição de abusos. Tudo isso em razão da institucionalidade por trás de cada um desses atributos.

Apresentado o pano de fundo que rege a disciplina dos serviços públicos, passa-se para a análise dos serviços públicos essenciais, ou seja, desse grupo de serviços ao qual foi atribuído tratamento distinto dos demais. Importante investigar não apenas o tratamento pretérito conferido pela lei aos serviços públicos essenciais, mas também o que se extrai do debate entre formalistas e essencialistas e o que fica, depois da pandemia, como estratégia de mitigação do regime jurídico de Direito Público como forma de apoio às decisões administrativas.

l) 2. Serviços públicos essenciais: experiência normativa e a mitigação da teoria formalista em prestígio à utilidade dos serviços

Até a pandemia, a expressão “serviços públicos essenciais” era basicamente usada para tratamento de três situações distintas: i) nominar os serviços aos quais o artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor estabelece a obrigação de continuidade; ii) tratar sobre os serviços públicos cuja prestação deve ser garantida em situações de greve,

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 233.

na medida em que são indispensáveis ao atendimento de necessidades inadiáveis da comunidade (Lei 7.783/1989, artigos 10 e 13); iii) ilustrar a disputa entre os critérios formalista e essencialista em matéria de qualificação de uma atividade como serviço público.

No primeiro caso fala-se de serviços públicos essenciais para designar um grupo de serviços que, conforme estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor, além de prestados de forma adequada, eficiente e segura devem ser prestados de forma contínua.

O artigo 22 não estabelece o rol de serviços públicos essenciais. Já nos comentários,⁹ apresentados no artigo pelos coautores do Código de Defesa do Consumidor, é trazida a dificuldade de se investigar a natureza do serviço público para tentar surpreender, neste ou naquele, o traço da sua essencialidade. Para os autores, “parece mais razoável sustentar a imanência desse requisito para todos os serviços prestados pelo Poder Público”. “Todos passam por uma gradação de essencialidade”, de forma que, na prática, a *continuidade* passa a ser a grande estrela dos conflitos consumeristas nesta seara.

O grau de essencialidade do serviço, portanto, aos olhos do Código de Defesa do Consumidor, passa a ser uma discussão secundária frente ao conflito de interesses que se põe entre o interesse individual do consumidor e o interesse do fornecedor de serviços (poder público, delegatários ou concessionários).

O segundo uso da expressão “serviços públicos essenciais”, identificado na Lei de Greve, apresenta modelagem distinta. Na Lei de Greve o legislador optou por um rol fechado dos serviços ou atividades essenciais que receberiam tratamento distinto. Sem muita preocupação em discernir o que seria serviço e o que seria atividade listaram-se, por exemplo, os serviços de tratamento e abastecimento de água, de produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis, de assistência médica e hospitalar, serviços funerários, transporte coletivo, captação e tratamento de esgoto e lixo, telecomunicações, guarda, controle de tráfego aéreo e navegação aérea.

No âmbito da Lei de Greve, portanto, a continuidade da prestação decorre diretamente da essencialidade do serviço público, independentemente de um juízo sobre o interesse individual do usuário do serviço.

Situação diferente se dá no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, cujos conflitos revelam que a continuidade não depende da essencialidade do bem. Reconhece-se que todos os serviços possuem algum grau de essencialidade, como um traço imanente. A continuidade, no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, dependerá em verdade da resultante do conflito entre o usuário do serviço e o fornecedor desse serviço, isto é, do conflito entre o usuário inadimplente e a concessionária credora; entre o usuário contratante e o delegatário em mora.

O terceiro debate tem origem doutrinária e feições propedêuticas. Opõe formalistas e essencialistas na disputa sobre o que é e o que não é serviço público. Para os formalistas, a qualificação de uma prestação de utilidade como serviço público dependeria de lei ou mesmo da Constituição. Assim, não haveria nada na essência de determinado serviço que afastasse a possibilidade de ser prestado sob o manto do regime jurídico de direito público, bastando a existência de um regramento que assim o declarasse.

Os formalistas se apoiam na ideia de regimes jurídicos estanques e herméticos. Para os essencialistas, por sua vez, a relevância de um serviço deve ser analisada sob o ponto de vista material, da evolução social. Independe, portanto, de uma definição juspositivista.

A corrente essencialista é minoritária, mas serve ainda hoje para chamar a atenção dos formalistas para certa limitação na definição do rol de serviços públicos. Basta dizer que serviços de teatro¹⁰ já foram considerados serviços públicos na França, assim como, recentemente, levou-se ao Supremo Tribunal Federal a discussão sobre a constitucionalidade de Medida Provisória que estabelecia que jogos de bingo passariam a ser serviços públicos a cargo da União.¹¹ Oswaldo Aranha

¹⁰ Sobre a relação entre o Direito e os Teatros de Ópera na França, especificamente sobre o monopólio musical do Antigo Regime: TILLIT, Paul. Un monopole musical sous l'ancien Régime: le privilège de l'opéra de 1669 à la Révolution. In: TOUZEIL-DIVINA, Mathieu; KOUBI, Geneviève. *Droit & opéra*. Paris: LGDJ, 2008, p. 3-24.

¹¹ A Medida Provisória nº 2.216-31, de 31 de agosto de 2001, no seu artigo 17, trouxe nova redação ao artigo 59 da Lei nº 9.615, de 24 de março de 1968 e estabeleceu que “a exploração de jogos de bingo, serviço público de competência da União, será executada, direta ou indiretamente, pela Caixa Econômica Federal em todo o território nacional, nos termos desta Lei e do respectivo regulamento”. A Medida Provisória nº 2.216-31 foi objeto da ADIN nº 2888/2003 e, posteriormente, o artigo 17 foi revogado pela Medida Provisória nº 168 de 20 de fevereiro de 2004.

Bandeira de Mello fazia referência ao serviço público de matadouros públicos ou concedidos do início do século XX, de exclusividade dos municípios, que em muito restringiam o comércio de carne bovina para a população.¹²

A corrente essencialista propõe, ademais, debates sobre a fragmentação de determinados setores, para que nas pontas desses serviços seja levantado o regime jurídico de Direito Público e autorizada a livre participação da iniciativa privada, a exemplo do setor de portos, postal e elétrico.

Dito isso, como esses conceitos dialogam com o tratamento da expressão “serviços públicos essenciais” recorrentemente utilizada pelas normativas provenientes das ações governamentais para enfrentamento da pandemia? Quais os pontos em comum e o que se pode aproveitar de tratamentos tão múltiplos para a mesma expressão “serviços públicos essenciais”?

A Lei Federal 13.979/2020, que dispõe sobre o enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, estabelece genericamente que as medidas de isolamento, quarentena e realização compulsória de testes, exames e tratamentos (Art. 3º, I, II e III) deverão “resguardar o exercício e o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais”. Estabelece ainda que o Presidente da República disporá, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais a que se refere a lei.

O Decreto n. 10.282 de 20 de março de 2020, por sua vez, sob a expressão “serviços classificados como essenciais” arrolou serviços públicos e atividades para fins do que dispõe a Lei n. 13.979/2020, entre eles, serviço público de trânsito e transporte interestadual e internacional de passageiros, assistência social, serviços funerários e serviços postais entre outros.¹³

¹² MELLO. Oswaldo Aranha Bandeira de. Aspecto jurídico-administrativo da concessão de serviço público. *Revista de Direito Administrativo*: seleção histórica, Rio de Janeiro, v. 34, p. 34-48, 1953.

¹³ Para análise de toda a lista: BRASIL. Presidência da República. Serviços essenciais: Covid-19. *Portal da Legislação*, Brasília, DF, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3hL46b0>. Acesso em: 22 jun. 2020.

No exercício da competência constitucional concorrente, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal¹⁴ a cada uma das unidades federativas, outros normativos foram publicados contendo, em meio a diversas atividade privadas, listas de serviços públicos reconhecidos como essenciais que, assim, se mantiveram em funcionamento, a exemplo dos serviços de transporte coletivo, funerário e de limpeza urbana, conforme Decreto n. 59.403/2020, da Prefeitura Municipal de São Paulo.

Observa-se nesse conjunto de normativos produzidos em razão do contexto da pandemia um ponto de aproximação e um ponto de distanciamento com o repertório já conhecido sobre serviços públicos essenciais, quer em razão da Lei de Greve e do Código de Defesa do Consumidor, quer em razão do debate entre essencialistas e formalistas.

O que aproxima esses conceitos é a mitigação do regime jurídico de Direito Público – hermético e intransigente – em prol de uma visão mais maleável acerca dos serviços públicos. A toda evidência, diante da necessidade de se adequar a prestação de determinados serviços a regramentos excepcionais, seja para atendimento das novas demandas, seja para preservação da incolumidade dos usuários, a estratégia das administrações públicas no país foi a de lançar luzes para a utilidade de determinados serviços, e não tanto para o regime jurídico a que estavam submetidos.

Toda a experiência normativa com a expressão “serviços públicos essenciais” revela a flexibilização do regime jurídico de direito público e o prestígio à essencialidade do serviço, ou seja: à relevância desses serviços para a promoção da dignidade dos cidadãos. Ainda que, no caso do Código de Defesa do Consumidor, a doutrina e a jurisprudência tenham caminhado no sentido de não listar os serviços públicos que seriam essenciais, há uma clara disposição do legislador de atribuir tratamento distinto a serviços que possuem variado grau de relevância social.

Sintomático dessa conclusão é o tratamento conjunto de atividades econômicas e serviços públicos ditos essenciais. Os normativos

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 6341. Relator: Min. Marco Aurélio Mello, 15 de abril de 2020. Brasília, DF: STF, 2020.

editados em razão da pandemia – na esteira do que já se tinha com a Lei de Greve – tratam indistintamente de atividades e serviços, a revelar que o regime a que se submetem é menos importante que a premissa de continuidade. Não se discute o regime de trabalho dos funcionários, modicidade de tarifa nem a natureza dos bens e patrimônio. A sustentabilidade desses serviços e atividades tidos por essenciais não está no regime jurídico a que são submetidos, mas na institucionalidade da sujeição desses serviços e atividades aos comandos do Estado. Tanto é que também as atividades prestadas em regime privado se sujeitarão em igualdade de condições à regulação extraordinária do Estado para fins de controle da pandemia.

O contexto da pandemia e a necessidade de se estabelecer um regime jurídico distinto, emergencial, extraordinário para um grupo de “serviços públicos” assim intitulados “essenciais”, resgata uma perspectiva mitigada das teorias formalistas porquanto menos voltada para o regime jurídico estabelecido e mais voltada para os atributos da prestação.

O que se vê nesse microssistema jurídico gerado pela necessidade de reação dos estados à emergência sanitária é uma estratégia normativa que, em parte, já se verificava na Lei de Greve e no Código de Defesa do Consumidor, mas que se entende tenha sido especialmente importante no momento atual diante da necessidade de estabelecimento de estratégias para rápida tomada de decisão.

3. Serviços públicos essenciais: regime extraordinário de controle da pandemia, estratégia de tomada de decisão e o necessário equilíbrio entre o interesse individual e o interesse coletivo

Por tudo que foi trazido até aqui, tem-se que a ideia de essencialidade sempre permeou o tema dos serviços públicos, ainda que a trajetória formalista tenha feito prevalecer, pelo menos no Brasil, a ideia de um regime jurídico de direito público único e hermético, a atender todos os serviços públicos de forma homogênea. A prática brasileira somada à experiência de países de tradição anglo-saxã, contudo, indica que os atributos dos serviços públicos dependem mais da institucionalidade por trás dessas prestações que, propriamente, da existência de

regimes jurídicos herméticos.

Identificam-se determinadas circunstâncias mais ou menos previsíveis (pandemia, greves, inadimplência e crise financeira) e se garante, a partir da intervenção do Estado, a continuidade dos serviços tidos por essenciais. Essa é a perspectiva que aproxima a dinâmica dos serviços públicos essenciais dos regimes extraordinários durante a pandemia das anteriores experiências legislativas, jurisprudenciais e doutrinárias com serviços públicos.

Há, todavia, uma segunda perspectiva que destaca o contexto da pandemia dos demais contextos em que a expressão “serviços públicos essenciais” era utilizada. Por essa segunda perspectiva, a mitigação da perspectiva formalista e do regime jurídico de Direito Público serve não apenas à garantia direta do interesse coletivo na continuidade da prestação, mas como uma estratégia política importante para a tomada de decisão pela Administração Pública.

No contexto da pandemia, dizer o que é serviço público essencial e o que não é serviço público essencial define a alocação de recursos, as estratégias de publicidade, a destinação de mão de obra e até mesmo orienta regimes diferenciados de contratação. Estabelecem-se prontamente os centros de interesse mais afetados e, a partir daí, é possível tomar decisões.

À primeira vista, o rol de serviços públicos essenciais não passa de um informativo para o cidadão acerca da rotina de funcionamento de transporte público coletivo, serviço funerário, serviços de distribuição de água etc. Aproximada a lupa, observa-se uma complexa estratégia bastante útil para a estruturação das ações administrativas e para a realização dos princípios da eficiência, da impessoalidade e da publicidade. Essa estratégia normativa serve, internamente, à organização administrativa e, externamente, ao estabelecimento de um canal de comunicação com os demais centros de interesse afetados pela pandemia, desde o usuário do serviço essencial até o concessionário.

É fato que diante da diversidade de interesses que circundam um momento tão crítico, é fundamental que a Administração Pública tome decisões de forma racional, ancorada na premissa de que diversos setores disputam as preferências do poder público.

Sob a ótica da teoria da escolha pública, as decisões políticas refletem uma complexa dinâmica de interferências externas. No que diz

respeito às decisões políticas, o modelo majoritário de democracia tende a ser competitivo e conflitivo. Esse modelo competitivo e conflitivo, não raro, tensiona a relação de interdependência entre o comportamento governamental e o comportamento dos indivíduos em relação ao governo. Em contextos de crise, esse atrito - natural das democracias - pode comprometer uma rápida resposta de adesão coletiva a posturas muitas vezes impopulares (isolamento social, *lockdown*, fechamento dos estabelecimentos comerciais etc.).

Arend Lijphart¹⁵ apresenta, contudo, importante estudo ilustrando o conceito de democracia de consenso, apresentando Suíça e Bélgica como modelos de democracia em que as decisões políticas se estabelecem, muitas vezes, pelo consenso. Para Lijphart é possível, mesmo em meio a intensas disputas de interesse, que a decisão pública (expressão do poder autoritário) tenha perspectivas consensuais. Para Lijphart o modelo consensual, em meio aos atritos da democracia, pode ser buscado através de decisões que busquem a inclusão e a assunção de compromissos por parte do tomador de decisão.

A definição dos serviços públicos essenciais mostra-se uma estratégia que reforça o compromisso entre o tomador da decisão (poder público) e a sociedade, além de ser inclusiva em relação aos atores interessados nas atividades econômicas igualmente caracterizadas como essenciais. É o caso, por exemplo, do setor de construção civil que não é serviço público e que ganhou chancela de continuidade em razão do reconhecimento de que se tratava de atividade essencial. Ainda que as opções públicas se sujeitem à análise de razoabilidade e não sejam imunes a críticas, fato é que se atingem alguns consensos minimizando os atritos que normalmente surgem em modelo negocial, competitivo e conflitivo.

¹⁵ Argumenta-se que as democracias de consenso são “mais gentis” e “suaves”, porque são mais propensas ao desenvolvimento de um estado de bem-estar, ao cuidado com o meio-ambiente, a prender menos pessoas, a evitar pena de morte e a fornecer ajuda externa. Além disso, essas democracias elegeriam mais mulheres, reduziriam disparidades econômicas e permitiriam maior participação no processo eleitoral, além de produzirem cidadãos que – dizem os pesquisadores – estão satisfeitos com o seu regime de democracia. Indica-se também que, em democracias consensuais, líderes selecionados possuem opiniões mais convergentes com as dos cidadãos; aumenta-se a responsabilidade para minimizar a corrupção e se garante que o governo esteja sempre apoiado por uma maioria, e não apenas em uma pluralidade. A valorização de tais atributos aponta predileção de Lijphart pela democracia do consenso. (LIJPHART, Arend. *Patterns of democracy: government forms and performance in thirty-six countries*. New Haven: Yale University Press, 1999, p. 185-199).

De outra banda, a possibilidade de negociação de posições políticas em contextos de crise como este pode desequilibrar a performance da Administração Pública em razão da pressão dos interesses individuais sobre o interesse coletivo no funcionamento integral dos serviços. Nesse sentido, deve-se reforçar que a flexibilização do regime jurídico de direito público e o manejo da regulação, no sentido de atenuar a posição do usuário-consumidor, favorecem, em última análise, o interesse coletivo na contenção da pandemia.

Imagine-se o exemplo em que um ônibus destinado ao transporte coletivo encontra-se estacionado no terminal. Por conta de limitações estabelecidas pela regulação, o ônibus deixa o terminal praticamente vazio, ainda que um feixe de usuários o aguardasse naquele mesmo terminal de pé, na fila do ônibus. Fora do contexto pandêmico não seria difícil justificar o direito subjetivo do usuário-consumidor do serviço de transporte coletivo a ingressar naquele ônibus e seguir viagem nele. As limitações ao interesse individual, nesses casos, apenas são possíveis graças à mitigação do regime jurídico de prestação dos serviços de transporte coletivo, em uma estratégia de intervenção reforçada do Estado no rol de serviços públicos essenciais.

O necessário equilíbrio entre o interesse individual e o interesse coletivo, depende, nesse momento, de uma articulação maior entre as agências reguladoras. Depende, ademais, de as medidas de mitigação alcançarem não apenas as prestadoras de serviço, mas também os usuários.

Ao tratar da continuidade dos serviços essenciais em meio à pandemia, todas as agências reguladoras, em maior ou menor medida, relativizaram suas regras e mitigaram exigências. Isso porque a ideia de continuidade não equivale à ideia de manutenção da qualidade do serviço prestado em condições normais. Para tanto companhias aéreas estão dispensadas de comunicar ao consumidor o cancelamento de voos com 72 horas de antecedência e a Aneel dispensou as distribuidoras de atendimento presencial ao público, por exemplo, para vistorias. Também a ANP, por exemplo, reduziu a necessidade de estoque de combustível.

Mas e o usuário? É possível observar a mesma uniformidade no tratamento que as agências reguladoras dispensam aos prestadores de serviços essenciais e aos usuários dos serviços essenciais? Natasha Schmitt Caccia Salinas¹⁶ alerta que não. Esse descompasso entre a

tutela dos prestadores e a tutela dos usuários, somado à falta de sintonia entre as agências reguladoras, tende a dificultar a tutela do interesse coletivo e a multiplicar situações de lesão a direitos individuais.

Exemplificativamente, se por um lado a Aneel atuou no sentido de proibir o corte de energia e concedeu descontos para beneficiados por tarifa social, o mesmo não foi feito pela Anatel ou pela ANA, sobre agências de abastecimento de água não estão tomando medidas equivalentes. A falta de uniformidade na reação das agências reguladoras, notadamente em relação à proteção dos usuários, tende a comprometer os esforços públicos no sentido da criação de um ambiente administrativo favorável à continuidade dos serviços e à proteção do interesse coletivo.

Conclusão

Em *La política de la burocracia*,¹⁷ Brainard Guy Peters analisa a importância de indicadores como confiança e desconfiança para a cultura política, e sua relação com o fortalecimento do poder administrativo. Conclui o autor, em uma das pesquisas apresentadas, que a ausência de confiança social na cultura política elimina, ou ao menos diminui, a possibilidade de atividades de autorregulação ou de regulação fora do ambiente público. Em sociedades que manifestam maior confiança na cultura política, a sociedade se porta de forma mais impregnada pela cultura administrativa de controle e regulação, favorecendo entidades não governamentais e iniciativas sociais.

O estudo de Peters deixa claro que a existência de normas extraordinárias que excepcionem a entrega costumeira de determinados serviços públicos aos cidadãos e que reorganizem esses serviços para que haja continuidade sem agravamento da pandemia não são suficientes para a imediata aderência da população a todas as posturas sanitárias recomendadas. Sequer são suficientes para a compreensão

¹⁶ WEBINAR: impacto da Covid-19 nos serviços públicos essenciais. [S. l.: s. n.], 2020. 1 vídeo (93 min). Publicado pelo canal FGV. Disponível em: <https://bit.ly/35W3lK0>. Acesso em: 20 jun. 2020.

¹⁷ PETERS, Brainard Guy. *La política de la burocracia*. Tradução Eduardo L. Duárez Galindo. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 156.

de que o interesse coletivo na redução de disponibilidade de determinados serviços (a exemplo da redução de cirurgias eletivas ou da impossibilidade de se levar acompanhantes para as maternidades) irão se sobrepor ao interesse individual do usuário-consumidor em receber a prestação daquele serviço como usualmente.

Segundo estudos apresentados por Pablo Cerdeira¹⁸ após observar no Recife e no Rio de Janeiro a resposta da população às determinações de isolamento, verificou-se que, depois de cada iniciativa da Administração Pública no sentido de recrudescer o isolamento social e limitar o funcionamento dos serviços públicos, havia imediatamente o aumento na taxa de isolamento social; todavia, rapidamente essa adesão era amansada até que nova decisão fosse necessária para resgatar a atenção da população e, assim, o vínculo com as medidas de isolamento. Isso é retrato do grau de confiança da população na cultura política.

O que se pretendeu destacar neste trabalho é que o interesse na segregação de determinados serviços públicos, tidos por essenciais, para manejo específico de soluções de continuidade não é uma novidade no nosso sistema. Trata-se de alternativa que deve ser ainda mais explorada e aperfeiçoada, sempre com o foco em se resgatar aquilo que na origem da construção da Escola dos Serviços Públicos foi identificado por León Duguit como um prestígio à utilidade e à essencialidade no lugar do regime jurídico de Direito Público.

Viu-se que, para além do interesse coletivo no funcionamento de determinados serviços, ainda que parcial, há uma estratégia da administração em criar um ambiente controlado que estará sujeito a todo o regime extraordinário de compras públicas, de tratamento dos recursos humanos e de concentração de investimentos. Não se sabe ao certo como a alocação de recursos vai responder à complexa disputa entre investimentos sociais e investimentos em infraestrutura, mas é possível dizer que a reorganização dos serviços públicos essenciais e a clareza em relação aos limites de atendimento de cada um desses serviços serão fundamentais diante da multiplicidade de interesses que rever-

¹⁸ BIG data nas operações emergenciais na crise. [S. l.: s. n.], 2020. 1 vídeo (83 min). Publicado pelo canal Insper. Disponível em: <https://bit.ly/2FH1Pkl>. Acesso em: 10 jun. 2020.

beram nas arenas políticas. A indicação dos serviços públicos essenciais impacta positivamente a racionalidade dessa estratégia na medida em que os conflitos de interesse se tornam mais claros e as justificativas do Estado mais sindicáveis.

Ademais, o foco na essencialidade favorece a relativização do interesse individual de consumidores e usuários dos serviços públicos frente ao interesse coletivo. Em um regime extraordinário, no qual os transportes circularão com menor densidade, as companhias aéreas precisarão rever itinerários e a coleta de lixo domiciliar demandará a assunção de algumas responsabilidades pelo usuário. Os interesses individuais não podem ficar de fora desse esforço coletivo de mitigar a proliferação do vírus e de evitar novas ondas de contaminação.

Em meio a todos esses dilemas, surgem conflitos federativos como reflexos do modelo de compartilhamento de competências legislativas sobre matéria de serviços públicos entre a União e as demais unidades federativas. Forma-se, em matéria de serviços públicos, um verdadeiro condomínio legislativo em que as normas e princípios gerais são estabelecidos pela União e especificados pelas unidades federativas. O campo da legislação concorrente estabelece um ordenamento jurídico misto, elaborado simultaneamente pela União, pelos estados e pelos municípios, o que, em situações de crise, tende a tensionar o tecido democrático.

Os normativos editados em matéria de serviços públicos trazem, contudo, uma excelente oportunidade para se pensar não apenas sobre a eficiência dos modelos que mitigam o regime jurídico de direito público, mas especialmente a forma como esses normativos podem ser construídos como modelos consensuais, isto é: que sejam inclusivos em relação a diversos interesses e que renovem pactos entre o poder público e a sociedade, com foco na essencialidade e na utilidade da prestação dos serviços para o cidadão. São fórmulas, como visto, que evitam o esgarçamento desse tecido democrático em meio à necessidade de decisões rápidas e sem exaustiva interlocução com outros centros de interesse.

O que não se apresenta compatível nem com o quadro de crise sanitária nem com a experiência nacional com os serviços públicos essenciais é que se tenha a sobreposição de regimes jurídicos dissociados da sua utilidade para o usuário como um mero instrumento oco, usado para reforço da autoridade do Estado e como justificativa da intervenção

meramente formal da Administração Pública na prestação de utilidades ao cidadão. Ainda menos compatível com o quadro é que os esforços regulatórios para tratamento desses serviços essenciais sejam dirigidos aos fornecedores e prestadores, e não aos consumidores-usuários.

O contexto da pandemia para um Estado, que arca com inúmeras obrigações prestacionais e que assume a titularidade dos mais variados serviços de interesse público, agudiza suas deficiências e estressa sua capacidade de atendimento. Contar com espaço de manobra para poder ajustar a prestação de serviços públicos ao novo estado de coisas do mundo pós-pandemia – ainda que com a mitigação de interesses individuais, mas com a formação de consensos, transparência e impessoalidade – é fundamental para que a Administração Pública possa ultrapassar a crise sanitária cumprindo seu papel, que é o de entregar serviços úteis aos cidadãos e não o de se fortificar por trás de regimes autoritários. A liberdade sempre caça seu jeito.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BIG data nas operações emergenciais na crise. [S. l.: s. n.], 2020. 1 vídeo (83 min). Publicado pelo canal Insper. Disponível em: <https://bit.ly/2FH1Pkl>. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Serviços essenciais: Covid-19. *Portal da Legislação*, Brasília, DF, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3hL46b0>. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 6341. Relator: Min. Marco Aurélio Mello, 15 de abril de 2020. Brasília, DF: STF, 2020.

CASSESE, Sabino. *A crise do Estado*. Tradução Ilse Paschoal Moreira, Fernanda Landucci Ortale. Campinas: Saberes, 2010.

CASSESE, Sabino. *La globalización jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2006.

CASSESE, Sabino. *Territori e potere: un nuovo ruolo per gli Stati?* Bologna: Il Mulino, 2016.

COSTA, José Rubens. Transportes públicos. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Direito administrativo: serviços públicos e poder de polícia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 5, p. 1061-1082.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. 2. ed. Tradução Carlos García Oviedo. Madrid: Reus, 1928. t. 2. Disponível em: <https://bit.ly/3iF589U>. Acesso em: 21 out. 2012.

LIJPHART, Arend. *Patterns of democracy: government forms & performance in thirty-six countries*. New Haven: Yale University Press, 1999. p. 185-199.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CUNHA, Carlos Eduardo Bergamini. O equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos de concessão rodoviária e o caso dos riscos insecuráveis. In: COUTINHO,

Diogo R.; VEIGA DA ROCHA, Jean-Paul; SCHAPIRO, Mario G. (coord.). *Direito econômico atual*. São Paulo: Método, 2015. p. 19-40.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Aspecto Jurídico-Administrativo da Concessão de Serviço Público. *Revista de Direito Administrativo: seleção histórica*, Rio de Janeiro, v. 34, p. 34-48, 1953.

NERY, Ana Rita de Figueiredo. Serviço público: o que é e para que serve? *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 7-20, 2012.

PETERS, Brainard Guy. *La política de la burocracia*. Tradução Eduardo L. Duárez Galindo. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

TILLIT, Paul. Un monopole musical sous l’Ancien Régime: le privilège de l’opéra de 1669 à la Révolution. *In: TOUZEIL-DIVINA, Mathieu; KOUBI, Geneviève. Droit & opera*. Paris: LGDJ, 2008. p. 3-24.

WEBINAR: impacto da Covid-19 nos serviços públicos essenciais. [S. l.: s. n.], 2020. 1 vídeo (93 min). Publicado pelo canal FGV. Disponível em: <https://bit.ly/35W3lK0>. Acesso em: 20 jun. 2020.