

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECO
ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MÁRCIO AUGUSTIN

**LEGITIMIDADE E LEGALIDADE DO RECONHECIMENTO AUTOMÁTICO DE
DIREITO NOS BENEFÍCIOS DO INSS EX OFFICIO**

CHAPECÓ (SC),

2012

MÁRCIO AUGUSTIN

**LEGITIMIDADE E LEGALIDADE DO RECONHECIMENTO AUTOMÁTICO DE
DIREITO NOS BENEFÍCIOS DO INSS EX OFFICIO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Comunitária da Região de Chapecó,
UNOCHAPECÓ, como requisito parcial à obtenção
do título de bacharel em Direito, sob a orientação da
Prof^a. Me. Deisemara Turatti Langoski.

Chapecó (SC), junho de 2012.

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECÓ
ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**LEGITIMIDADE E LEGALIDADE DO RECONHECIMENTO AUTOMÁTICO DE
DIREITO NOS BENEFÍCIOS DO INSS EX OFFICIO**

MÁRCIO AUGUSTIN

Prof^a. Me. Deisemara Turatti Langoski
Professora Orientadora

Prof^a. Me. Laura Cristina de Quadros
Coordenadora do Curso de Direito

Prof. Me. Robson Fernando Santos
Coordenador Adjunto do Curso de Direito

Chapecó (SC), junho de 2012.

MÁRCIO AUGUSTIN

**LEGITIMIDADE E LEGALIDADE DO RECONHECIMENTO AUTOMÁTICO DE
DIREITO NOS BENEFÍCIOS DO INSS EX OFFICIO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de BACHAREL EM DIREITO no Curso de Graduação em Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó - UNOCHAPECÓ, com a seguinte Banca Examinadora:

Me. Deisemara Turatti Langoski – Presidente

Me. Idir Canzi – Membro

Me. Dulce Irene Finardi – Membro

Chapecó (SC), junho de 2012.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha companheira Juliana que me respeitou e incentivou, apoiando com amor e carinho durante toda a trajetória e luta acadêmica para a superação dos momentos difíceis na obtenção de mais um título de graduação.

Aos meus pais, que são os meus maiores incentivadores e encorajadores na busca do conhecimento, e que souberam respeitar e apoiar ao longo de toda a graduação, fazendo que os momentos difíceis sejam superados e caminha-se sempre mais e mais à frente.

Aos professores, amigos e colegas, que desempenharam um papel importante no período dedicado aos estudos, proporcionando momentos alegres e de incentivo, gerando vínculos de amizade e confiança.

A todos, com todo o meu coração.

RESUMO

LEGITIMIDADE E LEGALIDADE DO RECONHECIMENTO AUTOMÁTICO DE DIREITO NOS BENEFÍCIOS DO INSS EX OFFICIO. Márcio Augustin.

Deisemara Turatti Langoski (ORIENTADORA). (Universidade Comunitária da Região de Chapecó – UNOCHAPECÓ).

(INTRODUÇÃO) A evolução da sociedade tem demandado transformações cotidianas dentro das prestações de serviços oferecidos pelo Estado a população em geral, e, envolvidos na abrangência do termo Serviço Público, as atuações das entidades Administrativas implicam em novas formas inovadoras, eficientes e eficazes para atendimento dos anseios sociais. Com fulcro nas novas demandas sociais, o Instituto Nacional do Seguro Social tem evoluído a prestação de seus serviços de modo a efetuar procedimentos antecipatórios aos requerimentos expressos dos serviços prestados, apresentando uma transformação na concepção de serviço posto a disposição da vontade do usuário para uma visão de serviço efetivamente em execução. (OBJETIVOS) Têm-se como objetivos desta pesquisa, propiciar uma reflexão sobre a prestação dos Serviços Públicos de processamento e reconhecimento de direitos *extra petita* do segurado por meio de atividades *de ofício* realizadas pelo INSS, abarcando a demonstração das prestações de serviço público no Brasil no tocante às formas de exercício do poder estatal; expor a mutação da prestação do serviço público no Brasil; e identificar os princípios e regras que legitimam o serviço de concessão ou revisão *ex officio* de benefícios recebidos pelos beneficiários pelo INSS. (EIXO TEMÁTICO) O tema proposto vincula-se ao eixo temático do Curso de Direito de Universidade Comunitária da Região de Chapecó – Unochapecó, denominado de Cidadania e Estado. (METODOLOGIA) Utiliza-se para aprofundamento teórico, a pesquisa em fontes de informações como livros, doutrinas, revistas jurídicas, artigos, monografias, teses, dissertações e sítios da internet, utilizando o método científico dedutivo como forma de estruturação do trabalho. (CONCLUSÃO) O Estado possui o dever de zelar e favorecer o bem estar da sociedade através da realização de serviços de interesse da coletividade, e estas implementações dependem de atuações dentro dos princípios da Constituição Federal. Assim, com fulcro nos princípios, em especial referência ao Princípio da Eficiência, o INSS, como Ente Estatal com delegação por lei na prestação de serviços públicos voltados para a Previdência Social, tem passado por transformações nos procedimentos de forma a prestar serviços de qualidade e expondo direitos a seus segurados e usuários, automaticamente, antes mesmo de requerer a prestação que lhes são devidas. (PALAVRAS-CHAVE) reconhecimento automático, INSS, benefícios.

ABSTRACT

LEGITIMACY AND AUTOMATIC RECOGNITION OF THE LEGALITY OF LAW IN NATIONAL INSTITUTE OF SOCIAL SECURITY (“INSS”) BENEFITS EX OFFICIO. Márcio Augustin.

Deisemara Turatti Langoski (ADVISOR). (Chapecó Region Community University – UNOCHAPECÓ).

(INTRODUCTION) The evolution of society has demanded changes in the daily services provided by the State to the general population, and, involved in the scope of the term Public Service, the actions of the Administrative entities require new ways innovative, efficient and effective care of social concerns. With the fulcrum in the new social demands, the National Institute of Social Security has evolved to provide its services in order to perform anticipatory procedures to the requirements expressed by the services provided, with a change in the design of service provision will put the user to a view service effectively running. (OBJECTIVES) We have as objectives of this research, provide a reflection about the provision of Public Services processing and recognition of rights extra petita of the insured through activities of ofício conducted by the INSS, covering the demonstration of public services in Brazil with respect to the exercise of state power, exposing the mutation of the provision of public service in Brazil; and to identify the principles and rules that legitimate service concession or ex officio review of benefits received by beneficiaries by INSS. (THEMATIC AXIS) The theme is linked to the thematic axis of the College of Law at Chapecó Region Community University – Unochapecó, called Citizenship and the State. (METHODOLOGY) Is used for theoretical deepness research, research on information sources such as books, doctrines, legal journals, articles, monographs, theses, dissertations and web sites, using the deductive scientific method as a way of structuring the work. (CONCLUSION) The State has a duty to ensure and promote the welfare of society by performing services of interest to the community, and some of these implementations depend on actions within the principles of the Federal Constitution. Thus, with the core principles, in particular reference to the Principle of Efficiency, the INSS, as State Entity with delegated by law in public service focused on Social Security, has gone through changes in procedures in order to provide quality services and exposing their rights holders and users, automatically, before you even apply for the provision due to them. (KEYWORDS) Automatic recognition, INSS, Benefits.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art. – Artigo;

n. – número.

LISTA DE SIGLAS

ADCT – Atos das Disposições Constitucionais Transitórias;

APS – Agência da Previdência Social;

CF88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988;

CNIS – Cadastro Nacional de Informações Sociais;

IAP – Instituto de Aposentadoria e Pensão;

IAPAS – Instituto de Administração da Previdência e Assistência Social;

IAPM – Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Marítimos;

INPS – Instituto Nacional de Previdência Social;

INSS – Instituto Nacional do Seguro Social;

LOAS – Lei Orgânica de Assistência Social;

LOPS – Lei Orgânica da Previdência Social;

MP – Medida Provisória;

MPAS – Ministério da Previdência e Assistência Social;

RGPS – Regime Geral de Previdência Social;

LISTA DE APÊNDICES

APÊNDICE A - ATESTADO DE AUTENTICIDADE DA MONOGRAFIA	78
APÊNDICE B - TERMO DE SOLICITAÇÃO DE BANCA	80

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
CAPÍTULO I.....	16
1 SERVIÇOS PÚBLICOS NO BRASIL	16
1.1 Conceito de serviço público	16
1.1.1 Dos elementos de conceituação.....	20
1.2 Classificação.....	22
1.3 Princiologia do serviço público.....	28
CAPÍTULO II.....	33
2 EVOLUÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS	33
2.1 Evolução histórica e legislativa	33
2.2 Formas de prestação de serviço público	38
2.2.1 Prestação direta de serviço público	38
2.2.2 Prestação indireta de serviço público	40
2.2.2.1 Concessão	41
2.2.2.2 Permissão.....	42
2.2.2.3 Autorização.....	43
2.2.3 Gestão associada.....	43
2.2.3.1 Consórcio.....	44
2.2.3.2 Convênio.....	44
2.2.3.3 Organização social.....	45
2.2.3.4 Parceria público-privada.....	46
2.2.4 Prestação não privativa do Estado	47
2.3 Mutação do serviço público.....	48

CAPÍTULO III	52
3 O PODER DO ESTADO PRESTADOR DE SERVIÇO PÚBLICO FRENTE AOS DIREITOS DOS CIDADÃOS	52
3.1 Prestação de serviço público <i>ex officio</i> pelo Ente Público	53
3.2 Contextualização do INSS como ente prestador de serviço	55
3.2.1 Seguridade Social como objeto de prestação de serviço público	55
3.2.2 Evolução histórica do Ente Público previdenciário brasileiro.....	57
3.3 Serviços prestados pelo INSS.....	62
3.4 Legitimidade e legalidade do reconhecimento automático de direitos perante o INSS nos benefícios de aposentadoria por idade.....	66
3.4.1 Experiência do INSS: Aviso para requerimento de benefício.....	68
CONCLUSÃO.....	72
REFERÊNCIAS	74
APÊNDICES	77

INTRODUÇÃO

A pesquisa versa sobre a legitimidade e legalidade do Serviço Público no enfoque do INSS como prestador de serviço de ofício em benefícios previdenciários.

Com a evolução das informações aos cidadãos do Brasil, tornou-se público que muitas atividades do Estado podem ser acessadas pela população de forma mais fácil, direta e com uma diminuição extraordinária de procedimentos burocráticos, que emperrariam e inviabilizariam o uso de tal serviço prestado.

As mudanças que estão ocorrendo na sistemática de prestação estatal de serviços, compreendem uma declinação as novas tendências mundiais, baseadas em novos conceitos da sociedade que evolui a cada momento.

Entre um dos Entes Públicos que prestam serviços, está o INSS, que passou a exercer, em certas situações, a atuação de forma espontânea, sem a provocação ou requerimento de seus segurados, processando as informações constantes em seu banco de dados para fins de averiguação das pessoas que podem ter acesso ao seu serviço e comunicando-lhes deste fato, pois teria atingido os requisitos previstos na legislação previdenciária para a aquisição do benefício de Aposentadoria por Idade.

Com sorte, considerando que as premissas da organização tripartida da Seguridade Social no Brasil são compreendidas pela Saúde, Assistência e Previdência, das quais, as duas primeiras atuam de forma sistemática em prevenir, coibir e remediar as situações inesperadas definidas em suas diretrizes, enquanto, a terceira, funda-se a sua organização na substituição de renda em fatores ocorridos anteriormente, ou seja, após a manifestação da parte segurada em que implemente o requisito definido em lei.

Com esse ponto basilar, o INSS, atualmente, vem exercendo os seus serviços de forma diferenciada, de modo a encaminhar para seus filiados, correspondências contendo a informação de direito ao benefício de aposentadoria por idade, baseando-se nas informações cadastrais existentes naquele órgão.

Verifica-se que a previdência, com o intuito de proteger os seus beneficiários, antecipa a pretensão dos cidadãos, visto que mesmo não tendo o ponto de partida inicial do seu beneficiário, que deseja substituir sua renda, este se depara com a situação de ser informado sobre o processamento (simulado ou não, com os mesmos dados de um benefício definitivo) de um direito ainda não requerido.

Visa-se desta forma, principalmente, expor a adversidade sobre os serviços públicos, propiciando a discussão sobre a possibilidade jurídica do Ente Público Previdenciário realizar esta prestação de serviço *ex officio*, ou seja, sem o requerimento espontâneo do segurado, visto as normas de regulação da atividade pública serem rígidas, não deixando margem à escolhas da Administração sem previsão legal anterior.

Voltado a este foco, busca-se a resposta para o tema proposto - Legitimidade de Serviço Público no enfoque do INSS como prestador de serviço de ofício em benefícios previdenciários - através do seguinte problema de pesquisa: O INSS possui legitimidade e legalidade para exercer a prestação do serviço público no reconhecimento automático de direito de seus segurados?

No desenvolvimento do tema estabelecido foi determinado o objetivo de Estudar a prestação de serviço estatal de processamento e reconhecimento de direitos de ofício pelo INSS *extra petita* do segurado.

Para o alcance do objetivo geral proposto, traçaram-se alguns objetivos específicos, sendo eles: expor a mutação da prestação do serviço público no Brasil; demonstrar a prestação de serviço público no Brasil no tocante às formas de exercício do poder estatal; identificar os princípios e regras que legitimam o serviço de concessão ou revisão de aposentadoria por idade dos beneficiários pelo INSS *ex officio*.

Fundamenta-se a pesquisa em fontes de informações de ampla pesquisa bibliográfica, como livros, doutrinas, revistas jurídicas, artigos, monografias, teses, dissertações e sítios da internet, de modo a propiciar o aprofundamento teórico necessário ao estudo, utilizando-se

para tal, o método científico dedutivo, que inicia da uma ideologia genérica e passa para a especificidade do caso.

O tema proposto vincula-se ao eixo temático de Cidadania e Estado do Curso de Direito de Universidade Comunitária da Região de Chapecó – Unochapecó.

A presente pesquisa está apresentada em três capítulos, sendo: I) Serviços Públicos no Brasil; II) Evolução dos Serviços Públicos e O Poder do Estado prestador de Serviço Público frente aos Direitos dos Cidadãos.

No primeiro capítulo, apresenta-se as definições basilares dos Serviços Públicos no Brasil, apontando os conceitos e as divergências em descrever o que pode ser considerado serviço, bem como, explanar sobre a classificação e os princípios apontados pela doutrina que relacionam-se ao tema descrito, visando explicitar a essência da função de prestador de serviços que o Estado possui perante os seus administrados.

O segundo capítulo aborda a evolução histórica e das normas relacionadas aos serviços públicos, explanando-se sobre as primeiras atribuições do Estado medieval ao contexto atual de Estado Liberal, mencionando as formas que atualmente são apresentados os serviços perante os seus usuários, abordando as novas concepções existentes em relação aos Serviços Públicos e a transformação que a sociedade impõem sobre o Estado para aprimoramento das demandas existentes.

Em um terceiro momento e último capítulo, serão analisados os serviços que os Entes públicos prestam a sociedade de forma espontânea, processadas por atribuições do ofício no interesse e prol dos cidadãos, sem deixar de lado a função que o Instituto Nacional do Seguro Social desempenha na prestação de serviço dentro do tripé da seguridade social prevista na constituição brasileira. Além disso, apresentam-se os serviços que são prestados pelo INSS, abordando a legitimidade e a legalidade do reconhecimento automático de direito na concessão de benefício, em especial a aposentadoria por idade, como serviço público exercido por este instituto.

CAPÍTULO I

1 SERVIÇOS PÚBLICOS NO BRASIL

A finalidade desta parte teórica inicial visa obter os elementos norteadores da prestação de serviços públicos no Brasil e a forma que a doutrina dispõe sobre suas características básicas no desempenho das atividades estatais de sua competência.

As normas brasileiras apresentam diversas atribuições incumbidas ao Estado para a prática de atividades perante seus cidadãos, que são denominadas de serviços públicos e que foram retiradas da esfera livre da economia de mercado.

1.1 Conceito de serviço público

A evolução das necessidades individuais das pessoas que compõem a sociedade com o passar dos tempos, exige atitudes de indivíduos que representam a si mesmo ou a uma entidade criada pela própria sociedade com os fins de satisfazer os anseios coletivos.

Nasce conseqüentemente a necessidade da prestação de serviços a população por um Ente formado pelo Estado, caracterizado pelas condutas e ações em certas atividades voltadas a sociedade, ou seja, uma prestação, que satisfaça a coletividade em geral.

O simples fato de haver o Estado como prestador desse serviço em dado lugar e espaço, enseja que o mesmo não pode ser considerado como serviço público, havendo a

necessidade de “o Estado reputa que não convém relegá-las simplesmente à livre iniciativa” (MELLO, 2007, p. 649).

Considerando a abrangência e amplitude que o assunto possui, diversos¹ doutrinadores buscam descrever, informando que se trata de uma tarefa difícil e divergente, uma definição sobre o conceito de serviço público que seja compatível com os conceitos e delimitações no âmbito do Direito Administrativo, bem como, devido à dinamicidade das relações privadas e públicas, os conceitos necessitam ser atualizados sem desviar o seu objeto em si.

Inicialmente, umas das bases que explicam o sentido do termo Serviço Público, possui interligação redundante, para os dias de hoje, em certos aspectos. E isto se deve ao fato das origens do conceito de Direito Administrativo ter nascido a partir de jurisprudências da França que inspiraram a Escola de Serviço Público quando definiram a competência dos Tribunais em função da execução dos serviços públicos, tornando desta forma, conforme Di Pietro (2009, p. 43, 98), o serviço público é um dos critérios de definição de Direito Administrativo.

Ainda, complementa Di Pietro (2009, p. 43) que

[...] qualquer que seja o sentido que se atribua à expressão serviço público, ela não serve para definir o objeto do direito administrativo. Pelo conceito de uns ultrapassa o seu objeto e, pelo conceito de outros, deixa de lado matérias a ele pertinentes.

Para explicar o porque não se pode vincular os conceitos de serviço público e Direito Administrativo diretamente e intrinsecamente, Di Pietro (2009, p. 44), coloca a forma que cada conceito se apresenta dentro de um contexto jurídico, pois

[...] dentro desse conceito, o Direito Administrativo, por referir-se ao serviço público, incluiria normas que pertencem ao direito constitucional e processual, abrangendo, inclusive, a atividade industrial e comercial do Estado, que se submete ao direito privado. O conceito não faz qualquer distinção entre a atividade jurídica do Estado e o serviço público, que é a atividade material.

¹Helly Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, 2011, p. 364. José dos Santos Carvalho Filho, Manual de Direito Administrativo, 2006, p. 269. Robertônio Pessoa, Curso de Direito Administrativo, 2000, p. 296. Edimur Ferreira de Faria, Curso de Direito Administrativo Positivo, 2007, p. 434. Diogenes Gasparini, Direito Administrativo, 2008, p. 293.

Para definir o conceito de Serviço Público, Di Pietro (2009, p. 98), utilizando a mesma metodologia de outros doutrinadores, adota a combinação, em geral, de “três elementos para a definição: o material (atividades de interesse coletivo), o subjetivo (presença do Estado) e o formal (procedimento de direito público)”, que será tratado mais à frente.

Para conceituar serviço público, há a necessidade de mencionar que há autores que definam a abrangência do serviço público de forma ampla e outros que denotam uma abrangência restrita.

De forma geral e ampla, a conceituação descrita por Bastos (1994, p. 158), em que o serviço público consiste no “conjunto de atividades que a Administração presta visando o atendimento de necessidades que surgem exatamente em decorrência da vida social, própria do homem, embora também atendam interesses individuais”.

Di Pietro, cita como sentido amplo de serviço público, a definição de Mario Masagão descrita como “toda atividade que o Estado exerce para cumprir seus fins, exceto a judiciária” (MASAGÃO, *apud* DI PIETRO, 2009, p. 98). Decorre que, mesmo havendo exceção a abrangência do conceito descrito pelo autor, é um pouco amplo para o contexto jurídico que se refere, pois “abrange todas as atividades exercidas pela Administração Pública, sem distinguir a atividade jurídica (poder de polícia), a atividade material (serviço público) e a atividade econômica” (DI PIETRO, 2009, p. 99).

Amplo, ainda, é o conceito de José Cretella Júnior (1980, 55-60) citado por Di Pietro, (2009, p. 99), ao qual serviço público é “toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades públicas mediante procedimento típico do direito público”.

Não muito diferente destes conceitos acima, Meirelles (2011, p. 364-365) conceitua o serviço público como “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado”. Mesmo havendo substituição do termo Estado usado por Masagão, pelo termo Administração, ainda é amplo o conceito, muito embora, isso tenha restringido a inaplicabilidade nas atividades legislativas e jurisdicionais,

deixou abranger todo o poder de polícia², sem distinção deste com relação ao serviço público propriamente dito. (DI PIETRO, 2009, p. 99).

De forma restrita de conceito de serviço público, pode-se citar o descrito por Mello (2007, p. 650), em que

[...] serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça às 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.

Percebe-se na conceituação acima, a existência de elementos materiais e formais, bem como uma extensão de entendimento do serviço público com a participação do legislativo. Entretanto, quando o legislativo definir em norma de sua competência, sem extrapolação à constituição, que uma atividade que a Administração passa a exercer porque a sociedade necessita, é considerado como serviço público.

Considerando o processo legislativo adotado no Brasil, a promulgação final de uma lei está sob competência final do chefe do poder executivo, pois este pode vetar pela postura em relação às suas atribuições ou mesmo, em certos momentos, iniciar um processo legislativo por meio do instituto da medida provisória. Pode-se entender que não há nenhuma fuga da principiologia de que a Administração Pública é que define e executa o serviço que é de interesse público.

Quanto aos critérios materiais mencionados por Mello, refere-se a atividade de oferecimento a sociedade de algo que a mesma deseja e seja útil ou cômodo de uso, sendo passível de fruição pelos administrados deste serviço colocado a disposição pelo Estado, que encarrega-se de tal responsabilidade. O tomar para si esse dever, ocorre “por serem reputadas imprescindíveis, necessárias ou apenas correspondentes a conveniências básicas da Sociedade, em dado tempo histórico” (MELLO, 2007, p. 654). Como exemplo disso, tem-se o fornecimento de água encanada, energia elétrica, gás encanado, telefonia, etc.

²Hely Lopes Meirelles (2011, p. 321) conceitua “Poder de Polícia como a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso, o gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”.

Corroborando com isso, Meirelles (2011, p. 365) explica que, doutrinariamente não é possível de se descrever e indicar todas as atividades de forma taxativa que sejam consideradas como serviço público, porque “variam segundo as exigências de cada povo e de a cada época”. Bem como, se o foco principal é a população, não se caracteriza como serviço público somente pelo fato de se estar exercendo as atividades coletivas vitais ao interesse da sociedade, pois engloba-se dentro dos serviço público, o que a comunidade considera dispensável, diretamente desnecessária à ela, mas mesmo assim são realizadas e prestadas pelo Estado.

1.1.1 Dos elementos de conceituação

Para se chegar ao conceito de serviço público, a doutrina adota três elementos essenciais, individualmente tomados, ou em conjunto, que demonstram um ponto de partida, aos quais são: elemento material, elemento formal e elemento subjetivo ou também denominado de orgânico, que são abaixo explicados:

a) Elemento material

Este elemento é o que possui menos divergência dentro da doutrina utilizada neste trabalho, de forma que o objetivo do serviço público é a prestação de atividades que sejam de interesse da comunidade em geral, mesmo que a satisfação seja atingida de forma indireta, trazendo a definição deste elemento no objeto do serviço público.

No mesmo sentido, Carvalho Filho (2006, p. 270), descreve que “serviço público seria aquele que atendesse direta e essencialmente à comunidade”, ou seja, conforme Araújo (2010, p. 124), “tem por objeto a satisfação das necessidades coletivas, como tal entendidas pelo Estado”.

Traz-se aqui, uma descrição clara que, mesmo sendo uma necessidade coletiva demandada pela sociedade, cabe ao Estado eleger como tal e elevar este a natureza desta atividade que é exercida por algum ente privado ou público ao patamar de serviço público, ou serviço de interesse público.

b) Elemento formal

No elemento formal está a forma jurídica que a prestação de serviço público é exercido. Deste modo, o desempenho do serviço público será realizado sob regime jurídico de direito público que se sobrepõem ao direito comum (ARAÚJO, 2010, p. 124).

Para Carvalho Filho (2006, p. 269), o elemento se explica em: “será serviço público aquele disciplinado por regime de direito público”.

Entretanto, complementa esse doutrinador, que somente este critério “é insuficiente, porque em alguns casos incidem regras de direito privado para certos segmentos da prestação de serviços públicos [...]”.

Di Pietro (2009, p. 103) define que “o regime jurídico a que se submete o serviço público também é definido por lei. Para determinados tipos de serviços (não comerciais ou industriais) o regime jurídico é de direito público [...]” e quando se refere a serviços comerciais e industriais, o regime jurídico é o de direito comum.

Por consequência, mesmo sendo exercido pela iniciativa privada, e esteja submetido às mesmas regras definidas em lei como os serviços públicos exercidos diretamente pelo Ente Público, temos o elemento formal caracterizado pelo regime jurídico público.

c) Elemento Subjetivo

O elemento subjetivo relaciona-se ao Ente Público estar no pólo da prestação do serviço público.

Para Pessoa (2000, p. 297), o elemento subjetivo é denominado de “sujeito que o presta”, podendo ser tanto “a própria Administração Pública, direta ou indireta, como particulares (concessionários e permissionários, que atuam mediante delegação e fiscalização daquela”.

Carvalho Filho (2006, p. 269) apresenta este elemento com o nome de “critério orgânico”, e define como sendo o serviço público que é prestado por algum “órgão público, ou seja, pelo próprio Estado”. Entretanto, o mesmo levanta a questão das atuais alterações que este elemento vem sendo submetido com as novas formas de prestação de serviço público, não havendo mais a restrição de apenas o Estado exercer as atividades públicas, tornado-se

possível, a realização por meio de delegação a terceiros da iniciativa privada, tema este que será abordado nos capítulos seguintes.

1.2 Classificação

Há critérios que são adotados pelos doutrinadores para classificar os serviços públicos, dos quais os principais são: a essencialidade, adequação, finalidade e destinatários, definidos por Meirelles (2011, p. 366), ou, conforme Carvalho Filho (2006, p. 272), deve-se levar em conta a extensão, o âmbito de incidência e a natureza, muito embora “em alguns momentos, elas se identificam quanto ao conteúdo, mas recebem nomenclatura diversa”.

a) Quanto a sua essência (ou essencialidade)

Segundo Meirelles (2011, p. 366), dentro de sua forma de classificar os Serviços Públicos, pelo critério da essencialidade, descreve os serviços públicos propriamente ditos, como sendo

[..] os que a Administração presta diretamente à comunidade, por reconhecer sua essencialidade e necessidade para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado. Por isso mesmo, tais serviços são considerados privativos do Poder Público, no sentido de que só a Administração deve prestá-los, sem delegação a terceiros.

Usando de nomenclatura diversa, Carvalho Filho (2006, p. 273) os classifica como sendo “serviços indelegáveis” aqueles que são inerentes ao Poder Público, com a especialidade de os serviços públicos somente serem prestados de forma direta pelo Estado, ou seja, com o uso de seus próprios órgãos ou agentes, visto que sua natureza envolve a segurança do próprio Estado.

De forma resumida, Di Pietro (2009, p. 109), citando a classificação efetuada originariamente por Arnaldo de Valles e divulgada por Rafael Bielsa, os quais descrevem que “[...] serviços públicos próprios são aqueles que, atendendo a necessidades coletivas, o Estado assume como seus e os executa diretamente (por meio de seus agentes) ou indiretamente (por meio de concessionários e permissionários)”.

Como exemplo de serviço público que se classifica nesse critério, ambos os doutrinadores se reportam aos serviços de defesa nacional, de polícia e de preservação da saúde pública.

Completando a classificação pelo critério da essencialidade, Meirelles (2011, p. 366-367) expõem que em conta-partida do serviço público próprio, tem-se os serviços considerados de utilidade pública, definido como sendo aqueles que a Administração,

[...] reconhecendo a sua conveniência (não essencialidade, nem necessidade) para os membros da coletividade, presta-os diretamente, ou aquiesce em que sejam prestados por terceiros (concessionários, permissionários ou autorizatários), nas condições regulamentadas e sob seu controle, mas por conta e risco dos prestadores, mediante remuneração dos usuários.

São exemplos dessa modalidade de serviço público, os serviços de transporte coletivo, energia elétrica, gás, telefone.

Carvalho Filho (2006, p. 273), os descreve como classificação de “serviços delegáveis”, pois considerando a sua natureza ou origem, possuem descrição no ordenamento jurídico como sendo passíveis de transferência de execução pelo Estado a particulares ou executados pelo próprio Ente.

A particularidade de execução no serviço público classificado como delegável, não enseja presunção que o mesmo sempre estará na mão da iniciativa privada, podendo por determinadas diretrizes políticas e administrativas, o serviço ser prestado pelo próprio Estado (CARVALHO FILHO, 2006, p. 273).

A diferenciação básica na classificação quanto à essência, independente da nomenclatura que os doutrinadores utilizam³, está na satisfação da coletividade, pois, mesmo visando a prestação do serviço a todos, os serviços prestados de forma direta, buscam o bem estar de toda a sociedade, enquanto os demais, são direcionados aos cidadãos que os utilizam.

b) Quanto à adequação

Neste critério, Meirelles (2011, p. 367), classifica os serviços Públicos como serviços

³Hely Lopes Meirelles os classifica como Serviços Públicos e Serviços de Utilidade Pública, enquanto José dos Santos Carvalho Filho, os classifica como sendo Serviços Delegáveis e Indelegáveis.

próprios do Estado, dos quais, mesmo possuindo a essencialidade como base, não se confunde com a classificação anterior e os descreve como sendo “aqueles que se relacionam intimamente com as atribuições do Poder Público [...]” e possui, geralmente, gratuidade ou baixa remuneração visando o maior alcance possível a todos os membros da sociedade que necessitam de tal prestação.

Continuando, Meirelles (2011, p. 367), expõem que a execução dos serviços públicos típicos do Estado está diretamente ligada a supremacia da Administração sobre a coletividade (seus administrados) e “por esta razão, só devem ser prestados por um órgãos ou entidades Públicas, sem delegação a particulares” (MEIRELLES, 2011, p. 367).

Ainda, dentro deste critério, Meirelles (2011, p. 367) expõem a existência de outra classificação, a de Serviços Impróprios do Estado, dos quais, aos serem executados, não interferem diretamente àquilo que a sociedade interessa, mas satisfazem a alguns desejos e necessidades de seus membros, e devido a isso, são prestados pela Administração por meio da contrapartida remunerativa de seus usuários. Essa prestação ocorre por meio de seus órgãos ou entidades descentralizadas ou simplesmente pela delegação a concessionários, permissionários ou autorizatários, com ou sem privilégio, porém ainda estão sob controle e regulamentação do Poder Público competente.

Por fim, apresenta-se uma terceira classificação, os Serviços Administrativos, que compreendem aqueles que a “Administração executa para atender a suas necessidades internas ou preparar outros serviços que serão prestados ao público [...]” (MEIRELLES, 2011, p. 367).

Carvalho Filho (2006, p. 273), classifica o serviço público dentro da adequação de duas formas, a de Serviços Administrativos, e Serviços de Utilidade Pública. Diferentemente, de outros doutrinadores, a Utilidade Pública aqui é diferente daquele que anteriormente foi descrito. Este doutrinador relaciona o serviço público como administrativo aquele “que o Estado executa para compor melhor a sua organização”, e como sendo de Utilidade Pública, os que se relacionam à sociedade em geral, de forma que “se destinam diretamente aos indivíduos, ou seja, são proporcionados para a sua fruição direta”.

Desta forma, mesmo que usando de nomenclatura diversa, as correntes doutrinárias convergem a um ponto em comum na classificação de serviços públicos dentro dos critérios apontados.

Como exemplos, podem ser descritos os serviços de transporte coletivo, gás, telefone, energia elétrica.

c) Quanto ao destinatário

Neste ponto, a doutrina estabelece um consenso de denominação classificativa quanto ao serviço público, descrevendo estes como sendo *uti universi* e *uti singuli*.

Como serviços públicos *uti universi*, Carvalho Filho (2006, p. 274), complementa como sendo os serviços coletivos, e que são “aqueles prestados a grupamentos indeterminados de indivíduos, de acordo com as opções e prioridades da Administração, e em conformidade com os recursos de que dispunha”. Estes são prestados de acordo com as “conveniências e possibilidades administrativas” para todos, sem possuir um sujeito específico e individualizado, nem “direito subjetivo próprio para sua obtenção”. Destaca-se aqui, que as necessidades individuais, quando associadas e demonstradas a Administração à necessidade de atendimento, passam a ser coletivas e contemplam o anseio social de serviço público em sí.

Complementa Meirelles (2011, p. 368), que estes serviços são gerais, prestando este sem ter usuários determinados, mesmo que determináveis os usuários, não há como mensurar a sua utilização, abrangendo a satisfação indiscriminada da população.

Estes tipos de serviços, normalmente, são custeados pelos impostos (tributo geral que compõem o “bolo tributário” sem destinação especificada na sua criação).

Para Di Pietro (2009, p. 112), nos serviços *uti universi*, coletividade é o foco principal na prestação do serviço, sendo usufruídos pelos indivíduos apenas de forma indireta. São exemplos os “serviços de defesa do país contra o inimigo externo, dos serviços diplomáticos, dos serviços administrativos prestados internamente pela Administração, dos trabalhos de pesquisa científica, de iluminação pública, de saneamento”.

Quanto aos serviços *uti singuli*, para Meirelles (2011, p. 368), também denominado de serviços individuais, são aqueles que a Administração presta havendo usuários destinados e passíveis de mensuração de uso na utilização deste serviço posto a disposição, e quando instituídos e implementados, geram direitos aos destinatários de modo ser possível a obtenção facultativa pelos administrados abrangidos, e remunerado por estes através de taxas ou tarifas publicas.

Carvalho Filho (2006, p. 274), esboça os serviços singulares (nomenclatura complementar a *uti singuli* que o autor utiliza), como sendo, aqueles que “preordenam-se a destinatários individualizados, sendo mensurável a utilização por cada um dos indivíduos”.

Di Pietro (2009, p. 111), resumidamente em seu texto, porém com abrangência relevante, descreve como serviço público *uti singuli*, “aqueles que têm por finalidade a satisfação individual direta das necessidades dos cidadãos”.

Como exemplos de serviço público *uti singuli*, tem-se água encanada, telefone, energia elétrica.

d) Quanto à esfera

Dentro desta classificação, o elemento de diferenciação consiste na entidade pública a quem foi atribuída a execução do serviço conceituado como público.

Neste sentido, que Justen Filho (2005, p. 498), descreve que “os serviços públicos podem ser diferenciados em vista do ente federativo que os titulariza”, de forma que a partilha da competência para os Entes da federação, está prevista na Carta Magna do país.

Ressalta Pessoa (2000, p. 299-300), que “os serviços públicos podem ser federais, estaduais, distritais e municipais, devendo, pois, serem regulados, executados e controlados pelos respectivos entes federativos, sem interferência dos demais”, cabendo a observação de competências e, na medida do possível, ser prestado pelo Ente mais próximo da demanda social a ser satisfeita.

Compreendem esta classificação, os serviços públicos da esfera federal, do qual são de competência da União (Governo Federal), os da esfera Estadual, atribuída aos Entes estaduais da federação, e os serviços públicos de esfera municipal, ao qual cada ente possui legitimidade para legislar sobre os serviços que abrangem a sua competência territorial, o que não pode ser confundido com a competência privativa ou comum dos Entes em relação às atividades.

Como exemplo, destaca-se o transporte de passageiros, onde se este for urbano e estiver a nível municipal, é de competência do Município a legislação, se envolver o transporte entre municípios do mesmo Estado-Membro, cabe ao Estado a titularidade do mesmo, sendo ainda, se ocorrer o transporte interestadual ou internacional, o titular é a União.

e) Quanto ao objeto

Nesta classificação, Di Pietro (2009, p. 110), em relação ao objeto, subdivide os serviços públicos em outros três subgrupos, que podem ser administrativos, comerciais ou industriais e sociais.

Para Meirelles (2011, p. 367), serviços administrativos compreendem a execução de atos pela Administração “para atender a suas necessidades internas ou preparar outros serviços que serão prestados ao público, tais como os da imprensa oficial, das estações experimentais e outros dessa natureza”.

Para Di Pietro, (2009, p 110), o serviço público comercial ou industrial “é aquele que a Administração Pública executa, direta ou indiretamente, para atender às necessidades coletivas de ordem econômica” e que diferentemente disso, Meirelles (2011, p. 367-369), descreve que são os que produzem renda pela utilização ou consumo e estariam previstas e autorizadas a Administração Pública exercer pelo Artigo 173 da Constituição da República Federativa do Brasil⁴.

A diferença na definição dos doutrinadores neste subgrupo de serviço público (comercial ou industrial), é esboçada por Di Pietro (2009, p. 111) ao referenciar que o Estado pode exercer as atividades econômicas, além da descrita no Art. 173 da CF88, a prevista no Art. 175 da CF88⁵, e aqueles previstas nos artigos seguintes da CF88, que o Estado assume em caráter de monopólio.

Como Serviço Público Social, é aquele que Di Pietro (2009, p. 111) descreve como sendo “o que atende a necessidades coletivas em que a atuação do Estado é essencial, mas que convivem com a iniciativa privada [...]”, podendo ocorrer de forma concorrente entre Estado e a iniciativa privada. Exemplifica-se como serviços públicos sociais, os serviços de educação, saúde, etc.

⁴Art. 173. 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.

⁵Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

1.3 Princiologia do serviço público

Pelo verificado, não há grandes divergências na doutrina pátria sobre a existência dos princípios dentro do Direito, variando somente em relação aos princípios relacionados aos serviços públicos ou à essência do direito administrativo, bem como, uma relação de sentido amplo e restrito do princípio.

Os princípios estão definidos como sendo os principais norteadores dos serviços públicos, pois as atividades estatais possuem regime diferente, juridicamente, das relações privadas entre os particulares.

Diversos os princípios relacionados aos serviços públicos, dos quais, descreve-se a seguir.

a) Princípio da continuidade do serviço público

Consiste este princípio na manutenção da prestação do serviço a sociedade, de modo que este não pode ser paralisado pela Administração Pública, por ato direto ou por omissão, devido à necessidade social (DI PIETRO, 2009, p. 107). Deste modo, a prestação dos serviços públicos não pode ser suspensa ou interrompida de modo a afetar os direitos dos usuários (MELLO, 2007, p. 656-657).

Araújo (2010, p. 128), descreve que “se o interesse público é **indisponível** e o serviço público só pode ser instituído se houver concretamente um interesse público, a **prestação dos serviços públicos** é um *poder-dever* para o agente público” (grifos do autor).

Ainda, destaca-se que o princípio da continuidade dos serviços públicos, por mais que tenha conexão de sentidos com o princípio da regularidade, os mesmos não são iguais (ARAÚJO, 2010, p. 128).

b) Princípio da mutabilidade do regime jurídico

Este princípio é igualmente chamado de princípio da flexibilidade dos meios aos fins, sendo que é possível a alteração do regime de execução dos serviços públicos com o intuito de adaptação ao interesse público (DI PIETRO, 2009, p. 108).

Com as palavras de Gasparini (2008, p. 299), destaca-se que este princípio permite que a Administração Pública competente esteja “autorizada a promover mudanças no regime de prestação do serviço público, visando conformá-lo ao interesse da coletividade”, passando para o regime privado, se melhor convier a Administração Pública.

Mello (2007, p. 656-657) denomina esta possibilidade da Administração Pública, como sendo o princípio da adaptabilidade, que consiste no dever do Estado em adequar os serviços públicos à modernização e atualização das necessidades dos administrados, tornando-se mutável.

Essa possibilidade de alteração do regime jurídico dos serviços públicos está intimamente ligada a supremacia do interesse público, e com o princípio anterior, de forma que a pretensão sempre é voltada ao dever do Estado de manter os serviços a disposição da sociedade.

c) O Princípio da igualdade

Este princípio refere-se às pessoas usuárias que possuem as condições legais para fazer jus ao serviço público prestado, sem poder ocorrer distinção de caráter pessoal (DI PIETRO, 2009, p. 108).

Gasparini (2008, p. 20), ressalta que todos são iguais perante a lei, e perante a Administração Pública da mesma forma os será, cabendo o direito a todos de receberem o mesmo tratamento. Em tal grau, “se iguais nada pode discrimina-los. Impõe-se aos iguais, por esse princípio, um tratamento impessoal, igualitário ou isonômico”.

Entretanto, nada impede que a lei estabeleça situações diferentes para determinadas categorias de usuários para que estes se tornem iguais aos demais usuários dos serviços públicos, observando que “a discriminação deve estar devidamente fundamentada no interesse público e a restrição deve ser imposta por lei” (GASPARINI, 2008, p. 21).

Mello (2007, p. 656-657) denomina este princípio como sendo o princípio da impessoalidade, não podendo haver discriminação ou favorecimento específico entre os usuários, tornando por fim, o acesso aos serviços oportunizado a todos, sem haver discriminação sem fundamento, para, somente, favorecer ou desfavorecer outrem de um determinado direito.

d) Princípio da Eficiência

Este princípio abrange além dos serviços públicos, todas as atividades internas ou externas da Administração Pública direta e indireta, impondo a “obrigação de realizar as suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento” e observar outras regras, principalmente, o princípio da legalidade, desempenhando as atividades da forma ocorra a satisfação dos interessados (GASPARINI, 2008, p. 21-22).

Faria (2007, p. 436), sucintamente define que “os serviços devem ser de boa qualidade e eficientes”, abarcando tanto os equipamentos e máquinas envolvidas na prestação e as pessoas encarregadas do desempenho destas atividades.

A Administração Pública eficiente, segundo Pessoa (2000, p. 85), “deve estar organizada e dotada de meios jurídicos e materiais para, da melhor maneira, da forma mais rápida e com economia de tempo e recursos, atender aos interesses coletivos fixados no ordenamento jurídico”, com extensão aos serviços públicos, e principalmente, a todos os atos administrativos.

Para Coelho (2004, p. 125), “para que o princípio não se torne mera retórica, impõe-se que se criem parâmetros legais mínimos para aferição da eficiência, além de canais institucionais pelos quais o cidadão possa exigir tal compromisso”.

e) Princípio da modicidade das tarifas

Para Mello (2007, p. 656-657) e para Neto (2006, p. 429-430), as tarifas devem ser cobradas em valores que facilitem o acesso ao serviço colocado à disposição dos usuários em geral, valor este, estipulado de modo a desempenhar um melhor resultado em contrapartida de baixa participação dos usuários no pagamento pelo uso.

Farias (2007, p. 437) salienta, que além dos serviços possuírem preço ou tarifa pública acessível aos destinatários, deve observar a capacidade de obter algum lucro, quando o serviço prestado for efetuado por terceiros, ou, que estabeleça uma remuneração que satisfaça ao capital investido.

f) Princípio da obrigatoriedade do Estado

Consiste este princípio na obrigação do Estado de prestar o serviço público, sendo

igualmente descrito por Mello (2007, p. 656-657), como “dever inescusável do Estado de promover-lhe a prestação”, e é um encargo indispensável ao Poder Público de dever prestar o serviço público de forma direta ou indireta, seja por meio de outorga ou delegação. A Administração Pública responde pelos danos que por ventura causar em decorrência de sua omissão na prestação deste serviço.

Coelho (2004, p. 124-125), descreve que se trata de “princípio essencial à função administrativa e também à atividade de prestação de serviço público fruível pelo administrado. Por ele não pode a Administração Pública omitir-se de sua competência”.

g) Princípio da cortesia

O princípio da Cortesia, reza que o usuário tem direito a um bom atendimento, pautado na qualidade, oriundo de um dever legal (NETO, 2006, p. 429).

Neste sentido Coelho (2004, p. 126), demonstra a relevância deste princípio, pois, os cidadãos não só possuem o “direito ao serviço público contínuo, eficiente e módico como também a ser tratado com cortesia por seus prestadores, sejam agentes públicos ou particulares que os prestem indiretamente”.

h) Princípio da segurança

Para Neto (2006, p. 429), o princípio da segurança se encontra interligado ao princípio da eficiência, entretanto, a incolumidade ou a segurança é um elemento específico de qualidade da prestação e imprescindível, e “devendo ser exigida superlativamente”.

De sorte, “além de serem eficientes, os serviços públicos, prestados direta ou indiretamente, devem porta-se pela segurança, para a qual a atuação do Poder Público deve ser dirigida tanto no sentido de sua promoção como de sua fiscalização” (COELHO, 2004, p. 126).

i) Princípio da motivação

Este princípio não se refere exclusivamente aos serviços públicos, pois abrange a todos os atos da Administração Pública, incluído o direito administrativo no todo.

Para Mello (2007, p. 656-657), o Estado deve fundamentar as decisões referentes aos serviços públicos, de forma clara e concisa, sempre devendo ser prévia ou contemporânea à

expedição dos atos.

Coelho (2004, p. 47-48), descreve que, devido a Administração Pública não executar as ações administrativas para si mesmo, e sim para os cidadãos, aquela deve deixar claro a estes, quais são os seus objetivos e elementos que levaram a edição de determinados atos, mesmo que sejam atos de agir ou de deixar de agir.

Ainda, Di Pietro (2009, p. 108), apresenta o termo “serviço adequado” oriundo da Lei das Permissões e Concessões de serviços públicos (Lei n. 8.987/95), em especial ao artigo 6º e §1º deste, que se caracteriza pelo conjunto de princípios definidos no artigo daquela lei, que segundo Neto (2006, p. 427), “atendem ao conceito jurídico indeterminado constitucional de serviço adequado”, intrinsecamente ligado ao princípio da eficiência, e igualmente, para Pessoa (2000, p. 302), o serviço adequando é quando satisfaz as condições de regularidade, continuidade, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade.

Os princípios atuam como a principal fonte de influência na regulamentação das atividades prestadas pela Administração Pública, principalmente nos serviços públicos, de modo a não ser unânime e taxativo o rol de princípios voltados especificamente aos serviços públicos, pois muitos desses princípios, são derivados de outros princípios consolidados no direito, ou que, são norteadores de todo o direito administrativo, visto haver uma relação direta entre os conceitos do serviço público e direito administrativo.

Serviço público então, é a atividade entregue ao dever de fazer e o poder do Estado atribuído pela Constituição, de origem pela vontade da sociedade, passando a caracteriza-se como um serviço especial, face sua característica e natureza, com o intuito de satisfazer os anseios da coletividade.

A seguir, esboça-se as alterações ocorridas nos serviços públicos, referenciando as tendências que ocorreram por consequência das necessidades sociais decorrentes da evolução da sociedade moderna.

6Lei 8.987/95: “Art. 6º. Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. § 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. [...]”

CAPÍTULO II

2 EVOLUÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

As formas e meios dos quais o Estado utiliza para o desempenho das atividades denominadas como serviços públicos, passaram por diferentes conceitos com o decorrer dos tempos, sendo diretamente dependente da época ou período histórico vivenciado, as necessidades da sociedade e seus indivíduos almejavam avanços por parte dos detentores do Poder.

Essa evolução tem influenciado as perceptivas de conceitos, até a criação de novas normas e a quebra de paradigmas existentes, pois, possui-se o interesse coletivo da sociedade a ser atendida pelo Ente Público legitimado para satisfazer as necessidades da população.

Neste capítulo apresenta-se a evolução que os serviços públicos tiveram com o passar dos tempos, com o resgate histórico, formas de prestação que surgiram para obter os fins sociais e ainda, as tendências contemporâneas com as mutações conceituais intrínsecas aos serviços públicos.

2.1 Evolução histórica e legislativa

A caracterização das atividades que englobam as terminologias serviço e público, possuem variações pelos tempos, da mesma forma que a conceituação passou por diversos obstáculos nas escolas formadas para estudar e apresentar as definições de Serviço Público,

conforme descrito no capítulo anterior.

Nesta mesma linha de raciocínio, verifica-se que a quantidade de prestações de serviços públicos que são desempenhadas “sofre alterações no tempo e no espaço, para mais ou para menos. Essa quantidade varia em conformidade com a ideologia política do grupo determinante e com a condição social da coletividade” (FARIA, 2007, p. 434), ou até mesmo, conforme complementa Araújo (2010, p. 116), pela própria tradição do povo.

Desde os primórdios da sociedade humana, os indivíduos atravessaram estágios de evolução de forma a criar pactos de colaboração mútua entre os seres independentes para fins de defesa e preservação da espécie, originando as sociedades coletivas.

A partir do momento que o poder de decisão sobre estas sociedades passaram a ser centralizadas sob tutela de reinos, impérios ou tribos (poder supremo, reis, imperadores, caciques, etc), havia certas atividades que eram exercidas por representantes do governante local, praticados de forma precária, sem controle, deficitária e ainda, direcionada a determinados indivíduos sob critério do detentor do poder, pode-se considera-los como serviços prestados de interesse coletivo (ordem e defesa interna, etc).

Justen (*apud* Carrazêdo, 2012), demonstra que a noção de serviço público tem suas origens ainda na Grécia antiga, de forma que o serviço prestado era exercido pelos grandes detentores das fortunas econômicas da época, possuindo o poder econômico como meio de administração e comando da sociedade, e não pelo poder organizado em forma do Estado.

Muito se confunde a história do Direito Administrativo e a dos serviços públicos, pois os mesmos possuem ligações tenras. E isso, se verifica ainda na antiguidade clássica, em Esparta, onde haviam servos “encarregados de orientar a formação dos jovens e de dirigir cultos religiosos voltados a um e a outro sexo de seus habitantes” (GASPARINI, 2008, p. 38).

Não se denomina de serviços públicos em seu sentido estrito as atividades exercidas nos tempos remotos, pois estas ações existiam antes mesmo do conceito de Estado ou governo, pois estes, foram pela primeira vez utilizados como forma de organização, com o mesmo sentido contemporâneo, no livro *O Príncipe*, de Nicolau Maquiavel.

Reforça Grotti (2003, p. 20), ao descrever que o Estado prestava atividades a sociedade com características idênticas ao serviço público, porém, não as classificava desta forma, visto que o conceito de serviço público somente foi propriamente dito, e juridicamente

adotado, posteriormente por Rousseau, precursor do uso originário da expressão serviço público, observando que na época, essa expressão era ampla em sua aplicação.

Durante a Idade Média, as sociedades se organizavam socialmente e politicamente em Feudos⁷, do qual os senhores feudais que eram os possuidores das propriedades agrícolas “pouco proporcionava aos que viviam na periferia de seus castelos e fortificações: em troca da exploração das terras concedidas [...], oferecia-se a defesa externa, com a ajuda dos próprios suseranos⁸, e a ordem interna nos feudos, chamando a si a distribuição da justiça” (ARAÚJO, 2010, p. 116), restringindo a isso o serviço público prestado àquela sociedade.

Complementa Di Pietro (2009, p. 100-101, 105), que as modificações históricas que ocorreram com a definição de serviço público devido às dificuldades encontradas com o passar dos tempos, originou a discussão em meados do século XX, sobre a ocorrência de uma “crise na noção de serviço público”, oriunda da quebra da necessidade dos três elementos de conceituação de serviço público nas atividades realizadas pela Administração Pública.

Isso ocorreu após o Estado perceber que não possuía condições de prestar os serviços da melhor forma que a sociedade necessitava, delegando a execução a terceiros sob regime jurídico privado, e pelo fato de não haver mais a exclusividade da Administração Pública na execução de certos serviços públicos, por meio de delegação.

Neste século XXI, volta-se a falar em crise na noção de serviço público, pois cita Di Pietro (2009, p. 105) que isso se deve a “influência do direito comunitário europeu, por sua vez influenciado pelo sistema da *common law*” (grifo do autor). Pois, “na União Européia, a idéia de serviço público exclusivo do Estado é incompatível com os princípios fundamentais da ordem econômica, quais sejam, o da liberdade de iniciativa e o da livre concorrência”.

Nos países europeus, o termo serviço público se encontra sendo substituído por serviço de interesse econômico geral, influenciado pelo Tratado de Roma⁹ de 25 de março de 1957, e durante a década de 90, passou-se “a aceitar que os Estados-Membros estabelecessem obrigações de serviço universal e obrigações de serviço público, quando necessárias para o

⁷Propriedade que o senhor de certos domínios concedia mediante condição de vassalagem e prestação de certos serviços e rendas.

⁸Que possui um feudo. Senhor feudal.

⁹Antigo nome usado para o atual e em vigor Tratado Constitutivo da Comunidade Européia, que é junto com o Tratado da União Européia um dos dois textos fundamentais das instituições européias.

atendimento das necessidades coletivas” (DI PIETRO, 2009, p. 106).

Diferentemente, no Brasil, Di Pietro (2009, p. 106) apresenta que ainda não se tem justificativa para adotar a idéia que o conceito de serviço público tenha entrado em crise da mesma forma que na Europa, com a tendência de desaparecimento. Isso se deve ao fato de que “o país não está vinculado a qualquer tratado que estipule medidas semelhantes às impostas à União Européia”, bem como, a constituição atual mantém as atribuições ao Poder Público de certas atividades, “com caráter de exclusividade, como ocorre, por exemplo, com o artigo 21¹⁰; e continua a prever, como encargo do Estado, a prestação de serviço público, nos termos do artigo 175¹¹”.

Essa proteção que o serviço público recebe pelas constituições no Brasil é histórica, visto que o assunto é tratado nas últimas constituições deste século XX, por terem sido, conforme Pessoa (2000, p. 294), “inspiradas no modelo do Estado Social e intervencionista”. Na Constituição de 1937, havia serviços públicos estabelecidos no artigo 16, incisos X e XI¹², bem como a sua forma de prestação. Na Constituição de 1946, além da definição de alguns serviços, apresenta-se o tema concessão (PESSOA, 2000, p. 294).

Acrescentando, Pessoa (2000, p. 294) menciona o acréscimo de serviços públicos na Constituição de 1967 entre aqueles anteriormente considerados, e “mantendo a tradição de delegar ao legislador ordinário a disciplina das concessões segundo princípios por ela estabelecidos (art. 160, repetido no art. 167 da Emenda nº 1/69)¹³”.

Em se tratando da vigente Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o tema serviços públicos tem obtido atenção em diversos artigos¹⁴, havendo passagens que fazem “expressa referência aos institutos da concessão e permissão como forma de prestação” (PESSOA, 2000, p. 294), assunto esse que será abordado mais adiante.

¹⁰Art. 21. Compete à União: [...]

¹¹Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

¹²Art. 16 - Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias:[...] X - correios, telégrafos e radiocomunicação; XI - as comunicações e os transportes por via férrea, via d'água, via aérea ou estradas de rodagem, desde que tenham caráter internacional ou interestadual;

¹³Art. 160 - A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo: I - obrigação de manter serviço adequado; II - tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; III - fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior.

¹⁴CF88, Artigos 21, 22, 25, 30, 37, XXI, 49, 174, 175, 177, 223. ADCT, artigos, 43, 44, 45 e 66.

Pessoa (2000, p. 294), explica que

[...] embora entre nós a definição de serviços públicos seja matéria tradicionalmente considerada constitucional, o constituinte, originário ou derivado, não os lista de forma exaustiva (*numerus clausus*), nem poderia fazê-lo, principalmente levando-se em conta a complexidade socioeconômico-política e regional da nossa federação (grifo do autor).

Com isso, excluiu-se a hipótese de que o tema não pode ser esboçado na legislação infraconstitucional de forma a erigir atividades a condição de serviço público, porém, cabe a observação da competência das pessoas políticas que realizem tal ato. Em suma, cabe a legislação ordinária determinar as atividades que merecem a intervenção estatal.

Entretanto, em nível de legislação ordinária, verifica-se a ocorrência de uma “parcial liberalização de serviços públicos”, especificamente vista na Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9.472 de 16 de julho de 1997), trazendo uma nova denominação, em que não “utiliza a expressão *serviço público*, preferindo falar em serviços de interesse coletivo e serviços de interesse restrito, estes últimos submetidos aos princípios constitucionais da ordem econômica, abertos à livre iniciativa e à competição” (DI PIETRO, 2009, p. 106, grifo do autor).

Di Pietro (2009, p. 100-101), apresenta duas situações que merecem atenção quando da análise da evolução do conceito de Serviço Público em relação aos critérios ou elementos de caracterização. Inicialmente,

[...] o fato de que o Estado, à medida que foi se afastando dos princípios do liberalismo, começou a ampliar o rol de atividades próprias, definidas como serviços públicos, pois passou a assim considerar determinadas atividades comerciais e industriais que antes eram reservadas à iniciativa privada. Trata-se dos serviços comerciais e industriais do Estado.

Em segundo lugar, a percepção do Estado em não ter as condições organizacionais à realização das atividades do serviço público

[...] passou a delegar a sua execução a particulares, por meio dos contratos de concessão de serviços públicos e, posteriormente, por meio de pessoas jurídicas de direito privado, criadas para esse fim (empresas públicas e sociedades de economia mista), para execução sob regime jurídico predominantemente privado (DI PIETRO, 2009, p. 101).

Por fim, tem-se que os serviços públicos passaram por concepções diferentes, em que alguns, como no Estado Liberal, se limitava a poucas atividades. Em outros, como no Estado Social, representava o seu próprio fundamento. Na atualidade, na qual se propaga a busca por um Estado Democrático de Direito, os serviços públicos aparecem como uma das principais funções do Estado.

2.2 Formas de prestação de serviço público

O serviço apresentado para a sociedade e considerado como público, pode ser prestado de várias formas pelo Estado sem afastar as necessidades do controle estatal exercido sobre essa atividade posta a disposição dos usuários. Essas formas descritas não possuem estrutura padronizada dentro da doutrina, surgindo diferentes divisões para a mesma forma.

Mello (2011, p. 689), salienta que há diferença entre titularidade e prestação do serviço, não podendo ocorrer a confusão entre os termos, pois “uma e outra são realidades jurídicas visceralmente distintas”.

Com as palavras de Gasparini (2008, p. 294), verifica-se que a abrangência da atuação estatal não limita-se à somente prestar os serviços considerados públicos, e sim, incluir-se que “a instituição, regulamentação, execução e controle dos serviços públicos, qualquer que seja sua espécie ou modalidade de oferecimento aos usuários, são, em tese, sempre de alçada da Administração Pública”.

A gestão ou prestação de serviço de serviço público pode ser dividida em prestação direta e a prestação indireta, que dentro desta, ainda se subdivide. Entretanto, novas formas são apresentadas, como a forma de gestão associada, e conforme Coelho (2004, p. 129), acrescenta-se a forma de “Prestação não privativa do Estado”.

2.2.1 Prestação direta de serviço público

Para Pessoa (2000, p. 301), a prestação de serviço da forma direta, ou denominada de

centralizada, a gestão ocorre “pelos órgãos integrantes da Administração direta, ou seja, pelos órgãos centralizados”, excluindo aqui a Administração Indireta (autarquia¹⁵, empresa pública, sociedade de economia mista e fundação¹⁶), e com as palavras complementares de Gasparini (2008, p. 313), “é realizada por meio dos órgãos que o compõem, em seu próprio nome e sob sua responsabilidade”, conhecidos na esfera federal como os Ministérios e na estadual e municipal, como Secretarias.

Isso não quer dizer que a distribuição da prestação de serviços públicos da forma direta para outras entidades de direito público não ocorra. Denomina-se essa divisão de desconcentração, não se podendo confundir com descentralização¹⁷ na execução (GASPARINI, 2008, p. 315).

Neste ponto, Di Pietro (2009, p. 409), esclarece que a desconcentração é uma distribuição interna de competências, sem alteração da pessoa jurídica, permitindo descongestionar, tirar do centro, e desempenhar de forma mais adequada e racional as atribuições outorgadas aos órgãos que compreendem a hierarquia, “criando-se uma relação de coordenação e subordinação entre uns e outros”.

Principalmente os serviços nas áreas básicas de saúde e educação são prestados por esta forma direta, pois “como serviços de maior importância, sofrem uma incidência acentuada do poder de polícia estatal (autorização, controle e fiscalização)”. Os prestadores “são órgãos desconcentrados, hierarquicamente submetidos à organização piramidal da Administração direta” (PESSOA, 2000, p. 301).

Araújo (2010, p. 125), denomina essa forma de prestação de serviço público como sendo serviços próprios, e

[...] considerando o ordenamento jurídico vigente, são aquelas funções “de Poder Público”, ou “de Serviço Público”: atribuições essenciais (segurança pública, justiça, saúde pública, tributação, diplomacia), desempenhadas diretamente pelo Estado, preferencialmente pela Administração Direta.

¹⁵Meirelles (2011, p. 380), “Autarquias são entes administrativos autônomos, criados por lei, com personalidade jurídica de direito público interno, patrimônio próprio e atribuições estatais específicas”.

¹⁶O conceito de Fundação dentro do Direito Administrativo refere-se aquelas criadas por lei, podendo ser de direito público ou privado. Difere-se aqui das fundações de direito privado que possuem somente autorização de funcionamento dentro de determinadas áreas fiscalizadas pelo poder público.

¹⁷Di Pietro (2009, p. 409). “Descentralização é a distribuição de competências de uma para outra pessoa, física ou jurídica”.

Neste prisma, Coelho (2004, p. 71), ao concluir a conceituação do termo Administração Direta, descreve que “à Administração direta compete a prestação dos serviços que são indelegáveis quer aos particulares, quer a outros entes estatais”.

Entretanto, dentro da forma direta de prestação de serviço público, Coelho (2004, p. 128), salienta que podem ocorrer as hipóteses de centralização e descentralização dos serviços, pois naquela o próprio Estado, prestará os serviços por meio de seus órgãos, enquanto na descentralização, o prestador é regido e submetido a regras de direito público, e pertencente à Administração indireta, criada e outorgada a titularidade do serviço por lei.

Dentro dessa forma de prestação de serviço público, Coelho (2004, p. 128), enquadra os serviços classificados como próprios e os impróprios.

2.2.2 Prestação indireta de serviço público

Como forma de prestação de serviços indireta, ou denominada de descentralizada, os serviços são retirados da concentração administrativa direta do Estado, passando a sua execução ser prestada, “com maior autonomia administrativa e financeira por outra pessoa jurídica pública ou privada” (PESSOA, 2000, p. 301), podendo a atividade ser deslocada, ou “tão-só o seu exercício” (GASPARINI, 2008, p. 314).

Complementa Gasparini (2008, p. 314), que configura-se como essa forma de prestação de serviço público, quando ocorre dois fatores, sendo eles, que “a atividade descentralizada seja administrativa, isto é, serviço público”, e ainda, que “a transferência recaia sobre a titularidade e a execução da atividade ou somente sobre a execução”.

Conforme bem destaca Coelho (2004, p. 128), e com entendimento parcialmente diverso do parágrafo anterior, na prestação de serviços públicos de forma indireta, “não há transferência de titularidade, mas tão somente da execução dos serviços”, normalmente, enquadra-se nesta forma, os serviços impróprios.

Comumente se encontram serviços públicos das esferas federais, estaduais e

municipais que são repassados a entidades públicas, governamentais ou privadas “atuando como delegatárias, autorizatárias, permissionárias e concessionárias de serviços públicos” (GASPARINI, 2008, p. 314).

Cabe salientar que o Estado pode outorgar a titularidade do serviço público ou simplesmente a sua execução através de lei, a destinatários da Administração indireta, como anteriormente descrito, criados especialmente para fins de executar os serviços determinados, enquanto que a delegação ocorre a particulares por meio de ato ou contrato administrativo de transferência dos serviços denominados por concessão, permissão ou autorização.

2.2.2.1 Concessão

Na modalidade de concessão de serviço público, a execução do serviço é delegada contratualmente a terceiros, ou seja, por ato administrativo, normalmente a empresas ou consórcios de empresas, do qual o Poder Executivo regulamenta e autoriza a atividade (MEIRELLES, 2011, p. 424).

Farias (2007, p. 440) acrescenta que “a concessionária presta os serviços por sua conta e risco, sob a orientação, a fiscalização e o controle do poder concedente¹⁸”, dentro de regras por este determinado, podendo ocorrer alterações unilaterais pelo Poder Público, submetidos a “garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço”, sendo esta remuneração, requisito indispensável para a caracterização de concessão (MELLO, 2011, p. 710).

As formas de concessão são aquelas definidas pela Lei n. 8.987 de 13 de fevereiro de 1995, e uma nova modalidade de concessão, chamada de Parceria Público-Privada - PPP, introduzidas pela Lei n. 11.079 de 30 de dezembro de 2004, entretanto, este tema será abordado em item específico a frente.

¹⁸Para Farias (2007, p. 439-440), “entende-se por poder concedente a pessoa jurídica de direito público interno, dotada de competência política, que delega ao particular a prestação de serviços públicos ou obras públicas mediante concessão”.

Os serviços públicos concedidos para a iniciativa privada ainda permanecem com a natureza pública, pois se mantém a titularidade exclusiva do Estado sobre a atividade prestada, entretanto, somente o mero exercício é repassado a terceiros, mantendo-se financeiramente por meio da cobrança de tarifas dos usuários, sem a necessidade de contrapartida pecuniária pública.

2.2.2.2 Permissão

Meirelles (2011, p. 442-443), destaca como forma de prestação de serviço indireta, os serviços públicos permitidos, delegados por ato administrativo, no qual consistem “todos aqueles em que a Administração estabelece os requisitos para sua prestação ao público e, por ato unilateral (termo de permissão), comente a execução aos particulares que demonstrarem capacidade para o seu desempenho”, podendo ser estes particulares pessoas físicas ou jurídicas.

A permissão de serviço público caracteriza-se essencialmente, pela natureza precária e a discricionariedade que o Poder Público tem em repassar a prestação destes serviços a terceiros que demonstram ter a capacidade de desempenhar a atividade, delegando por meio de ato unilateral da Administração Pública (denominado de termo de permissão). Possui a permissão, os atributos de unilateralidade, discricionariedade¹⁹ e precariedade, entretanto, considerando que é prerrogativa e interesse da administração na permissão, estes elementos, não é obrigatório que estejam presentes em conjunto, havendo possibilidade de exceção em certos casos (MEIRELLES, 2011, p. 443).

A permissão do serviço público é realizada pela Administração Pública, por meio de ato administrativo com atributos especiais, do qual se delega a terceiros da iniciativa privada, à prestação dos serviços descritos, desde que possuem capacidade demonstrada de poder exercer os serviços delegados.

¹⁹Meirelles (2011, p. 140), a discricionariedade, “traduz-se na livre escolha, pela Administração, da oportunidade e conveniência de exercer o poder de polícia, bem como aplicar as sanções e empregar os meios conducentes a atingir o fim colimado, que é a proteção de algum interesse público”.

2.2.2.3 Autorização

A autorização de serviço público não está prevista expressamente no artigo 175 da Constituição Federal do Brasil, nem mesmo, está prevista na Lei n. 8.987/95, entretanto, estabeleceu-se a sua existência por meio da Lei n. 9.074/95 e previsão no artigo 21, inciso XII da Constituição, que enumera atividades de competência da União, que podem ser passadas a alguém, tornando-se investido na qualidade de prestador de serviço público, sem contudo, precisar seu regime jurídico.

Consiste a autorização de serviço público como sendo, nas palavras de Gasparini (2008, p. 410), um “ato administrativo discricionário ou vinculado através do qual a Administração Pública outorga a alguém, que para isso se interesse, o direito de realizar certa atividade material, como a de portar arma e a de derivar água de rio público”.

Complementa Gasparini (2008, p. 410) que a autorização “em muitas vezes é utilizada com o sentido e o regime da permissão de uso de bens públicos”. Ou ainda, confunde-se o termo autorização com o termo permissão, pois ambos possuem características semelhantes, porém, tratadas de forma diferente perante a Constituição Federal.

Esclarece Mello (2011, p. 698-699) que a diferença constitucional possui justificativa, pois a autorização está prevista para os casos definidos no artigo 21 da Constituição e visam não o serviço público em si, mas o interesse privado sobre os serviços, necessitando uma autorização à iniciativa privada para utilizar-se daquelas atividades após a Administração Pública verificar a inexistência de gravames ao interesse público ao repassar o exercício.

2.2.3 *Gestão associada*

Novas modalidades de prestação de serviços públicas têm tomado espaço dentro da Administração Pública. Recentemente houve definição em lei de novas formas, chamadas de Consórcios Públicos, Convênios de cooperação entre pessoas de natureza jurídicas públicas, e as Parcerias Públicos-Privadas – PPP.

2.2.3.1 Consórcio

Os consórcios, tradicionalmente, não possuíam personalidade jurídica anteriormente a Lei 11.107 de 06 de abril de 2005, e haviam situações que eram celebrados e criava nova personalidade jurídica para tal relação entre os Entes Públicos.

Conceitua-se como sendo consórcio público, conforme palavras de Gasparini (2008, p. 347), “a pessoa jurídica sem finalidade econômica, pública ou privada, constituída unicamente por entes da federação para a realização de objetivos de interesses comuns”.

Araújo (2010, p. 728-730), descreve como sendo os consórcios, negócios jurídicos da Administração Pública, na categoria de atos complexos, com interesses em comum entre as entidades públicas que possuem o mesmo objetivo no desempenho de atividades que lhes é de competência comum ou conexa.

Diferem-se aqui, os consórcios públicos de Entes da mesma espécie e natureza, vinculadas à mesma pessoa jurídica, daquele realizado entre órgãos de personalidade jurídica diferente da mesma ou de diferente pessoa política, pois na primeira, o acordo é interno, vinculados a uma mesma hierarquia, enquanto, na segunda, ocorre realmente o acordo de vontades.

2.2.3.2 Convênio

Os convênios, ou convênios administrativos, deste modo chamado por Araújo (2010, p. 729), são convenções e não contratos, “pois nestes as vontades são antagônicas, se compõem”, enquanto que no convênio propriamente dito, ocorre o somatório de vontades, com atuação em paralelo, objetivando o alcance dos interesses comuns.

Logo, o convênio não passa a ser uma modalidade de contrato e não adquire personalidade jurídica, pois não há partes, e sim partícipes, uma vez que possuem as mesmas pretensões na prestação dos serviços que a sociedade demanda.

Fundamentam-se os convênios na Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993, mais específico, no artigo 116²⁰ e seus parágrafos.

Complementa Di Pietro (2009, p. 338), que nos convênios entre entidades particulares e públicas, não é possível classificar como sendo uma “forma de delegação de serviço público, mas como modalidade de fomento²¹”.

Nos convênios, não ocorre a transferência da prestação de serviço público a terceiros, pois nos requisitos para a realização dessa modalidade de ajuste, é necessário que ambas os partícipes tenham competências comuns e vão prestar mútua colaboração.

2.2.3.3 Organização social

Outra forma de execução dos serviços públicos, é quando realizado por meio de entidades particulares, que, atuando em parceria com o Estado, vinculados entre si por um contrato de gestão, da qual a organização social passa a prestar os serviços públicos de natureza social para a sociedade em geral, reguladas pela Lei 9.637 de 15 de maio de 1998, com ou sem o desprendimento de recursos ou bens públicos.

As organizações sociais devem atender a qualificação de serem pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos e que tenham a finalidade de exercer atividades de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde, atividades que não são privativas do Estado, em que a iniciativa privada pode prestar seguindo as regras previstas em lei (FARIA, 2007, p. 470).

Tais organizações não são criadas e intituladas na sua origem como organizações sociais, entretanto, de regra geral, é criada como associação ou fundação, e posteriormente, habilitando-se perante o Poder Público, recebe a qualificação outorgada como título jurídico de “organização social” (DI PIETRO, 2009, p. 495).

²⁰“Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração”.

²¹Di Pietro (2009, p. 55) define: “O fomento abrange a atividade de incentivo à iniciativa privada de utilidade pública”.

As organizações sociais descritas neste item, não podem ser confundidas com as fundações de direito público, pois as organizações sociais possuem predominância em direito privado e prestam serviços públicos ou de interesse público.

2.2.3.4 Parceria público-privada

Ainda, como meio de gestão associada, com conceito ampliado de consenso entre Administração e cidadãos, encontra-se a parceria público-privada, no qual consiste em uma modalidade de concessão de serviço público, sendo tratada pela Lei n. 11.079 de 30 de dezembro de 2004, havendo a participação pecuniária do Estado para a realização dos serviços.

É definida e entendida como parceria público-privada, duas modalidades de realização, nos termos do artigo 2º da Lei n. 11.079/2004, descrita como, a “parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”, objetivando a captação de recursos para serem investidos na infraestrutura, para posterior exploração pela iniciativa privada dos serviços públicos interligados a obra executada.

Cabe salientar que a Parceria Público-Privada não se aplica aos serviços públicos comuns objeto da concessão e para a realização de unicamente para obras públicas por si só, bem como, a lei define parâmetros para a possibilidade de realização de contrato dessa modalidade, não excluindo a aplicação subsidiária de algumas normas da Lei n. 8.987/95.

Devido a essa possibilidade de utilização de regras da lei geral de concessão (Lei n. 8.987/95) à parceria público-privada, pode-se denominar que esta forma de prestação de serviço público, seria uma concessão especial, intitulada de forma diversa com fins de diferenciar das concessões comuns (CARVALHO FILHO, 2006, p. 350).

A parceria público-privada na modalidade de concessão patrocinada, nas palavras de Araújo (2010, p. 182), “pode ser de serviços públicos ou de obras públicas, quando envolver, além da tarifa cobrável (pedágios, p. ex.) do usuário, a contraprestação pecuniária do Estado (parceiro público) ao parceiro privado (art. 2º, §1º)”.

Na parceria público-privada da modalidade de concessão administrativa, envolve prestações de serviços para a Administração Pública, ou seja, o usuário é o próprio Estado, de forma direta ou indireta, mesmo que envolva a necessidade de execução de obra ou fornecimento e instalação de bens ou equipamentos (ARAÚJO, 2010, p. 182).

A diferença entre as modalidades, está no fato de a primeira delas o usuário ter que arcar com tarifas de uso do serviço (Concessão patrocinada) e na segunda (concessão administrativa), somente o Poder Público efetua o pagamento pelos serviços prestados pela iniciativa privada, sem a cobrança de tarifas dos usuários.

A parceria público-privada surgiu além de nova forma de delegação da prestação de serviço público a terceiros, o estabelecimento de critérios dentro da concessão, com maior garantia aos investimentos privados e públicos efetuados em prol do contrato efetuado.

2.2.4 Prestação não privativa do Estado

Salienta Coelho (2004, p. 128), que há uma necessidade de ser explicitado uma distinção existente “entre os serviços que o Estado presta privativamente, direta ou mediante autorização, concessão ou permissão, e os serviços não privativos do Estado”.

Se os serviços públicos são prestados pelo Estado, obedecem as regras do regime jurídico de direito público, e pode a iniciativa privada desempenhar tais atividades com conceitos de direito privado, cabendo ao Estado a fiscalização e a normatização, está-se deparado com a forma de Prestação não privativa do Estado, como ocorre, por exemplo, na saúde e educação, amparados pela autorização prevista nos artigos 199 e 209²² da

²²“Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. § 2º - É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos. § 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei. § 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.[...] Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I - cumprimento das normas gerais da educação nacional; II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público”.

Constituição Federal de 1988 (COELHO, 2004, p. 129).

Mello (2011, p. 697), acrescenta que “há cinco espécies de serviço que o Estado não pode permitir que sejam prestados exclusivamente por terceiros, seja a título de atividade privada livre, seja a título de concessão, autorização ou permissão”. Dentro desses serviços, elenca Mello, os serviços de previdência, assistência social e radiodifusão sonora e de sons e imagens, além dos outros dois mencionados por Coelho e descritos no parágrafo anterior.

Entretanto, por mais que a prestação do serviço público possua a participação em paralelo da iniciativa privada, permanece na essência, a titularidade do Estado em prestar tal serviço de forma direta, podendo considerar-se esta classificação como sendo uma subdivisão da prestação de serviço público de forma direta, somente ocorrendo a modificação na ação privativa ou exclusiva do Estado para ações complementares da iniciativa privada e pública.

2.3 Mutações do serviço público²³

As complexidades devidas às explosões de novas relações sociais, econômicas e tecnológicas, suscitam a cada dia, novos desafios inéditos no ponto de vista da Administração Pública, apresentando dificuldades a serem solucionadas e por isso, demandando novas técnicas para chegar-se as melhores decisões, adequadas, justas e principalmente, rápidas.

As modificações que o conceito de serviço público está passando atualmente, surgiram com o advento da Carta de Direitos Fundamentais da União Européia datada de 8 de dezembro de 2000. Ocorreu naquele diploma legal, em reflexo as mudanças do século e do milênio, o compromisso de acesso à população daqueles serviços que seriam de interesse econômico geral, substituindo o termo serviço público por serviço de interesse social.

Essa nova expressão trás indagações e depara-se com as dúvidas de quais seriam o conteúdo e as possibilidades que englobam este novo conceito apresentado de serviço de interesse geral, visto que as tendências do Estado não são mais as de liberal, nem o do bem estar social e nem mais, socialista.

²³ Sub-título está baseado no texto Mutações nos Serviços Públicos de Neto (2012).

Essa mudança de concepções políticas e econômicas ocorridas no pós-segunda guerra mundial expressa as consequências de uma nova ordem democrática que culminou na origem da idéia das privatizações, que significa a transferência da função estatal à sociedade (igualmente denominado de desestatização e de deslegalização).

Outras conotações dadas ao termo privatização, descritas por Neto (2012), estão no fato de o Estado passar a adotar fórmulas organizacionais e de gestão privada, ou retirar certas atividades administrativas do rigor do direito público, desregulando as atividades que são demasiadamente sujeitas a regras de procedimento, limitação e condicionamentos, podendo se dizer que a privatização consiste na realização de parcerias público-privada para a execução de certas atividades.

Como resultado das transformações ou mutações descritas e as novas transições políticas econômicas ocorridas na Europa, criam uma nova concepção de Estado complexo, o que deflagraria uma nova crise no conceito de serviço público. Isso devido à evolução da sociedade que influenciou tais mutações no direito administrativo, devido às mudanças de titularidade do interesse público (objeto central do novo conceito de serviço público), saindo das mãos do Estado (que determinava a seu critério quais atividades possui o interesse geral) que legitimada pela legislação justifica a ação enquanto administrador.

Entretanto, a mudança de concepção existente atualmente somente tem transformado a visão de Estado, pois a sociedade se apropriou diretamente pela real titularidade dos serviços de interesse público e “o Estado passaria a desempenhar nada mais que um papel meramente instrumental relativamente às necessidades da sociedade” (NETO, 2012). Por consequência, o Estado possuiria somente a chamada titularidade administrativa e executiva daquilo que a sociedade demanda.

Deve-se observar que o interesse público pode ocorrer de duas formas, o interesse público primário, que se refere àquilo que a sociedade realmente demanda, e o interesse público secundário, que compreende as atividades reconhecidas ao Estado para o atendimento de suas próprias necessidades enquanto instituição ou Administração Pública.

Com base nisso, percebe-se que o Estado possui a tendência de transição de uma formação prestadora de serviços públicos para um modelo de Estado regulador, que desempenha as funções de regulamentar e fiscalizar as práticas da iniciativa privada na prestação dos serviços repassados (que abrange todas as formas de transferência de execução

dos serviços como visto no subitem de formas de prestação do serviço público).

A partir daí, Neto (2012) expõem idéias sobre as tendências dos serviços públicos, sendo a primeira, que a titularidade do serviço está perdendo a sua importância, tornando-se desnecessário o Estado ser o prestador (característica subjetiva) e fugindo da tradicional conceituação. Na segunda idéia, vem à propensão da abertura de espaço a iniciativa privada dentro das competências de prestação de serviços públicos, permitindo a entes da sociedade gerar um número maior de prestadores possíveis com o intuito da concorrência benéfica aos usuários, não se excluindo a possibilidade de realizar licitações para identificar e escolher os operados mais capazes de satisfazer os anseios sociais.

Por terceira observação, ainda se tem, em longo prazo, uma afetação direta dessa evolução das demandas sociais ao velho instituto da concessão, uma vez que o aumento da concepção de serviço de interesse geral dentro da Administração Pública, gerará a substituição do instituto da concessão por licenças ou autorizações, tradicionalmente ligadas as atividades administrativas do poder de polícia.

A licença e a autorização adentram como instrumentos complementares de outorga no campo dos serviços públicos, com mais força que até atualmente se apresenta, e demanda na “necessidade de impor um novo tipo de regulação para certas atividades privadas, de modo muito similar ao que ocorre na função de polícia” (NETO, 2012).

Havendo a transferência da prestação dos serviços, o Estado passa a desempenhar a função de regulador, fiscalizador e sancionar serviços de natureza variada, sem praticar atos de gestão, concentrando-se os esforços e recursos para que a atividade administrativa (tarefas governamentais) seja mais eficiente possível e reduzindo custos à sociedade.

Desta forma, levando em conta as mutações que se apresentam, os serviços públicos de sentido amplo, passariam a ser classificados de duas maneiras, a primeira, em serviços públicos estatais, de prestação exclusiva do Estado sujeitos ao regime jurídico exclusivamente público, sem possibilidade de atribuir comércio ao mesmo; e por segunda, serviços públicos de utilidade pública, que podem ser prestados por entidades da sociedade privada ou por razão de interesses públicos, prestados pelo próprio Estado, passíveis de sujeição aos regimes mistos de direito público e privado.

Face os estudos apresentados sobre os serviços públicos, a seguir, discorre-se sobre a

temática central desta pesquisa de legalidade e legitimidade da autarquia INSS em reconhecer automaticamente os direitos dos beneficiários frente à conceituação dos serviços públicos.

CAPÍTULO III

3 O PODER DO ESTADO PRESTADOR DE SERVIÇO PÚBLICO FRENTE AOS DIREITOS DOS CIDADÃOS

A forma de atendimento aos direitos dos cidadãos se apresenta como serviço, e, se este é prestado pelo Estado, direta ou indiretamente, é serviço público, e está sob controle do Estado, que tem o poder de decisão da forma que deve haver a atuação, para melhor satisfação e atendimento daquilo que a sociedade deseja.

Considerando o poder Estatal que se impõem sobre os indivíduos da sociedade, estes se submetem as normas e procedimentos daqueles, dos quais a Administração Pública implementa os direitos dos cidadãos conforme a sua conveniência e capacidade, técnica ou financeira, com o intuito de satisfazer por completo as necessidades sociais que demandam.

Nas palavras de Castro (2010, p. 91), verifica-se que o Direito Previdenciário possui correlação com o Direito Administrativo, “em função da atividade estatal desenvolvida pela autarquia gestora – entidade da Administração Indireta”.

Desta forma, possui o direito administrativo grande influencia sobre as ações do Ente Previdenciário, pois “os atos de concessão de benefícios, o exercício do poder de polícia pela fiscalização do INSS, o procedimento contencioso administrativo, estarão diretamente jungidos aos seus princípios e normas” (CASTRO, 2010, p. 91).

Tomando como base o INSS, órgão público, autárquico, de Administração Indireta, de atendimento a cidadãos, que presta serviços de concessão de benefícios e serviços diretos a

seus segurados e dependentes, sendo submetido às regras de direito público, sendo afetado pela evolução dos serviços públicos, devendo observar os princípios que norteiam os serviços públicos.

Dessa evolução e a implementação prática dos princípios dos serviços públicos, verifica-se a alteração de procedimento dentro do INSS, se antevendo aos fatos de direito de seus segurados, sem necessitar a plena iniciação da ação dos indivíduos para a implementação de seu benefício.

3.1 Prestação de serviço público *ex officio* pelo Ente Público

A caracterização de prestação de serviço público *ex officio* pelas entidades que compõem o Poder Público brasileiro está obscura no ponto de vista social, e seguindo da mesma forma, não se tem almejado o devido valor às práticas exercidas, principalmente nas ações que visam um sentido de antecipar a necessidade social, propiciando a geração de direitos e facilitação do bem estar social.

De muito se observam as tendências que os serviços públicos tem tomado e a contínua transformação, apresentando a idéia de mutação de concepção e visão. Não sendo ainda absorvidas pela sociedade tais transformações, pois as formas históricas que o Estado tem executado suas atividades, deixam a população em desconfiança, receosa quanto aos objetivos que a Administração Pública deseja atingir.

A execução de atividades “de ofício”, denominada e originária do latim como *ex officio*, são expressões muito utilizadas no direito e principalmente no âmbito da Administração Pública, que se define como sendo aquelas atividades realizadas em virtude de lei ou em virtude do cargo ocupado, estando tal atividade dentro do rol de atribuições, tornando-se o sujeito arrolado como sendo oficialmente incumbido de executar, sem a necessidade do impulso ou provocação da outra parte envolvida na relação.

Efetivamente, verifica-se que dentro do ramo da seguridade social é que ocorre a maior atuação *ex officio* realizada pelo Estado no oferecimento de direitos frente às necessidades da sociedade, pois nestes casos, a vulnerabilidade e a necessidade social é maior,

merecendo uma atenção especial.

Cabe a observação, no sentido de que o enfoque das atuações *ex officio* relatadas, refere-se ao oferecimento de serviços ou exposição de direitos aos indivíduos da sociedade por parte da Administração Pública, diferentemente das ações que o Estado tem o dever de executar para se fazer cumprir as atribuições que lhes é devido, como por exemplo, cobrar tributos, realizar vistorias técnicas, etc.

Dentro deste cenário, tem-se como exemplo de mudanças na prestação de serviços *ex officio*, a saúde pública brasileira, pois nestas áreas de atuação Estatal adota-se políticas de verificação de causas e possíveis geradores de doenças, utilizando-se da contratação de agentes, denominados de agentes comunitários de saúde, sob a ótica da Lei n. 11.350, de 5 de outubro de 2006²⁴, para posteriormente, ser efetuado as análises das políticas preventivas, não esperando os fatos danosos ocorrerem em grande parte da população e exigir a atuação do Estado para efetivar a cura em massa.

A nova concepção da saúde pública, posta-se em um contexto de “ser realizado em casa”, supera-se a antiga proposição de caráter exclusivamente centrado na doença manifestada dos cidadãos, desenvolvendo-se por meio de práticas gerenciais e sanitárias, com um cunho democrático e participativo, sob a forma de trabalho em equipes multidisciplinares, dirigidas às populações de territórios regionais delimitados, sob melhor controle e gerenciamento, pelos quais assumem deveres e responsabilidades (PORTAL DA TRANSPARÊNCIA, 2012).

Nesse sentido, a atenção à saúde, por exemplo, passou a ser consolidadas em um conjunto de ações e serviços de prevenção, promoção, proteção e assistência, exercidas pelo Estado e não mais, focadas somente na recuperação da saúde, como comumente são realizados pelo Sistema Único de Saúde, em pró do atendimento das demandas e necessidades individuais e coletivas da população de uma localidade, tornando-se aqui, uma referência consolidada na execução de políticas antecipativas e reconhecimento de prestação de serviço *ex officio*.

²⁴Regulamenta o § 5o do art. 198 da Constituição, dispõe sobre o aproveitamento de pessoal amparado pelo parágrafo único do art. 2o da Emenda Constitucional no 51, de 14 de fevereiro de 2006, e dá outras providências.

3.2 Contextualização do INSS como ente prestador de serviço

A prestação de serviço público se define em elementos essenciais para a formação de uma relação entre o Estado e os indivíduos da sociedade, compreendendo os administrados (cidadãos e membros da sociedade, os indivíduos) que necessitam do atendimento de alguma vontade social demandada (o elemento material, aqui denominado de objeto da prestação), e ainda, o Estado, como entidade detentora do poder organizacional e de controle social, legitimado pela vontade social (elemento subjetivo).

O atendimento ao público efetuado pelo INSS compreende a concepção de serviço público desde o nascimento da relação jurídica entre o segurado, dependente ou qualquer membro da sociedade que busca a simples informação de adesão ao plano de seguridade social, pois o serviço está posto a disposição dos interessados.

Martins (2010, p. 31), define que “a inscrição do segurado perante o INSS e a concessão do benefício pelo mesmo órgão também compreendem atos administrativos”, sendo então, abrangidos pelas regras do direito administrativo.

Ainda, neste aspecto, Castro (2010, p. 190), descreve que a Previdência Social

“não presta favor algum a seus beneficiários: é o **exemplo mais vivo de serviço público** na sua acepção mais adequada. Os benefícios e serviços ali deferidos não são objeto de barganha política ou mesmo de favorecimento pessoal. É ato plenamente vinculado o deferimento ou o indeferimento da prestação do seguro social” (grifo nosso).

Com base no elemento da proteção social, por meio de concessão de benefício previdenciários, exercida pelo Estado por meio da entidade pública denominada de INSS, perante toda a sociedade, apresenta-se assim, a existência da prestação de um serviço público.

3.2.1 Seguridade Social como objeto de prestação de serviço público

Por meio de um processo evolutivo, dentro de suas atribuições de organização dos

serviços públicos essenciais, o Estado passou a atribuir a entidades públicas a proteção social dos indivíduos, derivadas de um Estado contemporâneo transformado pelas novas concepções funcionais de proteção, e não mais de busca de políticas de atendimento as demandas sociais consolidadas após a ocorrência dos eventos casuísticos de degradação do bem estar coletivo.

Neste sentido, pode-se verificar nas palavras de Castro (2010, p. 35), que o Estado deve proporcionar o direito à proteção social do trabalhador, tendo “sua gênese umbilicalmente relacionada ao desenvolvimento da sua estrutura e da discussão histórica sobre quais deveriam ser as suas funções”.

Essas transformações ocorreram com o desenvolvimento da sociedade industrial, gerando um salto considerável na proteção e reconhecimento de que a sociedade deve ser solidária com aqueles que possuem alguma incapacidade social ou laborativa, tornando a proteção social num direito subjetivo, assegurado não somente pelo Estado, e sim por todos e para todos os indivíduos da sociedade, deflagrando a idéia de previdência social pública, com gestão efetuada pelo Estado, e, principalmente, com a participação de toda a sociedade (CASTRO, 2010, p. 39).

No Brasil, não diferente do contexto mundial, a Administração Pública admitiu essa proteção social como serviço público, compreendendo atualmente como ações consolidadas nas políticas de seguridade social, transformando a ideologia da assistência prestada por caridade após constatação de incapacidades, para uma visão de que protencionalismo deve ser visto como “um direito subjetivo, garantido pelo Estado e pela sociedade a seus membros” (CASTRO, 2010, p. 37).

Entende-se que a seguridade social compreende um conjunto de ações do Estado, no “sentido de atender às necessidades básicas de seu povo nas áreas de Previdência Social, Assistência Social e Saúde”, tornando a previdência social, um dos seus tripés, ter relevância perante o Poder Público no exercício da proteção social (IBRAHIM, 2010, p. 4).

Vianna (2011, p. 4), descreve que, principalmente nos modernos sistemas de seguridade social existentes “tem por finalidade propiciar ao indivíduo a superação de um estado de necessidade social gerado por uma contingência social – ou risco social”.

Conceitualmente, a Previdência Social possui a atribuição de cobrir riscos sociais de incapacidade para a própria manutenção que possam ocorrer em eventos infortunistico ou

previsíveis, entretanto, a amplitude desse conceito vai mais além, sobrepondo a ideologia de proteção do signo “risco social” para uma visão moderna de necessidade social protetiva. Tem-se por exemplo, o benefício de salário maternidade, pois não há incapacidade laboral, e para manter o bem estar da família, tal evento é protegido pelo Estado por meio da previdência social.

Com o dever da Administração Pública em exercer as atribuições que assume como necessárias para a população, isto consiste em desempenhar as atividades lhes outorgados, observando os princípios norteadores do serviço público, trazendo principalmente, o retorno de qualidade social finalístico, e abordando a previdência como necessária à sociedade em geral, e dever do Estado.

3.2.2 Evolução histórica do Ente Público previdenciário brasileiro

O INSS – Instituto Nacional do Seguro Social, da forma que hoje se apresenta para a sociedade, passou por diversas transformações regulamentares em sua estrutura e áreas de atuação, adquirindo, transferindo e extinguindo atribuições por meio de decisões da Administração Pública que possui a legitimidade de definir as regras de prestação do serviço público outorgado, visando sempre o melhor atendimento das demandas sociais existentes referentes a proteção que o Estado deve desempenhar sob seus administrados.

As necessidades de adequações na máquina pública, acarretaram alterações nos órgãos que administram a seguridade social no Brasil, de forma que o INSS não possui uma criação da estrutura como se apresenta atualmente, possuindo iniciação como outro órgão, criado e posteriormente, extinto ou unificado, com o passar dos anos, fruto do poder estatal, uma característica da conveniência na Administração Pública.

Embora a previdência social brasileira é atualmente pública, as primeiras concepções de proteção social, ocorreram seguindo uma tendência internacional, oriunda da iniciativa privada e de adesão voluntária, e posteriormente originou na “formação dos primeiros planos mutualistas e a intervenção cada vez maior do Estado” (IBRAHIM, 2010, p. 58).

Vianna (2011, p. 6) descreve a ocorrência na idade média de uma “proliferação de

instituições de proteção social”, de cunho mutualista, vinculados a determinados grupos sociais, que de regra, organizações profissionais, não podendo se “falar propriamente de esquemas de proteção social, de cunho universal”.

As primeiras políticas previdenciárias surgiram para a proteção dos servidores públicos civis e militares²⁵, entretanto, após a década de 1920, o Brasil iniciou as primeiras implementações sobre a legislação social aos trabalhadores em geral, com passos lentos e de forma progressiva, seguindo uma tendência filosófica de proteção vivenciada no mundo.

Tais implementações iniciaram com o Decreto-legislativo n. 4.682 de 24 e janeiro de 1923, batizada em homenagem ao seu autor, como a Lei Eloy Chaves, a qual determinava a criação das caixas de aposentadorias e pensões para os ferroviários, sem abrangência a todos os trabalhadores daquela categoria profissional, restringindo a proteção de forma focada os empregados e diaristas permanentes com a previsão de aposentadoria por invalidez e a ordinária, e para os dependentes, havia a pensão quando da morte do empregado vinculado.

Apesar da Lei Eloy Chaves não ser a primeira previsão legislativa sobre o assunto securitário, pois havia anteriormente o seguro obrigatório de acidentes do trabalho (Decreto-legislativo n. 3.724/19), com o desenvolvimento posterior do contexto social que ocorreu com a previdência e a estrutura interna daquela lei, esta ficou mais conhecida como o marco inicial da previdência social.

Em um processo natural, após a edição da Lei Eloy Chaves, outras categorias de trabalhadores buscaram o amparo protetivo das normas previdenciárias, gerando uma extensão rápida a outras categorias, embora ainda seriam organizados pelas empresas empregadoras de direito privado, regidos por regras gerais editadas pelo governo, não caracterizando ainda como uma necessidade de estatização.

Após a revolução de 1930, grandes transformações ocorreram, principalmente no governo de Getúlio Vargas, que criou o Ministério do Trabalho²⁶ e alterou os sistemas previdenciários, retirando a administração pelas empresas e aglutinando por categorias

²⁵Segundo IBRAHIM (2010, p. 59) “A Constituição de 1891 foi a primeira a conter a expressão 'aposentadoria', a qual era concedida a funcionários públicos, em caso de invalidez”. Anteriormente a isto, somente havia previsão em normas infraconstitucionais.

²⁶O Decreto nº 19.433, de 26 de novembro de 1930, criou o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, tendo como uma das atribuições orientar e supervisionar a Previdência Social, inclusive como órgão de recursos das decisões das Caixas de Aposentadorias e Pensões.

profissionais, surgindo os Institutos de Aposentadoria e Pensão (IAP) (IBRAHIM, 2010, p. 61-62).

Com as alterações e a organização previdenciária estruturada a partir da junção dos trabalhadores por meio de sua categoria funcional resolvia, segundo Ibrahim (2010, p. 62), “alguns problemas existentes, como o pequeno número de segurados em algumas caixas, com evidente fragilização do sistema, e os percalços enfrentados pelos trabalhadores que eventualmente mudavam de empresa e, por consequência, de caixa”.

Por outro ponto de vista, tal unificação das caixas previdenciárias em institutos, ampliou a intervenção estatal, saindo do mero poder regulamentar para uma posição de administração e gestão, consolidando por fim, o controle público sobre tal atividade, visto que tais institutos eram dotados de natureza autárquica e subordinados diretamente ao Ministério do Trabalho.

Para Ibrahim (2010, p. 62), a criação do Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Marítimos (IAPM) pelo Decreto n. 22.872 de 29 de junho de 1933, seria o marco inicial da previdência social brasileira, “já que neste momento tornou-se evidente a participação e controle do Estado sobre os sistemas securitários”, apresentando ali, além do interesse governamental sobre os fundos financeiros, a garantia pelo Estado no contexto social, de manutenção de atividade dos Institutos na prestação dos serviços de concessão dos benefícios previsto naquela época.

Na Constituição de 1946, as normas relativas a previdência passaram a fazer parte do capítulo de Direitos Sociais, elevando-se a proteção social como elemento tutelado pelo Estado, tencionando a uniformização de um sistema previdenciário único de cunho social e de adesão ampla, ou seja, uma necessidade de interesse social.

Em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, ocorreu a elevação do sistema de proteção social por meio da seguridade social a um direito de qualquer pessoa (VIANNA, 2011, p. 7).

Posteriormente, em 1960, surgiu o primeiro passo para uma unificação dos procedimentos voltados a proteção social na área de previdência social com a promulgação da Lei Orgânica da Previdência Social – LOPS através da Lei n. 3.807 de 26 de agosto de 1960, passando a definir regras de direito material, não unificando ainda, os institutos existentes ou

forma de prestação a ser realizada.

A unificação dos institutos de aposentadorias e pensões somente ocorreu com o advento do Decreto-Lei n. 72 de 21 de novembro de 1966, em que seus artigos, 1º e 2º²⁷ definiram claramente a criação de um novo órgão federal, denominado de Instituto Nacional de Previdência Social, o popularmente conhecido INPS, reafirmando a base de ser uma entidade administrativa indireta, definida como Autarquia de âmbito federal.

As definições de entidade pública que o INPS tornou-se, regida pelas normas jurídicas de direito público, como as demais entidades do Estado, ficou caracterizado pelos artigos 39 e seguintes²⁸ do referido Decreto-Lei, pois se esclareceram regras exclusivas de entidades públicas autárquicas, como por exemplo, a realização de concursos públicos para admissão de pessoal, e descreveu que a necessidade da realização de projeto legislativo regulamentando a outorga dos serviços prestados pela nova entidade.

Esta instituição perdurou sua existência durante 24 anos, quando em 1990, no início do governo de Collor, iniciou-se uma reforma administrativa e ações mediante medidas provisórias com intuito de organizar a estrutura do Estado, sendo uma delas, a Medida Provisória n. 151 de 15 de março de 1990, extinguindo o INPS e criando o INSS – Instituto Nacional do Seguro Social.

Atualmente, o INSS se consolida como Autarquia brasileira, enquadrando-se na prestação de serviços públicos, classificado como entidade de administração indireta, vinculada ao Ministério da Previdência Social, criado e efetivado pelo artigo 1º do Decreto n. 99.350²⁹ de 27 de junho de 1990, após autorização do Poder Legislativo ao Poder Executivo pela Lei n. 8.029 de 12 de abril de 1990, objeto da conversão da MP n. 151/90, onde para tal,

²⁷“Art. 1º Os atuais Institutos de Aposentadoria e Pensões são unificados sob a denominação de Instituto Nacional de Previdência Social (INPS). Art. 2º O INPS constitui órgão de administração Indireta da União; tem personalidade jurídica de natureza autárquica e goza, em toda sua plenitude, inclusive no que se refere a seus bens, serviços e ações, das regalias, privilégios e Imunidades da União”.

²⁸“Art. 38. O Poder Executivo, por proposta do Ministério do Trabalho e Previdência Social, encaminhará ao Congresso Nacional projeto de lei, dispondo sobre o Serviço de Alimentação da Previdência Social (SAPS) e visando a transferir suas atividades para outro órgão da administração pública ou a incorporar, total ou parcialmente, seus serviços ao INPS.[...] Art. 40. Os atuais servidores dos Instituto de Aposentadoria e Pensões e do SAMDU passam, sem alteração do regime jurídico, a que estiverem sujeitos a ser servidores do INPS. [...] Art. 43. Caberá ao INPS a realização dos concursos públicos, destinados ao provimento dos cargos efetivos do seu Quadro de Pessoal e à de pessoal trabalhista”.

²⁹“Art. 1º É criado o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), autarquia federal vinculada ao Ministério do Trabalho e da Previdência Social (MTPS), mediante fusão do Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social (IAPAS) com o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS)”.

ocorreu a unificação de dois órgãos públicos de atribuições diferentes, o Instituto de Administração da Previdência e Assistência Social - IAPAS³⁰, e o Instituto Nacional de Previdência Social – INPS³¹.

Como entidade de caráter público, ao INSS foram outorgados serviços de interesse coletivo, em específico, referente a atos vinculados à seguridade social, resultado da edição da Lei n. 11.457³² de 16 de março de 2007, do qual desvinculou a arrecadação das contribuições previdenciárias às atribuições do INSS, passando

[...] a se dedicar mais intensamente às atividades de prestação de serviços aos beneficiários da Previdência Social, concentrando seus esforços na melhoria do atendimento ao cidadão e aperfeiçoamento do sistema de concessão, manutenção e o pagamento de benefícios (CASTRO, 2010, p. 162).

Para fortalecer as atribuições, por meio do Art. 1º da Estrutura Regimental do Instituto Nacional do Seguro Social, aprovado como anexo I do Decreto n. 5.870³³ de 8 de agosto de 2006, determinou-se que, entre outras, tem o INSS o dever de: “promover o reconhecimento, pela Previdência Social, de direito ao recebimento de benefícios por ela administrados, assegurando agilidade, comodidade aos seus usuários e ampliação do controle social”.

O INSS passou a ser um órgão executor, com personalidade jurídica própria e possui a capacidade administrativa de ser o responsável pela concessão e manutenção dos benefícios previdenciários, bem como realizar os procedimentos dentro das áreas de serviço em reabilitação profissional e assistência social.

³⁰Entidade Pública criada com responsabilidade de gestão administrativa, financeira e patrimonial do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social – SINPAS, criado pela Lei n. 6.439 de 1º de setembro de 1977, incluindo arrecadar, fiscalizar e cobrar as contribuições e demais recursos destinados à Previdência e Assistência Social.

³¹Instituto criado pelo Decreto-Lei n. 72 de 21 de novembro de 1966 para fins de unificação dos institutos de pensões e aposentadorias que atendiam as classes trabalhadoras, com as atribuições, em suma, limitadas à administração e gestão dos benefícios previdenciários e assistenciais.

³²“Dispõe sobre a Administração Tributária Federal; altera as Leis nos 10.593, de 6 de dezembro de 2002, 10.683, de 28 de maio de 2003, 8.212, de 24 de julho de 1991, 10.910, de 15 de julho de 2004, o Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; revoga dispositivos das Leis nos 8.212, de 24 de julho de 1991, 10.593, de 6 de dezembro de 2002, 10.910, de 15 de julho de 2004, 11.098, de 13 de janeiro de 2005, e 9.317, de 5 de dezembro de 1996; e dá outras providências”.

³³“Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão, das Funções Gratificadas e das Funções Comissionadas do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, e dá outras providências”.

3.3 Serviços prestados pelo INSS

O INSS é referenciado como sendo um concessor de direitos que utiliza de procedimentos de análise e decisão de processos administrativos, e se for o caso, o pagamento dos benefícios de espécies previdenciárias e os de amparos sociais previstos na Lei Orgânica da Assistência Social³⁴, decorrente do estabelecido pela norma de regulamentação do Regime Geral de Previdência Social, que é uma norma de direito público.

As normas do RGPS estabelecem “direitos e obrigações entre os indivíduos potencialmente beneficiários do regime e o Estado, gestor da Previdência Social”, abrangendo as obrigações de dar e fazer do Ente previdenciário, denominado de prestações previdenciárias (CASTRO, 2010, p. 503).

Em decorrência dessa relação jurídica de concessão de benefícios, surgem dois tipos de obrigações: uma prestação de dar, caracterizada pelos benefícios em espécie e de fazer, através do serviço de reabilitação profissional e serviço social, dos quais se refere a prestações imateriais postas a disposição dos segurados e dos dependentes.

As prestações oferecidas pelo INSS estão previstas na Lei n. 8.213³⁵ de 24 de julho de 1991, que são os benefícios de aposentadoria por idade, invalidez, tempo de contribuição e especial; auxílios doença, acidente e reclusão, salários maternidade e família, pensão por morte, reabilitação profissional e serviço social, dos quais objetivam assegurar os riscos sociais de incapacidade laboral, proteção à idade avançada, a existência de longo período laborativo, os encargos familiares, prisão e morte do provedor financeiro familiar (VIANNA, 2011, p. 421).

Para Tavares (2010, p. 99), as prestações do INSS se dividem em benefícios, quando há um cunho pecuniário, e serviços quando as prestações não possuem o pagamento pecuniário, entretanto, isto se refere ao entendimento dentro do ramo de Direito Previdenciário, não abrangendo as formas que se atinge o objetivo do beneficiário, pois estão abrangidas pelas relações do Direito Administrativo.

³⁴Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993. “Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências”.

³⁵“Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências”.

Castro (2011, p. 191), relata a natureza jurídica da relação de seguro social, sendo “para o ente responsável pela obrigação de conceder os benefícios e serviços, a natureza é de um múnus público, como o é toda atividade prestada pela Administração Pública na consecução das finalidades da atividade estatal”.

O serviço social consiste na atividade de esclarecimento aos cidadãos (beneficiários, dependentes, ou pessoas que ainda não possuem vinculação com a previdência social) sobre seus direitos sociais e os meios de exercê-los, “além de estabelecer conjuntamente com eles o processo de solução dos problemas que emergirem da sua relação com a Previdência Social, tanto no âmbito interno da instituição como na dinâmica da sociedade” (CASTRO, 2011, p. 717).

O serviço social do INSS, por meio da competência lhe atribuída pelo Art. 88 da Lei n. 8.213/91³⁶, auxilia na ampliação da proteção social – objeto – exercida pelo Estado – sujeito – através da visualização dos indivíduos potencialmente excluídos ou marginalizados em relação aos seus direitos sociais, ou seja, os membros da sociedade que possuem “risco social”.

A atuação para atender a essa demanda, ocorre através da averiguação das necessidades e propiciando a estes necessitados, os meios necessários de acesso às políticas públicas da seguridade social, demonstrando de forma clara, que se trata de um serviço, de origem pública, e, principalmente, atuando de forma antecipativa, em certos casos, a própria busca por parte do cidadão.

Quanto à reabilitação profissional, ou conforme art. 89 da Lei n. 8.213/91³⁷, pode ser habilitação profissional, e consistem em processo de integração ou reintegração do indivíduo no mercado de trabalho, por meio da realização de atividades realizadas pelo INSS, voltadas a desenvolvimento educacional, fornecimento de equipamentos de recuperação laboral e alocação no mercado de trabalho.

³⁶“Art. 88. Compete ao Serviço Social esclarecer junto aos beneficiários seus direitos e os meios de exercê-los e estabelecer conjuntamente com eles o processo de solução dos problemas que emergirem da sua relação com a Previdência Social, tanto no âmbito interno da instituição como na dinâmica da sociedade”.

³⁷“Art. 89. **A habilitação e a reabilitação profissional** e social deverão proporcionar ao beneficiário incapacitado parcial ou totalmente para o trabalho, e às pessoas portadoras de deficiência, os meios para a (re)educação e de (re)adaptação profissional e social indicados para participar do mercado de trabalho e do contexto em que vive” (grifo nosso).

Nas palavras de Martinez (*apud* Castro, 2011, p. 717-718), explica-se que

[...] habilitação não se confunde com reabilitação. A primeira é a preparação do inapto para exercer atividades, em decorrência de incapacidade física adquirida ou deficiência hereditária. A segunda pressupõe a pessoa ter tido aptidão e tê-la perdido por motivo de enfermidade ou acidente. Tecnicamente o deficiente não é reabilitado e, sim, habilitado.

Cabe relatar, que a prestação pelo INSS dos serviços previstos expressamente pelo RGPS e os casos de atendimento a população para a busca de informações ou processamento de benefícios não possuem relação direta com o pagamento pecuniário por parte dos usuários, pois para o acesso aos serviços existentes perante o INSS não se vinculam ao pagamento de taxas ou tarifas de uso, como caracteristicamente se exhibe nos serviços públicos.

De sorte, não pode-se vincular o recolhimento de contribuição de seguridade social, espécie de tributo, ou como a população costuma expressar-se, “pagar o INSS”, para se ter acesso aos serviços, entretanto, tais relações entre o pagamento e o reconhecimento do direito perante a previdência social seja muito próxima, quando se trata de prestação previdenciária, o benefício propriamente dito.

A desvinculação entre contribuição e prestação dos serviços no INSS se expressa claramente quando se deseja o atendimento e concessão dos benefícios de assistência social da Lei Orgânica de Assistência Social – LOAS, pois as regras definem a proteção social para os que não possuem condições financeiras de acesso aos planos de previdência social, ou seja, o seguro social.

Os benefícios da LOAS excluem-se das características previdenciárias, possuindo um contexto assistencialistas, com financiamento público próprio, estando somente nas mãos do INSS, a operacionalização da atividade prestativa, ou seja, a atribuição de colocar a disposição a sua estrutura organizacional para atender os necessitados.

Destaca-se a explicação de Vianna (2011, p. 113-114) ao descrever que o pagamento da contribuição social referente ao reconhecimento de direito da seguridade social não iguale-se ao custo dos serviços públicos, pois a arrecadação previdenciária possui o aspecto de amparar e cobrir os direitos dos cidadãos no dever da proteção social, enquanto que o custo do serviço prestado pelo INSS (abrangendo o atendimento, e os demais serviços anteriormente descritos) e a manutenção da chamada máquina pública, decorrem as expensas

do Estado, e não arcadas por taxas.

Para chegar a efetivação das políticas descritas nas normas do direito brasileiro quanto à prestação de serviço público no âmbito do INSS, ocorrem transformações de concepções pela Administração Pública em seu dever de agir, originados pelas influências históricas que o conceito de serviço público passou.

A melhoria no atendimento a população pelo INSS, tem ganhado ênfase após a Emenda Constitucional n. 19 de 04 de junho de 1998³⁸, que alterou normas e princípios que a Administração Pública deve seguir, tornando o princípio da eficiência como parte integrante das ações realizadas pelos entes públicos. Esse entendimento foi adotado pelo INSS com a publicação da Portaria MPAS n. 4.508 de 23 de junho de 1998³⁹, em que resultou na criação de programa de melhoria do atendimento aos cidadãos.

A partir de 1998, o INSS passou por transformações internas e externas, se tornando um sistema de demonstração e acesso às informações de direitos e deveres⁴⁰, quebrando o conceito de “caixa preta” que o sistema previdenciário possuía até então difundido na sociedade, bem como passou a se exibir perante a sociedade como sendo um patrimônio social de todos os cidadãos brasileiros, merecedor de credibilidade. Com isso, melhorias nos espaços físicos dos postos de atendimentos do INSS ocorreram para melhor atender a população.

³⁸“Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências”.

³⁹“O MINISTRO DE ESTADO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL, no uso de suas atribuições e considerando as diretrizes do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, os objetivos do Programa de Modernização do Poder Executivo Federal, co-financiado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento - BID, e os resultados positivos da cooperação estabelecida com o Governo do Estado da Bahia para a participação do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, no projeto Serviço de Atendimento ao Cidadão - SAC, resolve: Art. 1º Instituir o Programa de Melhoria do Atendimento na Previdência Social com a finalidade de rever o sistema de atendimento do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, tendo em vista a agilidade na prestação de seus serviços, comodidade de seus usuários e ampliação do controle social”.

⁴⁰“Portaria MPAS n. 4.508, de 23 de junho de 1998. [...] Art. 2º O Programa será desenvolvido sob as seguintes diretrizes: I - foco de atenção das ações direcionado para os usuários dos serviços; [...] IV - ênfase na informação e orientação prévias sobre a utilização dos serviços; [...] VI - redução dos prazos de prestação dos serviços; VII - eliminação de exigências desnecessárias e procedimentos repetitivos; VIII - descentralização dos procedimentos operacionais da perícia médica e adoção de novos controles sobre a sua realização; IX - auto atendimento; [...] XI - acesso a informações e serviços por meio da utilização de redes públicas de comunicação; [...] XIII - fortalecimento e ampliação do movimento da **qualidade e produtividade no setor público**” (grifo nosso).

Verifica-se que os benefícios previdenciários ou assistenciais, após concedidos ou não, são um exercício de acesso aos direitos dos cidadãos, e para que tal direito há de ser efetivado, ocorre a necessidade da prestação de serviço público, ou seja, o atendimento e oferecimento das informações relevantes para os indivíduos, bem como, o processamento da demanda pelo Ente Público, abrangido pelo Direito Administrativo.

3.4 Legitimidade e legalidade do reconhecimento automático de direitos perante o INSS nos benefícios de aposentadoria por idade

Em decorrência da relação jurídica de benefícios surgem dois tipos de obrigações: uma prestação de dar, caracterizada pelos benefícios e uma de fazer, através do serviço de reabilitação profissional.

Exceto nos casos em que o INSS deve proceder ao processamento do benefício *ex officio*, é necessário que o pretendido beneficiário provoque a Administração Pública dando início ao processo administrativo. Para se obter o objetivo final, o beneficiário terá que demonstrar que o risco social que lhe acomete, ou seja, que a situação tipificada em lei como fato gerador que o benefício assegura, efetivamente ocorreu com o requerente, produzindo-lhe o direito a determinada prestação previdenciária.

De via de regra, observa-se que as atuações do INSS sempre estiveram à espera da provocação da outra parte interessada, não havendo uma relação próxima com seus segurados e filiados, mesmo havendo previsão no Art. 76 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048 de 6 de maio de 1999⁴¹, de processamento de ofício de benefícios de auxílio-doença quando ciente por parte do INSS, da incapacidade acometida pelo segurado.

Entretanto, dentro de uma concepção inovadora, tem-se modificado essa forma de atuação do Estado, antecipando as ações do Ente Público perante a sociedade de forma proativa, buscando a efetividade e eficiência no exercício das atribuições delegadas ao Estado

⁴¹“Art.76. A previdência social deve processar de ofício o benefício, quando tiver ciência da incapacidade do segurado sem que este tenha requerido auxílio-doença”.

pelo povo.

O primeiro passo para ser possível a implantação do reconhecimento automático de direitos previdenciários e trabalhistas, ocorreu com a criação no ano de 1989, do Cadastro Nacional de Informações Sociais – CNIS, que após este cadastro, houve a criação de outros cadastros importantes para a Administração Pública, como o cadastro único das famílias em situação de extrema pobreza, conforme citado por Vianna (2011, p. 379), “que vai de encontro ao princípio da eficiência da Administração Pública, que recomenda a existência de um cadastro verdadeiramente único”.

Os cadastros que a Administração Pública cria e administra, passa a ser uma importante ferramenta de gestão da atividade administrativa do Estado, proporcionando melhorias e planejamentos estratégicos importantes para a implementação de direitos, diminuição de fraudes e concessões irregulares, controle da arrecadação e servem de subsídio às políticas públicas.

Vianna (2011, p. 379), ao comentar sobre o CNIS, salienta que a esperança futura seja de “desobrigar os segurados da previdência social do ônus que lhes é imposto, hoje, de comprovar suas informações sociais, tais como salários-de-contribuição, tempo de serviço, etc”, por meio da apresentação de documentação comprobatória armazenada pelos cidadãos.

O CNIS é o principal banco de dados da Previdência Social,

[...] com informações de pessoas físicas, jurídicas, vínculos, remunerações e recolhimentos do contribuinte individual, oriundas de diversas fontes de informação administradas pelo governo. Os dados do Cadastro são utilizados pela Previdência Social como prova de filiação, tempo de contribuição e salários-de-contribuição, para fins de cálculo do salário-de-benefício (DATAPREV, 2012).

Em 2009, o CNIS continha “mais de 216 milhões de informações de pessoas físicas e jurídicas, 530 milhões de vínculos empregatícios, 14 bilhões de dados de remunerações e outros 2 bilhões de contribuições” (DATAPREV, 2012).

Os procedimentos de reconhecimento automático de direito, iniciou-se efetivamente perante o INSS após a publicação da Lei n. 10.403 de 8 de janeiro de 2002⁴², do qual incluiu o

⁴²“Altera as Leis n. 8.212 e 8.213, ambas de 24 de junho de 1991”.

Art. 29-A a Lei n. 8.213/91, prevendo a possibilidade de uso dos dados constantes no CNIS para fins de processamento de benefícios, ocorrendo a partir desse momento, a inversão do ônus da prova, privilegiando a parte mais fraca, os segurados. Essa inversão caracteriza-se pela validade das informações constantes no CNIS, com base em regras específicas, e tornando o INSS, a parte da relação que deve provar a irregularidade para poder descartar as informações constantes naquele cadastro para fins de reconhecimento de benefícios.

A evolução para a realidade atual tem ocorrido gradativamente, onde com a edição da Lei Complementar n. 128 de 19 de dezembro de 2008⁴³, passou a ser reconhecido à confiabilidade dos dados sociais armazenados pelo Estado, por meio do CNIS, diferentemente do que Vianna (2011, p. 379-380) descreve que “há mesmo quem acredite que suas informações podem ser confiáveis a ponto de, automaticamente, conceder benefícios como aposentadoria por tempo de serviço ou por idade”.

Com base em tais informações, criou-se um novo serviço, que consiste no envio aos segurados do Aviso para Requerimento de Benefício, no mês anterior àquele em que o segurado completa a idade mínima exigida.

3.4.1 Experiência do INSS: Aviso para requerimento de benefício

A falta de políticas de aproximação entre os órgãos públicos e os seus administrados se apresentou por anos como sendo uma demonstração tradicional de serviço público, e o INSS, não diferentemente, não apresentava execução de atividades de forma proativa, gerando uma relação afastada entre o instituto e seus filiados, tornando-se o instituto inerte as demandas sociais formuladas por seus necessitados.

O INSS “não mantinha uma relação próxima com seus segurados, no que diz respeito a informá-los acerca do direito à aposentadoria urbana por idade, quando este era adquirido” e de forma reativa, percebia-se a implementação de um direito, “somente quando o segurado

⁴³“Altera a Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006, altera as Leis nos 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.213, de 24 de julho de 1991, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, 8.029, de 12 de abril de 1990, e da outras providências”.

procurava uma das Agências da Previdência Social (APS) para agendar o requerimento da aposentadoria por idade é que era identificada e tratada a demanda” (ENAP, 2012).

Os benefícios de aposentadorias se apresentam como sendo o benefício programável pela sociedade, que gera a decisão de vincular-se a Previdência Social e garantir renda quando possuir idade avançada, para o qual o trabalhador de área urbana contribui durante sua vida laborativa até completar os requisitos estabelecidos em lei para pleitear seus direitos.

O segurado ao completar a idade mínima exigida em lei para o benefício de aposentadoria por idade, desconhece se possui o direito ao benefício quanto ao requisito da carência⁴⁴, em virtude do desconhecimento de todas as contribuições ou de falha em sua documentação.

Em janeiro de 2009, o INSS decidiu investir na iniciativa proativa de atuação estatal e passou a utilizar os dados constantes do CNIS “para identificar todos os segurados que implementariam o direito à aposentadoria por idade, apurando-se o mês em que completam a idade mínima e verificando se já possuem a carência mínima exigida naquele mês” (ENAP, 2012).

Com a publicação da Resolução INSS/PRES n. 66 de 23 de junho de 2009⁴⁵, passou a ser reconhecido os direitos dos segurados no benefício de aposentadoria por idade pelo INSS automaticamente, utilizando-se como meio, comunicados por escrito e individualizados, denominadas de carta-aviso para requerimento de benefício, aos que implementam os requisitos legais previstos para tal benefício.

O reconhecimento de direito ocorre com base nas informações constantes no banco de dados do INSS, e por meio do princípio da eficiência e para dar transparência nas informações sobre os segurados, e as novas concepções nas atuações do Estado que a sociedade passou a exigir, aquele Ente Público busca proporcionar a melhor prestação do serviço público aos cidadãos que necessitem do atendimento por aquele órgão, tornando o direito subjetivo de acesso a seguridade social descrita na Constituição Federal, para a realização da satisfação concreta.

⁴⁴Carência consiste no número mínimo de contribuições efetuadas e necessárias para a concessão do benefício pleiteado, conforme disposto na Lei n. 8.213/91.

⁴⁵“Dispõe sobre emissão do Aviso para Requerimento de Benefício aos segurados que implementem as condições para a concessão de Aposentadoria por Idade”.

Os procedimentos adotados nos novos modelos de gestão dos serviços públicos do INSS compreendem a comunicação ao segurado por meio de carta enviada utilizando a estrutura de outro prestador de serviço público, a Empresa de Correios e Telégrafos (os correios), e que, se este segurado desejar que se implemente o benefício comunicado, basta dirigir-se ao INSS com os documentos pessoais, com possibilidade de obter o benefício em menos de 30 minutos de espera na unidade de atendimento ao público do Ente Público, pois as informações relevantes para o seu benefício, encontram-se previamente em posse do Ente Público.

A inovação adotada na forma de prestação dos serviços para a garantia dos direitos aos segurados do INSS apresenta resultados satisfatórios nos dados quantitativos e qualitativos, pois no período de junho de 2009 a maio de 2011, foram enviados 36.698 avisos de requerimento de benefícios e requeridos pelo segurados, 29.274 benefícios, o que demonstra o sucesso da iniciativa.

As ações para o encaminhamento do Aviso para Requerimento de Benefício foram executadas em prol de disponibilizar as informações com segurança, extraídas do CNIS, cuidar para que os dados disponibilizados contivessem os dados exatos do CNIS, oferecer um atendimento de qualidade, desde o agendamento até o comparecimento a APS, realizando uma das principais atividades do Estado, o “monitoramento contínuo para detectar e solucionar, de imediato, eventuais problemas e garantir que o processo seja executado pelos atores da forma como foi concebido” (ENAP, 2012).

Para a realização dos atos administrativos necessários para a implementação das condutas executivas para o reconhecimento automático de direitos, há a necessidade do INSS em estar em conformidade com a legalidade e legitimidade, pois estes são atributos essenciais num Estado Democrático de Direitos.

Destaca-se que a legalidade que o INSS possui para o exercício de atividades definidas pelo Direito Previdenciário ou classificadas como serviço pelo Direito Administrativo, ocorre pela outorga legal, por meio da desconcentração do Poder Público Federal, ao criar e repassar a uma Autarquia Federal, o dever de prestar os serviços.

Diferentemente, legitimidade, consiste em realizar as atividades de forma a atender, perante a sociedade, os fins sociais aos quais se destinam e justificam a sua criação, repousando as ações na qualidade da prestação do serviço realizado pelo Estado, através de

sua outorga definida em lei.

Ambos os termos legalidade e legitimidade possuem diferenciação, pois nas palavras de Bobbio (*apud* PESSOA, 2000, p. 25), “a diferença entre esses dois atributos ou qualidades do poder encontra-se no fato de que a legalidade repousa na qualidade do título, enquanto a legitimidade se fundamenta na qualidade do exercício do poder”.

Dentro de um Estado Democrático de Direito, dos quais a liberdade e a implementação e o reconhecimento dos direitos essenciais aos cidadãos são as bases na sociedade, as condutas adotadas pelos Entes Públicos e seus agentes estatais se submetem às regras de legitimidade e legalidade, para evitar decisões arbitrárias e realizar as ações em prol da demanda social almejada de ser atendida.

Estando legitimado a atender a demanda da sociedade para a prestação do serviço público no ramo previdenciário, e juntamente, com a legalidade outorgada quando da criação como autarquia federal, o INSS tem o dever de prestar os seus serviços com qualidade, observando as regras do direito, de modo a buscar a excelência por meio de implementação de novas ações aperfeiçoadas, que demonstrem o reconhecimento dos direitos à sociedade.

CONCLUSÃO

No decorrer desta pesquisa, verifica-se as transformações evolutivas que ocorrem nas sociedades modernas e em suas relações internas, influenciado profundamente as ações e organizações do Estado que administram as necessidades e anseios sociais, tornando a intervenção estatal de intervencionalismo regulatório para atuar em prol da implementação dos direitos dos cidadãos.

Para se atingir a nova concepção de Estado, foram necessários ultrapassar barreiras conceituais consolidadas por muito tempo no âmbito jurídico e no anseio da sociedade, que, por muitas vezes, ainda não ultrapassou todas as resistências existentes dentro da própria Administração Pública, necessitando a apresentação dos conceitos adotados nos serviços públicos desde a origem do Estado até os tempos modernos, a classificação conforme a atuação da Administração Pública e os princípios basilares que norteiam a prestação dos serviços públicos.

Após, analisa-se as formas que a Administração Pública pode exercer ou como se apresenta os serviços públicos ou serviços de interesse público perante a sociedade demandante da atenção do Estado. Isso ocorre devido as novas modalidades de contratos e exercícios de poder do Estado para o melhor desempenho no atendimento das necessidades sociais, transformando as formas jurídicas de domínio público para, em certos casos, a iniciativa privada.

Verificando que o Estado não possuía o aparato necessário para atender as demandas nos serviços públicos, surgiram novas formas de prestação, com a junção de preceitos do direito administrativos e do ramo privado, apresentando-se uma mutação jurídica com a realização de convênios e parcerias, geridas sob forma de contrato de gestão.

Em um momento seguinte, descorre-se as mutações de direitos historicamente verificadas, tem tornado a sociedade o verdadeiro detentor do poder do Estado, tornando-se aquele, em relação a este, uma relação circulante de desejo e atendimento à nova demanda requisitada para ser atendida, apresentando a exigência de novas implementações da Administração Pública a todo momento.

Dentro dessas demandas a serem atendidas pelo Estado, se encontra a proteção social, que através da previdência, pública ou social, a sociedade sente-se protegida para os casos de necessidade social, denominado como sendo a proteção para um “risco social”.

Em se tratando de uma demanda social, ao Estado incumbe a realização das ações necessárias para a implementação dos serviços que possam proporcionar essa proteção demandada. Apresenta-se a elevação da previdência social como serviço a ser prestado pela Administração Pública, de forma direta ou indiretamente.

Para atender a essa concepção, criam-se institutos, que posteriormente se transformam no Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, com status de autarquia da administração federal indireta, vinculada ao Ministério da Previdência e Assistência Social, incumbida por outorga em lei, de realizar o atendimento e administração sobre os benefícios previdenciários descritos em lei específica.

Pela outorga em lei, passa o INSS a ser um órgão público legalizado a exercer a atividade administrativa sob um serviço público especificado em sua lei de criação, bem como em seu regimento organizacional, e, legitimado a prestar os referidos serviços com qualidade e eficácia que os usuários desejam.

Pelos princípios da eficiência e da obrigatoriedade de prestação do serviço público, dos quais são deveres dos órgãos públicos prestarem os serviços públicos que lhes são incumbidos e de fazer isto da melhor forma possível, voltado a atender a demanda social, o INSS está legitimado e legalizado a realização do envio das chamadas cartas-aviso de direito a benefício de aposentadoria por idade, visto se tratar de uma relação de prestação de serviço e isso estar sendo realizado em prol do reconhecimento, de forma automática, de direitos dos indivíduos da sociedade antes mesmo da requisição deste indivíduo

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1994.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: DF, Senado, 1988.

_____. Decreto n. 3.048 de 6 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm>. Acesso em: 16 de mar. 2011.

_____. Instituto Nacional do Seguro Social. Resolução INSS/PRES n. 66 de 23 de junho de 2009. Dispõe sobre emissão do Aviso para Requerimento de Benefício aos segurados que implementem as condições para a concessão de Aposentadoria por Idade. Disponível em: <<http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/72/INSS-PRES/2009/66.htm>>. Acesso em 14 de maio 2012.

_____. Lei Complementar n. 128 de 19 de dezembro de 2008. Altera a Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006, altera as Leis n. 8.212 de 24 de julho de 1991, 8.213 de 24 de julho de 1991, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, 8.029, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/lcp128.htm>. Acesso em: 18 de mar. 2012.

_____. Lei n. 8.213 de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213compilado.htm>. Acesso em: 15 de mar. 2012.

_____. Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm>. Acesso em: 07 de mar. 2012.

_____. Lei n. 8.987 de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em: 07 de dez. 2011.

_____. Lei n. 9.472 de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm>. Acesso em: 07 de fev. 2012.

_____. Lei n. 10.403 de 8 de janeiro de 2002. Altera as Leis n. 8.212 e 8.213, ambas de 24 de junho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10403.htm>. Acesso em: 16 de fev. 2012.

_____. Lei n. 11.079 de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em: 07 de fev. 2012.

_____. Ministério da Previdência e Assistência Social. Portaria MPAS n. 4.508 de 23 de junho de 1998. Disponível em: <<http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/66/MPAS/1998/4508.htm>>. Acesso em 14 de maio 2012.

CARRAZÊDO, Mayara Meneguello Cizilio. **Serviço público: da noção à francesa aos rumos atuais no direito brasileiro e no direito europeu.** Disponível em: <<http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/mayara-meneguello-cizilio-carrazedo.pdf>>. Acesso em: 27 de mar. 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 16. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário.** 12. ed. Florianópolis: Conceito, 2010.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Manual de direito administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2004.

DATAPREV, Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social. Rio de Janeiro: 2012. Disponível em: <<http://portal.dataprev.gov.br/tag/cnis/page/7>>. Acesso em: 02 de jul. 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ENAP, Escola Nacional de Administração Pública. 17º Concurso Inovação na Gestão Pública Federal. Brasília: 2012. Disponível em: <<http://inovacao.enap.gov.br>>. Acesso em: 02 de jul. 2012.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo.** 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio Século XXI escolar: o mini dicionário da língua portuguesa**. 4. ed. ver. ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

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

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 15. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 37. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral, parte especial**. 14. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Mutações do direito administrativo**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. Mutações nos Serviços Públicos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fev. 2005. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 25 mar. 2012.

PESSOA, Robertônio. **Curso de Direito Administrativo**. Brasília: Consulex, 2000.

PORTAL DA TRANSPARÊNCIA DO GOVERNO FEDERAL. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br>>. Acesso em: 06 abr. 2012.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de direito previdenciário**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

APÊNDICES

APÊNDICE A

Atestado de Autenticidade da Monografia

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECÓ
ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO

ATESTADO DE AUTENTICIDADE DA MONOGRAFIA

Eu, Márcio Augustin, estudante do Curso de Direito, código de matrícula n. 200625513, declaro ter pleno conhecimento do Regulamento da Monografia, bem como das regras referentes ao seu desenvolvimento.

Atesto que a presente Monografia é de minha autoria, ciente de que poderei sofrer sanções nas esferas administrativa, civil e penal, caso seja comprovado cópia e/ou aquisição de trabalhos de terceiros, além do prejuízo de medidas de caráter educacional, como a reprovação no componente curricular Monografia II, o que impedirá a obtenção do Diploma de Conclusão do Curso de Graduação.

Chapecó (SC), 15 de maio de 2012.

Assinatura do(a) Estudante

APÊNDICE B

Termo de Solicitação de Banca

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECÓ
ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO

TERMO DE SOLICITAÇÃO DE BANCA

Encaminho a Coordenação do Núcleo de Monografia o trabalho monográfico de conclusão de curso do estudante Márcio Augustin, cujo título é LEGITIMIDADE E LEGALIDADE DO RECONHECIMENTO AUTOMÁTICO DE DIREITO NOS BENEFÍCIOS DO INSS EX OFFICIO, realizado sob minha orientação.

Em relação ao trabalho, considero-o apto a ser submetido à Banca Examinadora, vez que preenche os requisitos metodológicos e científicos exigidos em trabalhos da espécie.

Para tanto, solicito as providências cabíveis para a realização da defesa regulamentar.

Indica-se como membro convidado da banca examinadora: Idir Canzi, telefone para contato: 3323 1459.

Chapecó (SC), 15 de maio de 2012.

Assinatura do(a) Orientador(a)