

## SERVIÇOS PÚBLICOS VS INOVAÇÃO

**André Guskow Cardoso**

*Mestre em Direito do Estado pela UFPR*

*Advogado da Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*

### 1. Introdução

A evolução da tecnologia da informação, conjugada com a evolução dos serviços de comunicação móvel propiciaram o desenvolvimento de uma série de serviços baseados na ubiquidade de comunicação e transfeência de dados. Tais serviços, usualmente acionados por um aplicativo acessível via dispositivo móvel, têm provocado revoluções em setores tradicionais da economia.

Tome-se o caso do AirBnb, do whatsapp, do Uber, do Lyft, do Blabacar e de tantos outros aplicativos que se fundam na facilidade de comunicação de dados e na imensa base de usuários de serviços de comunicação móvel.

Esses aplicativos móveis inovam a forma de prestação de determinados serviços, criando tensão não apenas com os tradicionais prestadores de serviços no regime de mercado (como é o caso do AirBnb com relação às redes tradicionais de hotéis), mas também com os prestadores de serviços qualificados como serviços públicos. A imprensa retrata diariamente situações derivadas dessa tensão não apenas no Brasil como também em outros países.

O surgimento desses novos serviços coloca em questionamento a compatibilidade da inovação com o regime jurídico da prestação dos serviços públicos.

### 2. A questão da atualidade do serviço público

Note-se que o fato de se tratar de um serviço público, assim qualificado pela Constituição ou pela legislação infraconstitucional não significa que não haja necessidade de que a sua prestação observe a necessidade de permanente evolução e inovação.

#### 2.1. A exigência legal de prestação do serviço adequado e atualizado

Pelo contrário, há previsão explícita na legislação de concessões estabelecendo a necessidade de prestação de serviço adequado. Serviço adequado, nos termos da Lei, é

aquele que “*satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação e modicidade das tarifas*” (art. 6º, §1º, da Lei 8.987).

A atualidade, conforme a lei, “*compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço*” (art. 6º, §2º).

## **2.2. A tendência natural à obsolescência dos serviços públicos**

A previsão legal a respeito da necessidade de prestação de serviço adequado e atualizado não significa que o serviço será sempre prestado com o uso das técnicas, dos equipamentos e da infraestrutura mais avançados para a época.

Pela própria natureza dos serviços públicos, cuja prestação pressupõe a existência de infraestruturas de altíssimo custo e, conseqüentemente, delegações com prazo alongado, de modo a permitir a amortização adequada dos investimentos, não é possível que o serviço seja prestado sempre se valendo dos equipamentos ou técnicas mais modernos.

Em outras palavras, a prestação dos serviços públicos não pressupõe que os equipamentos correspondam sempre ao que se entende por “*state of the art*”, ou seja, o que há de mais avançado com relação àquele tipo de equipamento e serviço. Pode até ocorrer de os serviços inicialmente serem prestados com os meios e equipamentos mais avançados possíveis, mas estes vão se tornando mais obsoletos ao longo do contrato de delegação ou da prestação direta do serviço.

## **2.3. Os anseios da sociedade e dos usuários do serviço**

Ocorre que essa obsolescência não é compatível com os anseios da coletividade e dos usuários do serviço público.

Em parte por conta da evolução tecnológica e da ubiquidade das telecomunicações, cada vez mais a sociedade tem acesso a serviços e produtos com sofisticação crescente a custos decrescentes. Tome-se o exemplo dos televisores de LCD/LED. A cada ano que passa a qualidade da imagem (e o tamanho das telas) aumenta, com preços decrescentes. O mesmo se dá com relação a computadores pessoais e a *smartphones*.

Assim, a tendência natural da sociedade e dos usuários de serviços públicos é de cobrar que os serviços prestados pelo próprio Estado ou por seus delegatários também acompanhem o ritmo dessa evolução.

#### **2.4. A frustração das expectativas**

No entanto, não é o que ocorre na generalidade dos casos. Isso conduz a uma fundamental frustração com o serviço prestado e a uma percepção do serviço público como algo retrógrado e obsoleto.

Essa frustração repercute em vários campos, mas o efeito mais evidente consiste na fuga, por parte daqueles que detêm condições para tanto, do serviço público prestado. Assim, o cidadão acaba por custear o seu próprio plano de saúde, procura prover a educação de seus filhos em escolas particulares, vale-se do transporte individual ao invés do transporte coletivo e assim por diante.

#### **2.5. A repercussão nos custos**

Em parte, a frustração das expectativas dos usuários e da coletividade relativamente à atualidade dos serviços públicos deriva da inviabilidade financeira de se prestar sempre o serviço mais atualizado, em termos tecnológicos.

Isso implicaria repercussão enorme nos custos necessários à prestação, especialmente no caso de serviços que pressupõem infraestruturas complexas e equipamentos de elevado custo. Assim, parece inviável – em qualquer lugar do mundo, não apenas no Brasil – que o serviço de transporte metroviário, por exemplo, seja prestado apenas com trens e vagões com no máximo um ano de fabricação.

Os elevados investimentos necessários à própria viabilização da prestação do serviço pressupõem um período mais alongado de amortização e depreciação.

Assim, a eventual imposição de que o serviço fosse sempre o mais atualizado possível implicaria custos altíssimos, que nenhum usuário estaria disposto a pagar – e nenhuma organização governamental teria capacidade de custear.

#### **2.6. O necessário ponto de equilíbrio**

Assim, é necessário atingir um ponto de equilíbrio entre o serviço mais atual e o custo necessário à sua prestação. Os valores constitucionais que amparam a própria instituição do serviço público igualmente impõem que ele seja prestado a um custo adequado, que não comprometa a sua própria prestação ou a prestação de outras utilidades por parte da organização estatal.

Essa tensão entre serviço atualizado ou prestado com tecnologia de ponta e custo e necessidade da coletividade sempre estará presente e deve ser devidamente solucionada pela entidade pública titular dos serviços. A atualização tecnológica é essencial, mas adoção de tecnologias de ponta não pode produzir a inviabilização da prestação do serviço público.

Tampouco pode representar o prejuízo aos demais serviços de competência do ente estatal. Não faria nenhum sentido, assim, que uma determinada cidade tivesse o sistema de metrô mais moderno e eficiente do mundo, mas que apresentasse o pior serviço municipal de saúde. O balanço a ser encontrado deve considerar não apenas aspectos internos ao serviço sob exame, mas considerar a capacidade da entidade estatal relativamente aos demais serviços públicos sob sua responsabilidade.

### **3. Inovação e serviços públicos**

#### **3.1. Compatibilidade da inovação com a noção e regime jurídico dos serviços públicos**

Como demonstrado acima, em termos jurídicos, inovação e serviço público são conceitos plenamente compatíveis. O serviço público é compatível com a noção de inovação e pressupõe a incorporação da melhor técnica e tecnologia aplicáveis ao serviço público.

Note-se que a questão da inovação passou a ser tratada diretamente pela Constituição. A emenda constitucional 85, de fevereiro de 2015, incorporou ao texto constitucional a inovação como competência comum da União, Estados e Municípios (art. 23, inc. V). Nos termos do referido dispositivo constitucional, tais entidades públicas deverão “*proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à **inovação***”. Ademais, em dispositivo específico, previu-se que cabe ao Estado promover e incentivar “o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a **inovação**” (art. 218).

Depois, o próprio princípio constitucional da eficiência impõe que a atuação do Estado (e de seus delegatários, no caso da delegação da prestação de serviços públicos) seja a mais eficiente e adequada possível, em termos de técnicas e de utilização racional de recursos públicos que são escassos.

A conjugação dessas previsões constitucionais ao contido na Lei 8.987/1995, que trata das concessões de serviços públicos, confirma que a prestação dos serviços públicos pode (deve) estar associada à inovação técnica e tecnológica. Aliás, em determinados casos é perfeitamente possível que o serviço público de cunho inovador seja prestado de modo a estimular o desenvolvimento de determinadas áreas ou de determinados conhecimentos.

Não há qualquer previsão normativa que estabeleça que os serviços públicos não deverão acompanhar as técnicas e tecnologias inovadoras. Pelo contrário, as determinações são justamente em sentido contrário e recomendam que a prestação do serviço público se dê de modo adequado e atualizado.

### **3.2. Principal problemática: rigidez e falta de atualização do regulamento do serviço**

Na prática, no entanto, a questão é extremamente problemática, tendo em vista dois fatores específicos.

O primeiro é a relativa **rigidez** da forma estabelecida para a prestação dos serviços. Na grande maioria dos serviços públicos, define-se um regulamento do serviço, que estabelece os parâmetros mínimos para a prestação dos serviços. Ocorre que a definição desses parâmetros, a despeito de constituir uma garantia de que o delegatário dos serviços irá prestar o serviço adequado, também acaba por estabelecer critérios rígidos que inibem a inovação no âmbito do referido serviço.

O segundo consiste na falta de atualização adequada desses regulamentos de serviço. A ausência de atualização vincula os prestadores a exigências por vezes anacrônicas e desatualizadas. Em muitos casos, são impostas exigências burocráticas infundadas e incompatíveis com as necessidades do serviço e que não contribuem para a qualidade da prestação.

Isso se traduz também na vedação a inovações que sejam incompatíveis com um determinado esquema rígido concebido pelo Poder Concedente há muitos anos.

### **3.3. Engessamento da forma de prestação e desestímulo à inovação**

Em consequência, produz-se o engessamento da forma de prestação do serviço. Tanto o Estado que presta o serviço diretamente como o delegatário ficam premidos por regras desatualizadas e desvinculadas de qualquer finalidade.

Ao invés do estímulo e do incentivo à inovação impostos pela Constituição, produz-se o **desestímulo** à inovação por parte dos prestadores.

### **3.3. Consequente desatualização do serviço e perda de atratividade**

O principal efeito desse desestímulo consiste na consequente “desatualização” do serviço, que passa a não deter competitividade frente a outros serviços similares prestados

no regime privado ou esquemas e técnicas inovadoras para o fornecimento de utilidades similares à coletividade.

### **3.4. Surgimento de serviços paralelos, clandestinos**

Verifica-se também o surgimento de serviços “paralelos”, “clandestinos”, que passam a ser preferidos pela população em razão de suas características. Seja porque tais serviços paralelos são mais flexíveis, seja porque apresentam maior comodidade ao usuário, eles acabam por prevalecer sobre o serviço público.

Há um esvaziamento do número de usuários que recorre ao serviço público, tendo como consequência a redução significativa da receita obtida com a sua prestação e queda de qualidade do serviço prestado. Isso, sem falar na consequente ausência de estímulo ou perspectiva para se produzir qualquer inovação no âmbito do referido serviço público. Essa situação configura um círculo vicioso que tem como consequência a redução na qualidade do serviço prestado ou mesmo na sua destruição.

### **3.5. Incapacidade de reação efetiva pelos prestadores**

Por outro lado, a reação dos prestadores de serviço público ao surgimento de tais serviços é limitada pelas determinações do regulamento do serviço e pelas normas que sobre ele incidem.

Resta a tais prestadores pouca margem para melhorar a eficiência do serviço prestado e para inovar nas técnicas utilizadas. Isso se dá tanto em razão da ausência de estímulo por parte do regulamento e das normas aplicáveis ao serviço, como em decorrência da inviabilidade de compensar eventuais custos adicionais necessários para a produção da inovação pretendida.

### **3.6. As possíveis soluções**

Essas dificuldades não podem suprimir a necessidade de atualização permanente do serviço prestado e da regulação sobre ele incidente.

A solução para o impasse não é simples. Poderá eventualmente ser perseguida com providências de diversas ordens e medidas específicas. Dentre estas, podem ser referidas as seguintes:

- (a) Assegurar maior flexibilidade no modo de prestação do serviço público, através da definição de obrigações de fim e não de meio. Cabe estabelecer normas e

regulamentos de serviço que assegurem que o prestador poderá adotar determinados modos alternativos de prestar o serviço, sem que haja prejuízo à sua avaliação ou remuneração;

- (b) O reconhecimento e definição específica da possibilidade de instituição de serviços acessórios ou complementares, com estímulo à utilização da receita acessória gerada pelo prestador do serviço ou com a previsão de que parte da receita deverá ser destinada à atividade de pesquisa e inovação no âmbito do serviço. A tradicional previsão genérica de que as receitas acessórias serão incorporadas e revertidas à modicidade tarifa constitui uma fórmula evidentemente insuficiente para estimular a criação de serviços acessórios inovadores e rentáveis.
- (c) Necessidade de manutenção de permanente diálogo com a coletividade, com os usuários do serviço e prestadores do serviço, de modo a definir as necessidades a ser atendidas em “tempo real”. Utilização frequente de audiências e consultas públicas, bem como de pesquisas de satisfação do usuário. Posteriormente, incorporação das necessidades identificadas às normas e aos regulamentos da prestação do serviço público.
- (d) Imprescindibilidade da capacitação dos agentes reguladores e do poder concedente. De modo geral, a capacitação técnica – inclusive em termos de inovação tecnológica e técnica – dos agentes responsáveis pelo acompanhamento e fiscalização dos serviços não é atualizada. Tem-se uma falta de estímulo ao aperfeiçoamento técnico do pessoal, que deve ser solucionada.
- (e) Estabelecimento de liberdade de preços/tarifas. Trata-se de questão polêmica e que depende de estudos e exames adequados, considerando cada situação específica e a natureza do serviço prestado, sua estrutura de custeio e do mercado em que é prestado. De qualquer modo, o estabelecimento de um regime de relativa liberdade tarifária pode contribuir para a flexibilização do modo da prestação do serviço sob o aspecto de seu custeio.
- (f) Determinação da obrigatoriedade da realização de análise de impacto regulatório tanto para as exigências estabelecidas no regulamento do serviço, como para as eventuais medidas para a sua utilização. É necessário que a entidade estatal titular do serviço pondere e considere as principais consequências de suas determinações na regulação do serviço. Quanto a isso, confira-se o exposto anteriormente pelo autor em A Constituição brasileira e a análise de impacto regulatório (Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, vol. 3/2013, p. 135 – 158, Out - Dez/2013).
- (g) Tentativa de aproximação da prestação em regime privado, com o estabelecimento de concorrência entre prestadores de um mesmo serviço. Evidentemente, essa

aproximação de regimes não é aplicável a todo e qualquer serviço público. Há serviços cuja natureza é mais propícia à prestação em regime de competição e outros, não. De qualquer modo, a competição pode representar importante mecanismo de estímulo à inovação por parte dos prestadores do serviço público.

### **3.7. Insuficiência da mera revisão normativa e atualização dos regulamentos de serviço**

Cabe, no entanto, uma advertência. Não basta a revisão das normas que regulamentam o serviço. A revisão normativa é necessária mas não suficiente, por si só, para resolver o contraste entre as inovações privadas e o engessamento da forma de prestação dos serviços públicos.

Em qualquer caso, as normas não podem constituir obstáculo à inovação ou à prestação flexível do serviço público em prol da coletividade. Devem ser revistas sempre que se identificar essa situação, produzindo-se a análise de impacto regulatório, a fim de ponderar os benefícios e custos da alteração pretendida.

#### **Informação bibliográfica do texto:**

CARDOSO, André Guskow. Serviços públicos vs Inovação. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n.º 104, outubro de 2015, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em [data].