PRIVATIZAÇÃO NO BRASIL E O NOVO EXERCÍCIO DE FUNÇÕES PÚBLICAS POR PARTICULARES. SERVIÇO PÚBLICO "À BRASILEIRA"?

ALMIRO DO COUTO E SILVA*

I. Introdução — II. Estado e economia no Brasil – o Estado como agente Econômico — III. A redução do tamanho do Estado — IV. As privatizações no Brasil — V. Constituição Federal e os serviços públicos — VI. Conclusão: serviço público "à brasileira"?

I. Introdução

1. Ao tratar do tema "Privatização no Brasil e o Novo Exercício de Funções Públicas por Particulares" o primeiro ponto a ser esclarecido é o de que funções públicas estamos falando. Dentro da nossa tradição jurídica, "exercício de função pública por particulares" significa o desempenho de atividade de interesse geral pelos indivíduos ou por pessoas jurídicas de direito privado, mediante delegação do poder público, sob regime jurídico especial. Consiste, portanto, geralmente, em prestação de serviço público.

O conceito de serviço público, no Brasil, segue, em suas grandes linhas, a noção clássica francesa, designando, por conseqüência, aquele serviço que é prestado por órgão estatal, visando fim de utilidade pública, ou executado por particular, mas, neste caso, sempre por delegação do Estado. Em outras palavras, para qualificação de um serviço como público, a par do interesse geral a que se destina a satisfazer, é indispensável a existência de um vínculo orgânico entre ele e o Estado. Este é o *titular* do serviço, muito embora sua *gestão* possa ser transferida a particulares.

Nesse contexto, seria inaceitável falar-se em exercício de função pública por particulares sem existir qualquer ato jurídico de direito público, mesmo implícito, que importe delegação do desempenho daquela função, o que equivale a dizer que a atividade privada, por mais relevante ou útil que seja para toda a sociedade, não caracteriza, por si só, via de regra, serviço público. Por certo, há tipos ou espécies de atividades de interesse geral que são desempenhadas tanto pelo Estado como

* Professor de Direito Administrativo do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

pelos indivíduos. O Estado não se apresenta, nesses casos, como o titular exclusivo dos serviços. É o que acontece, entre muitas outras hipóteses, com as atividades relacionadas com o ensino ou com a saúde. Quando prestadas pelo Estado ou executadas por delegação estatal elas se inserem no âmbito do conceito de serviço público. Se ausente qualquer laço com o Estado, elas são geralmente tidas e consideradas como atividades ou serviços puramente privados.[1]

Resumindo tudo: o direito brasileiro, em linha de princípio, não conhece função pública ou serviço público, de qualquer natureza, que não seja prestado pelo Estado ou mediante delegação do Estado.

De outra parte, o regime jurídico a que se submete a prestação de serviço público ou é inteiramente de direito público, como sucede com os serviços administrativos ou é, em se tratando de serviços de natureza comercial ou industrial, um regime híbrido, predominantemente de direito privado, mas mesclado com normas de direito público, caracterizando o que Hans Julius Wolff denominou de Direito Privado Administrativo.[2]

1 Há neste particular, entretanto, uma exceção importante. Por vezes a intensidade da nota de interesse público que assinala certas atividades desempenhadas pelos particulares faz com que a elas se estenda o direito público, por considerar-se que seus prestadores estão investidos em funções públicas delegadas, de sorte que alguns dos seus atos são tidos como atos administrativos, impugnáveis pela via do mandado de segurança. É o que acontece com os atos de diretores de estabelecimentos privados de ensino suscetíveis de serem combatidos por aquela ação constitucional. Segundo antiga classificação de Laubadère, seriam eles atos administrativos em sentido apenas funcional (*Traité de Droit Administratif*, Paris, L.G.D.J. 1973, vol. I, p.61). Por outro lado, uma vez que os estabelecimentos privados de ensino não são permissionários nem concessionários de serviços públicos, necessitando, porém de autorização do Estado para que possam funcionar, como ocorre com algumas atividades privadas (CF, art. 170, parágrafo único), não é impertinente ver nessa situação excepcional algo muito semelhante, senão idêntico, às hipóteses compreendidas pelo conceito de serviço público em sentido "objetivo", ou "impróprio", ou "virtual", no sentido que dá a estas expressões a doutrina italiana, e nas quais sobreleva o caráter de "missão de interesse geral", com a qual se confunde a noção de serviço público em sentido puramente material (veja-se, sobre isto, a exposição de Frank Moderne, em *L'Idée de Service Public dans le Droit des États da l'Union Européene*, Paris, l'Harmattan, 2001, coletânea de estudos dirigida por Frank Moderne e Gérard Marcou, p.34 e ss.).

2 Hans Julius Wolff/ Otto Bachof/Rolf Stober, *Verwaltungsrecht*, München, C.H. Beck, 1994, pp.225-6. O conceito de Direito Privado Administrativo teve importância na Alemanha até a edição, em 1974, da Lei do Processo Administro, cujo § 54 criou o instituto do "contrato administrativo", que publicizou as relações entre o Estado e os indivíduos até então regidas pelo Direito Privado, como observam aqueles mesmos autores (op e p. cits.). Parece-me, porém, que ele pode perfeitamente ser utilizado no Brasil para designar o complexo normativo misto, integrado por normas de direito privado com temperamentos de direito público, que comumente disciplina a prestação de serviços públicos por particulares, situação que, aliás, também se verifica no direito francês, como esclarece Jacqueline Morand Deviller: "*En effet, lorsque l'activité erigée en service public est exercée de la même manière qu'une activité privé analogue, le régime juridique fortement privatisé qui lui est appliqué comporte toujours des règles exorbitantes du droit commun en raison de la finalité permanente d'interêt général. La différence entre un service public administratif (S.P.A) et un service public industriel et commercial (S.P.I.C.) est une différence de degré dans la soumission au droit public: maximum dans le premier cas, minimum dans le second (ce qui explique son attraction vers le juge judiciaire.*" (*Cours de Droit Administratif*, Paris, Monchrestien, 2001, p.459).

Completam-se, assim, os três requisitos necessários à configuração jurídica do serviço público exigidos por antiga doutrina.[3]

2. Por estas resumidas notas bem se vê, portanto, que o quadro brasileiro é totalmente diverso do norte-americano. Nos Estados Unidos inexiste o conceito de serviço público e praticamente toda a atividade econômica é deixada ao setor privado, sendo pouquíssimos os casos em que o Estado dela se desincumbe. Geralmente o Estado limita-se a exercer a função de mero *regulador* daquela atividade. De outra

3 Na sua mais antiga formulação, para a caracterização do serviço pública fazia-se mister a reunião de três elementos essenciais: a) serviço de interesse geral ou de utilidade pública; b) prestado pelo Estado e c) sob regime jurídico especial, de direito público. Os dois últimos elementos há muito já se modificaram. Pessoas jurídicas de direito privado também prestam serviço público, mas seria sempre necessária a existência de um vínculo orgânico com o Estado. No tocante ao regime jurídico, ele não é só o de direito público, a que se subordinam os serviços públicos de natureza administrativa. Quase sempre a prestação dos serviços públicos industriais e comerciais se realiza sob regime misto, de Direito Privado Administrativo, ou seja, predominantemente de direito privado mas com normas, também, de direito público. No direito francês, a concepção mais moderna é a de que o regime jurídico é totalmente irrelevante para a caracterização dos serviços públicos. Estes se definem apenas pelo fim de interesse geral que perseguem e o vínculo orgânico, direto ou indireto, com o Estado (veja-se, a respeito, René Chapus, *Droit Administratif Général*, Paris, Montchrestien, 1993, vol. I, p.477). Parece-me, porém, que o regime jurídico, é, em algumas hipóteses, e sem quaisquer outras considerações, desde logo decisivo para saber se determinada atividade, que guarde vínculo orgânico com o Estado, é efetivamente serviço público. Assim, se o regime a que se submete essa atividade for de direito público, não há dúvida que se tratará de serviço público. Contudo, como foi visto, nos serviços públicos de natureza industrial e comercial o regime que os disciplina não é *puramente* de direito privado. De qualquer modo, nas duas situações, a particularidade de estar a atividade submetida a um regime próprio, que não é ou que não é inteiramente de direito privado, revela-se um instrumento importante na identificação dos serviços públicos. O que, com todo o respeito, não me parece aceitável, por destoante da realidade do nosso tempo e até mesmo do ordenamento jurídico brasileiro, é a bem conhecida posição de Celso Antônio Bandeira de Mello, que só considera serviço público o que seja prestado sob regime de direito público. Isso implica dizer que só os serviços administrativos são serviços públicos, expelindo-se do conceito os de natureza industrial e comercial, que, por subordinados a regime predominantemente de direito privado, seriam classificados, se bem compreendo o pensamento do ilustre mestre paulista, como "serviços governamentais" (*Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 2001, p.602). Tais serviços, embora presente o vínculo orgânico com o Estado e conquanto prestados no interesse geral, não seriam serviços públicos. Mas que natureza teriam? Seriam atividade puramente econômica do Estado, em tudo igual à que os indivíduos desempenham? Como explicar as regras constitucionais que os tratam como serviços públicos (p.ex., os incisos XI e XII, do art.21)? Isto lembra a famosa irresignação de Hauriou, formulada em 1900: "*L'État n'est pas une association pour travailler ensemble à la production des richesses, il est seulement pour les hommes une certaine manière* d'être ensemble, *de vivre ensemble, ce qui essentiellement le fait politique*". Se o Estado passasse a desempenhar atividades econômicas, industriais e comerciais, além daquelas de natureza política, exclamava o mestre de Toulouse:"*nous disons que c'est grave, parce qu'on nous change notre État*" (vd. René Chapus, op. cit., p.476). E o que se viu durante quase todo o século XX foi essa "mudança do Estado" temida por Hauriou, em que o Poder Público passou a exercer, em muitos países, entre eles o Brasil, atividade econômica sob a forma de serviços públicos industriais e comerciais, em regime predominantemente de direito privado, ao lado do estrito papel que o liberalismo lhe reservava, no desempenho de serviços públicos administrativos, submetidos ao direito público.

parte, o direito que rege a atividade do Estado e as relações por este travadas com os indivíduos é basicamente a *common law*, o direito comum, o mesmo direito, em princípio, que disciplina as relações dos indivíduos entre si.

A escolha dos Estados Unidos, neste trabalho, como recorrente *terminus comparationis* justifica-se pelo fato de o final do século XX haver acusado a tendência — não só no Brasil ou na América Latina, mas também em muitos países europeus — de reexaminar algumas concepções jurídicas bem arraigadas em suas culturas (como, por exemplo, a de serviço público) de sorte a aproximá-las das vigorantes na realidade econômico-jurídica norte americana.

Não será necessário dizer que tal tendência está intimamente relacionada com a circunstância de haver os Estados Unidos, após a segunda grande guerra mundial e, mais fortemente ainda depois da queda do muro de Berlim, assumido posição hegemônica numa economia que hoje é globalizada. Mas não só. Existem outras causas que são, pelo menos, igualmente importantes. Ela resulta também da crise do Estado Social, do Estado Providência ou do Welfare State, o qual, com o seu gigantismo, suas imensas despesas e seus déficits públicos, sua ampla intervenção no campo econômico e no campo social, deu origem e alimentou uma forte reação no plano teórico, representada pela corrente de pensamento chamada de neo-liberal. Ao longo das últimas décadas do século passado o neo-liberalismo, que ganhara consistência e expressão com a difusão das obras de Friederich von Hayeck e o crescente prestígio dos economistas da escola de Chicago, liderados por Milton Friedmann, acabou por influenciar poderosamente as políticas econômicas e sociais dos Estados Unidos e da Inglaterra, respectivamente nos governos Reagan e Thatcher. É claramente perceptível, por igual, a influência do liberalismo, pelo favorecimento da concorrência e do mercado, em normas fundamentais que, desde o Tratado de Roma, presidem as relações entre os países membros da União Européia.

3. Foi dentro dessa moldura que se iniciou a discussão mundial sobre o tamanho do Estado e as medidas que deveriam ser utilizadas para reduzi-lo. Estão ligadas a esse contexto as privatizações, a liberalização, a desregulamentação, a quebra de monopólios estatais de serviços públicos e a abertura à concorrência das atividades por eles exercidas, bem como a atribuição de novos papéis aos particulares na realização de fins públicos.

É ainda dentro dessa ordem de idéias que se trava, na Europa, o debate sobre o conceito de "serviço de interesse econômico geral", referido originariamente no art. 90 — 2, atual art. 86-2,[4] do Tratado de Roma e a que o Tratado de Amsterdam deu ênfase especial, ao erguê-lo ao plano dos "valores comuns da União", destacando sua importância "na promoção da coesão social e territorial da União".[5] A principal questão, nesse debate, é a compatibilização do conceito comunitário de serviço de interesse econômico geral, de raiz marcadamente liberal e muito próximo da noção

4 A cláusula submete as empresas incumbidas da prestação dos serviços de interesse econômico geral às regras da concorrência desde que a aplicação daquelas regras não impeça a realização da missão particular a que se destinam.

5 Art. 16 do Tratado da Comunidade Européia, na versão do Tratado de Amsterdam, de 1997.

anglo-americana de *public utilities*, com o conceito francês de serviço público, também adotado por outros países europeus.[6] Enquanto o conceito de serviço público é um conceito jurídico, o que está expresso no Tratado de Roma é de índole econômica, conformado pela idéia de mercado (designadamente do mercado comum), de que a livre concorrência é, em princípio, inafastável.[7] Já se percebe que esse debate interessa ao Brasil, pois nosso conceito de serviço público, como já se disse, é fortemente influenciado pela noção francesa. Essa noção, entretanto, na sua pátria de origem, desde Duguit até hoje, sofreu mutações profundas, sendo as mais significativas precisamente as decorrentes de normas comunitárias. Foi ela levada, por imposição daquelas normas, a acomodar-se com o mercado e com a concorrência, dai resultando o conceito de serviço público "*à la française*", de que hoje tanto se fala.[8]

4. As normas comunitárias, por sua vez, não são apenas resultantes dos variados fatores antes apontados, de natureza econômica, política, cultural, que se reconduzem ao perfil que se deseja tenha o Estado nos tempos em que vivemos, mas foram também determinadas pelos impressionantes progressos tecnológicos verificados nas últimas décadas do século XX em setores como o das telecomunicações, da informática e da microeletrônica, os quais, fundidos ou inter-relacionados, produziram a revolução das telecomunicações, cuja importância histórica só é comparável com a revolução industrial.[9]

6 É o que se poderia chamar a segunda crise daquele conceito, pois a primeira seria a descrita por Jean Louis Corail num livro famoso, de 1954, "*La Crise de la Notion Juridique de Service Public*", a ponto de questionar-se, como ocorreu em colóquio promovido pela Universidade de Paris-Dauphine, em 1977, se "*L'Idée de Service Public Est-elle Encore Soutenable?*" (Paris, 1999, PUF, obra coordenada por Jean-Marie Chevalier, Ivar Ekeland e Marie-Anne Frison-Roche).

7 Veja-se sobre o panorama geral do conceito de serviço público no direito europeu o esplêndido ensaio de Frank Moderne, *Les Transcriptions Doctrinales de L 'Idée de Service Public*, e os demais artigos reunidos sob a coordenação de Frank Moderne e Gérard Marcou no livro *L'Idée de Service Public dans le Droit des États de L'Union Européene*, Paris, 2001, L'Harmatan. Especialmente sobre o ponto em questão, veja-se p.15.

8 Ao influxo dessa nova formulação do conceito de serviço público, vários monopólios foram quebrados ou eliminados privilégios de empresas estatais que se desincumbiam de serviços daquela natureza (vd. Jacqueline Morand-Deviller, op cit., pp.462 e ss, ver também pp.455 e ss). Cuida-se, atualmente, de conceito que se pretende seja flexível, não sendo conveniente, portanto, que tenha sede constitucional. Observa Frank Moderne que "*o recurso à lei (para definir o campo do serviço público, designar a coletividade organizadora e determinar as modalidades do seu controle) — ou a utilização dos princípios gerais do direito que regem seu funcionamento — são suficientes para salvaguardar uma estrutura jurídica mínima, sob a dupla fiscalização do juiz constitucional e do juiz administrativo*" (op. cit., pp.32).

9 Vd. Marco M. Fernando Pablo, *Derecho General de las Telecomunicaciones*, Madrid, 1998, Editorial Colex, p.25, nota 11: "*Por esquematizar múltiples visiones, puede decirse que la revolución de las telecomunicaciones se asienta, en el plano técnico, en la convergencia entre microelectrónica, informática y tecnologia de las telecomunicaciones, mientras que en el plano político se sustenta, como luego se apuntará, en la toma en consideración de la globalidad del fenómeno y la necessidad de dotarse de nuevas infraestructuras nacionales, sustentadas en la libre iniciativa privada, lo que dará como resultado jurídico la liberalización de las telecomunicaciones*".

Nesse conjunto de fatos, ganharam impulso institutos e práticas de democracia participativa ou de colaboração dos particulares com o Estado, como observa Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em excelente síntese: "*Os modelos de* colaboração *entre entidades privadas e Estado tendem a se multiplicar, tanto em razão do avanço da* consensualidade, *abrindo alternativas mais flexíveis às formas tradicionais de administração pública impositiva, como por motivo do desenvolvimento do conceito do* espaço público não estatal, *o que tem possibilitado a ação coordenada das chamadas* entidades intermédias, *bem como o surgimento de novos* instrumentos de provocação social de controle, *ampliando-se, nesse processo político, um* continuum *de ações convergentes entre a Sociedade e o Estado, com o conseqüente progresso da* legitimidade".[10]

A busca de respostas aos desafios decorrentes de tão significativas transformações tem induzido, como se disse, o exame mais atento dos modelos econômico-jurídicos dos Estados Unidos, país onde, como em nenhum outro, o pensamento de Locke e os postulados econômicos do liberalismo deitaram raízes profundas.

5. Até que ponto, porém, será possível conciliar idéias, conceitos e institutos jurídicos firmemente incorporados ao direito brasileiro, muitos deles de matriz européia, com transplantes retirados do tecido econômico-jurídico americano? Como harmonizar, por exemplo, o conceito brasileiro de serviço público, plasmado em diversas normas de nossa Constituição Federal,[11] com preceitos da legislação ordinária que, na moldura da privatização e da reforma do Estado, abriram à concorrência atividades que eram exercidas em regime de monopólio?

Obviamente não cabe aqui examinar todos esses temas. Nosso bem mais modesto propósito será o de, inicialmente, esboçar de modo sucinto a história brasileira, no último século, das relações do Estado com a economia (II), descrevendo, depois, também em termos breves, qual o caminho seguido pelo Brasil, em contraste com o escolhidos pelos Estados Unidos, na redução do tamanho do Estado (III), bem como a política brasileira de privatizações (IV), para finalmente considerar os tópicos principais e as mais importantes implicações jurídicas do programa brasileiro de desestatização, avaliando a compatibilidade com a nossa Constituição, muito especialmente com o conceito de serviço público por ela desenhado, de inovações introduzidas pela legislação ordinária, especialmente no campo das telecomunicações, da energia elétrica, dos transportes e da administração dos portos (V). Num último item estão condensadas as conclusões (VI).

II. Estado e economia no Brasil — o Estado como agente Econômico

6. No século XX, pode-se dizer que o Estado brasileiro, nas suas relações com a economia, acompanhou o modelo dos países capitalistas adiantados da Europa continental, embora quase sempre com algum atraso.

10 *Curso de Direito Administrativo*, Rio Forense, 2001, 12ª ed., p.33.

11 As principais normas da Constituição Brasileira referente a serviços públicos irão sendo mencionadas ao longo do presente trabalho.

Nas duas primeiras décadas, ao pequeno tamanho do Estado, correspondia sua diminuta intervenção no campo econômico, limitada quase que exclusivamente ao plano normativo. Como em outras partes do mundo, o instituto jurídico da concessão de serviço público — concebido aqui como um contrato administrativo, ao estilo francês — gozava de largo prestígio, sendo muito utilizado, sobretudo nos serviços de transporte ferroviário. A concessão de serviço público, nessa época, geralmente compreendia ou implicava a concessão de obra pública, o que a fazia extremamente vantajosa para o Estado. A obra era feita por conta e risco do concessionário, o qual passava, após, a explorar os serviços, também por sua conta e risco, nas condições econômico-financeiras pactuadas com o concedente.

A concessão de serviço público foi, assim, também no Brasil, o instrumento jurídico que serviu como grande mola propulsora da expansão da nossa rede ferroviária, tanto na órbita federal quanto na dos Estados-membros.

Ao falar-se em concessão de serviço público já se compreende, implicitamente, que se trata de delegação de um serviço cuja titularidade cabe ao Estado.

7. Nos anos 20, inicia-se um processo de descentralização do Estado, com a criação de autarquias. Esse processo, após a Revolução de 1930, na era Vargas, ganhou notável incremento, exercendo as autarquias, não apenas funções de índole administrativa, como também de natureza industrial ou comercial. Com isto, intensificou-se fortemente a presença do Estado no campo econômico, tendo crescido, também, sua interferência nessa área mediante a edição de normas jurídicas.

Após a segunda grande guerra, a descentralização do Estado passa a realizar-se predominantemente no sentido da "fuga para o Direito Privado" como, escrevendo para uma outra realidade, registrara e vaticinara Fritz Fleiner, ainda no limiar do século passado. No período que estamos considerando, as atividades comerciais e industriais que o Estado exerce, quase sempre na prestação de serviços públicos que têm essa natureza, ao invés de serem atribuídos a autarquias, são agora realizadas por pessoas jurídicas de direito privado, sociedades de economia mista e empresas públicas, integradas à Administração Pública Indireta, segundo expressão que mais tarde acabaria consagrada entre nós.

Nesse cenário, é fácil de entender tenha a concessão de serviço público — que aqui também reproduziu os inconvenientes que apresentara em outras nações — entrado em franco declínio.

Os governos militares, com todas as críticas que a eles possam ser feitas sob o aspecto político-jurídico, indiscutivelmente realizaram grandes obras de infra-estrutura necessária ao desenvolvimento e à modernização do país. Ampliou-se consideravelmente, nesse esforço, a órbita de atuação do Estado na economia, tanto pela criação em grande número de entidades de sua administração indireta destinadas a desempenhar o papel de agentes econômicos, quanto pela edição, também em número extremamente avultado, de regras jurídicas disciplinadoras da atividade econômica.

8. Paralelamente a essa tendência institucionalizada ou formal de intervenção na economia, surge uma outra que aponta para o mesmo sentido, só que de tipo informal, mas não menos significativa, decorrente em larga medida do fomento

público ou do crédito concedido por entidades bancárias oficiais, como o Banco do Brasil e o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDE),[12] além de muitos outros, na esfera dos Estados-membros. As empresas devedoras dessas instituições públicas, quando impossibilitadas de pagarem os débitos com elas contraídos, passavam, muito freqüentemente, a tê-las como sócias e, não poucas vezes, como sócias detentoras do controle acionário.

Assim, não bastassem as sociedades de economia mista e as empresas públicas que integram sua administração indireta, tornou-se a União Federal, no decorrer dos anos, proprietária de importante participação no capital de empresas privadas que perseguiam os fins os mais diversos, nas mais das vezes sem qualquer vinculação com o interesse público.

O quadro que venho tentando desenhar nas suas grandes linhas, embora se refira à União, mediante algumas reduções e adaptações serve igualmente para os Estados-membros da federação brasileira. Creio que corresponde, também, sempre guardadas as proporções, ao que aconteceu na Europa continental e, de algum modo, também na Inglaterra, no que respeita às modificações sofridas pelo perfil do Estado no seu relacionamento com a sociedade, na passagem do Estado liberal burguês para o Estado-Providência, para o Estado Social ou para o *Welfare State*, qualificativos que expressam, na sua variedade semântica, uma mesma essência.

III. A redução do tamanho do Estado

9. A partir dos anos 70, do século XX, esse cenário se altera substancialmente, ao influxo de diferentes fatores, nos quais se misturam razões pragmáticas com razões políticas e ideológicas,[13] convergindo todos eles, porém, na direção comum de reduzir o tamanho do Estado. Nessa intenção, ora se diz que seus custos são insuportáveis e que é impossível conviver-se com os déficits orçamentários, ora se afirma, à semelhança do lema célebre da Bauhaus, que "menos é mais" e que "Estado menor é Estado melhor", devendo ser buscada, a qualquer custo, a realização, na medida do possível, do Estado mínimo, senão na configuração utópica que lhe atribuiu o pensamento neo-liberal extremado, pelo menos em medida que libertasse a sociedade de sua presença tão forte como agente econômico, bem como dos excessos sufocantes e estranguladores da *overlegislation* ou da regulamentação exagerada.

Privatização e desregulamentação constituíram-se, portanto, nos dois mais importantes remédios da receita neo-liberal. Em dosagens diferenciadas, passou ela a ser adotada pelas principais nações do ocidente.

Na América Latina, a terapêutica concentrou-se com ênfase nas privatizações, insistentemente recomendadas, para não dizer impostas, por instituições internacionais, de que o exemplo mais marcante é o FMI.

12 Hoje, Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES).

13 Vd. Odete Medauar, *Direito Administrativo Moderno*, São Paulo, RT, 2000, 4ª ed., p.105.

10. Em contraste, nos Estados Unidos, a receita adotada para reduzir o tamanho do Estado foi a desregulamentação.

É que, no que concerne às relações entre o Estado e a sociedade, em matéria econômica, desde tempos que remontam a 1887, quando foi criada a *Interstate Commercial Commission*, ou que são ainda anteriores a isso, sempre, prevaleceu, nos Estados Unidos, a posição de que o Estado, ao invés de assumir uma participação direta no jogo econômico, deveria limitar-se a ser mero regulador desse jogo, só interferindo quando as regras elaboradas pelo próprio mercado fossem deficientes ou falhassem.

A concentração desse poder regulador em entidades independentes, as agências reguladoras (*regulatory agencies*), incumbidas também de implementar a aplicação e controlar a observância das normas por elas criadas, foi uma boa solução para o problema, pois geralmente permite que as normas obtenham excelente grau de qualidade técnica, em razão, por um lado, da proximidade entre os órgãos da entidade e os fatos a serem disciplinados ou controlados e, por outro, do caráter setorial ou específico da regulação e do controle.

É em torno dessas agências reguladoras que surge o Direito Administrativo norte-americano,[14] polarizado, num primeiro instante, pela questão dos poderes delegados às agências, considerados como "quase legislativos" e "quase judiciais" e, depois da edição do *Federal Administrative Procedure Act* em 1946, pelos *standards* processuais ou procedimentais que deveriam pautar a atividade daquelas entidades.[15]

11. Seria equivocado, entretanto pensar, que as agências administrativas americanas tenham todas elas caráter regulador. Como em toda a parte, a Administração Pública, nos Estados Unidos, pode ser dividida em "administração coercitiva" e "administração prestadora de benefícios" (para usar a terminologia do direito administrativo germânico, que distingue entre *Eingriffsverwaltung* e *Leistungsverwaltung*).

A primeira é exercida principalmente pelas *regulatory agencies* e as outras pelas *non regulatory agencies*, ou em ambos os casos, pelos Departamentos, que são órgãos do Estado americano.

As agências e órgãos da administração não investidos de poderes reguladores é que se encarregam dos benefícios sociais, como os relacionados, por exemplo, entre muitos outros, com a saúde, com a assistência médica, com a habitação, com a ajuda aos pobres e necessitados.

Na edição de 1976, do seu *Administrative Law*, observava Bernard Schwartz que o centro de gravidade do direito administrativo americano se transferira da área reguladora para a não reguladora, registrando ainda, a esse respeito, que "*o Estado do Bem Estar converteu uma parte sempre crescente da comunidade em clientes do*

14 Geralmente se afirma que o nascimento do Direito Administrativo nos EE.UU se deu com o *Interstate Commerce Act*, que criou a *Interstate Commerce Comission*, em 1887. Veja-se, Bernard Schwartz, *Administrativa Law*, Boston/Toronto, Little, Brown and Co., 1976, pp.17 e 19.

15 Bernard Schwartz, op. cit., p.21.

governo, que passaram sempre mais a depender dos recursos públicos. Para um número cada vez maior deles, o governo passou a representar uma fonte primária de renda e de outros benefícios sociais. Isso determinou uma tremenda expansão das agências não reguladoras. Quantitativamente, a obra do Departamento de Saúde, Educação e Bem Estar é incomparavelmente maior do que a de uma agência reguladora, como a Interstate Commerce Comission. A conseqüência é a transferência de importância da administração reguladora para a não reguladora. Conquanto muitos advogados ainda não tenham compreendido isto, o ponto que cresce de relevância no direito administrativo é a área não reguladora".[16]

Bem se vê, portanto, que a preocupação com a *Daseinvorsorge*, como a chamava Forsthoff, com as condições capazes de assegurar existência digna para os indivíduos, foi a idéia-força do Estado Social, do Estado Providência ou do Estado do Bem Estar, fixando-se e expandindo-se enormemente até mesmo em países de robusta tradição liberal, como os Estados Unidos.

12. Desse modo, quando o combate ao gigantismo do Estado atingiu o nível das prioridades urgentes do governo dos Estados Unidos — o que veio a suceder na administração Reagan — as providências que nesse particular foram tomadas endereçaram-se para dois objetivos bem definidos: a desregulamentação e a diminuição da área da administração prestadora de benefícios, ou da *non regulatory administration*, como lá é chamada.

Foi nesse contexto e sob a inspiração dessas idéias que se deu a supressão de número considerável de programas sociais e levou-se a pontos extremos o processo de desregulamentação de certos setores, como o aeronáutico, que culminou com a extinção, em 1985, de sua agência reguladora, o *Civil Aeronautic Board*, providência que não é absurdo pensar tenha tido alguma relação com os trágicos atentados de 11 de setembro.

De privatização não havia o que falar, pois a estatização de atividades até então reconhecidas como privadas ou a direta utilização da propriedade pública ou de entidades públicas como agentes econômicos jamais foi política adotada pelo Estados Unidos, apesar de algumas exceções importantes a essa regra, como é o caso da *Tennessee Valley Authority*. Esta posição de respeito à iniciativa e à propriedade privadas, resistindo aos conselhos keynesianos que recomendavam, em certas situações, uma intervenção pela ação direta do Estado no campo econômico, é mais uma ilustração eloqüente, entre muitas que poderiam ser invocadas, da solidez das convicções liberais imperantes naquele país.

IV. As privatizações no Brasil

13. No Brasil, os primeiros ensaios privatizantes apareceram no governo do Gen. João Figueiredo (1981-1984) com a edição do Decreto nº 86.215, de 15.07.81. Vinte empresas que estavam sob o controle da União (entre elas Riocel, América

16 Op. cit., p.6.

Fabril, Companhia Química Recôncavo) foram privatizadas, produzindo uma receita de 190 milhões de dólares.[17] No governo do presidente José Sarney (1985-1989) as privatizações abrangeram cerca de 18 empresas (entre elas a Companhia Brasileira de Cobre, a Caraíba Metais, a Aracruz e a Celulose Bahia), o que gerou um ingresso nos cofres da União no valor de 533 milhões de dólares.[18] Nesse período foi editado o Decreto n°95.886, de 29.03.88, que se referia a um programa federal de desestatização. Nos dois anos do governo Collor (1990-1992) as privatizações tomaram notável impulso. Foi editada a Lei n° 8.031, de 12.04.90, que instituiu o Programa Nacional de Desestatização, várias vezes modificada, até ser revogada e substituída pela Lei n°9.491, de 09.09.97. Sob a égide dessas leis, desde 1991, em governos sucessivos, 66 empresas e participações acionárias estatais federais foram privatizadas (entre as quais, no governo Itamar Franco, a Companhia Siderúrgica Nacional, um dos símbolos da era Vargas e, no governo Fernando Henrique Cardoso, a Companhia Vale do Rio Doce, duas das maiores empresas nacionais nos respectivos setores), gerando resultados consolidados da ordem 37,43 bilhões de dólares, até julho deste ano.[19]

A gestão de diversos serviços públicos ferroviários, portuários, de energia elétrica, de telecomunicações, de que a União é titular, também foi transferida ao setor privado, mediante concessão, permissão ou autorização. Nos Estados-membros, políticas análogas foram adotadas e implantadas.

14. A onda de privatizações, que rolou por todo o mundo, provocou no Brasil, como também em muitos outros países, um renascimento ou uma revivescência da concessão de serviço público, bem como dos dois outros instrumentos de delegação de gestão de serviços públicos, igualmente previstos na Constituição Federal, que são a permissão e a autorização. Para isso muito contribuiu a abolição do monopólio do Estado no setor de telecomunicações, que é um ramo da atividade econômica hoje altamente disputado em toda a parte[20].

As privatizações também deram causa, entre nós, ao ressurgimento das autarquias, qualificadas como especiais porque independentes, mas também porque investidas de poderes peculiares, sobretudo de poderes reguladores e, por isso mesmo, batizadas de "agências reguladoras", em homenagem ao símile norte-americano tomado como modelo.

17 Leopoldo Mameluque, *Privatização: Modernismo e Ideologia*, São Paulo, RT, 1995, p.17.

18 Idem, ibidem.

19 Estes dados constam do *site* do BNDES.

20 O inciso XI do art. 21 da Constituição Federal, na sua redação original, determinava caber à União "*explorar, diretamente ou* mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, *os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através de rede pública de telecomunicações explorada pela União*" (o destaque é nosso). A Emenda Constitucional n° 8, de 15.08.95, deu nova redação a esse inciso XI, que passou a viger com o seguinte enunciado: "*explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais*". Permitiu-se, assim, que a gestão daqueles serviços fosse delegada a particulares, mediante autorização, concessão ou permissão.

A maioria dessas agências reguladoras tem a função precípua de disciplinar e controlar a prestação de serviços públicos por particulares, a eles confiados mediante concessão, permissão ou autorização.

15. As privatizações estão assim estreitamente ligadas a um *turning point* do Direito Administrativo Brasileiro, em razão de sua aproximação, verificada nesse período, com o sistema jurídico americano[21]. Dessa aproximação resultou, entre outras coisas, a introdução, no nosso complexo normativo, não só de princípios extraídos do utilitarismo norte-americano, como o da eficiência,[22] erguido, pela Emenda nº 19/98, à condição de princípio constitucional a ser observado pela Administração Pública, mas também, já o vimos, de instituições típicas do Direito Administrativo estadunidense, como as agências reguladoras, ainda que embutidas em corpo trazido do direito europeu, como são as autarquias. Com elas veio, também, a inclinação de dar ao conceito brasileiro de serviço público conotação que o assemelhasse à noção de *public utilities*, vigente na *common law*.

V. Constituição Federal e os serviços públicos

16. O que nos toca aqui examinar é como ficou, dentro desse novo quadro, o exercício de funções públicas por particulares.

Não iremos considerar a vasta gama de situações em que a atividade privada visando fins de caráter privado submete-se, entretanto, a controles do Estado, aos seus poderes reguladores e sancionatórios ou, numa palavra, ao seu poder de polícia administrativa no sentido mais amplo que essa expressão possa ter, ora para que seja assegurado o *fair play* da concorrência entre empresas no mercado, ora para que se proteja e resguarde o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural, ora para que a atividade dos bancos e das instituições financeiras se realize dentro de pautas condicionadas pela legislação e pela política econômica do país, para ficarmos apenas em alguns exemplos bem conhecidos.

O tema é restrito àqueles casos em que a privatização implicou transferência aos particulares do exercício de funções públicas. É esta precisamente a hipótese prevista no § 1° do art. 2°, "b", da Lei n° 9.491, que considera desestatização "*a transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explora-*

21 Quanto à influência, no passado, do direito norte-americano sobre o direito administrativo brasileiro, veja-se, por todos o excelente estudo que Caio Tácito dedicou à *Presença Norte-Americana no Direito Administrativo Brasileiro*, especialmente no campo da fixação de tarifas, guiada pelo princípio do serviço pelo custo (*service at cost*), aqui recebido "especialmente no campo do aproveitamento industrial da energia hidroelétrica". Registra o autor que "*A marca do sistema norte-americano se fez, assim, presente, no Código de Águas e suas regras básicas ingressaram no plano constitucional a partir de 1934 e se repetiram nos textos sucessivos, até o atual*" (*Temas de Direito Público*, Rio, Renovar, 1997, vol. 1, pp. 13 e ss.)

22 Sobre as matrizes ideológicas do princípio da eficiência, vd.Horst Eidenmüller, *Effizienz als Rechtsprinzip*, Tübigen, Mohr Siebek, 1995, pp.22 e ss.

dos pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade".

17. Como se dá, porém essa transferência? Será ela, em todas as situações cogitadas pela legislação ordinária, transferência apenas da gestão dos serviços e não da sua titularidade, ou haverá casos em que, no Brasil, os particulares passaram a exercer serviços de interesse coletivo, autorizado, fiscalizado e regulado pelo Poder Público, mas em regime de concorrência e sem qualquer vínculo orgânico com o Estado? As respostas a essas indagações dependem do tratamento que a Constituição Federal deu ao conceito de serviço público.

Dos seus muitos preceitos concernentes ao serviço público creio, que os mais importantes são o do art. 175 e seu parágrafo único, que têm este enunciado:

"*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.*

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I — o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II — os direitos dos usuários;

III — política tarifária;

IV — a obrigação de manter serviço adequado".

Por essas normas, como se extrai facilmente da simplicidade de sua expressão verbal, a delegação da gestão de serviços públicos só se dá por duas maneiras: pela concessão ou pela permissão e sempre, em qualquer caso, mediante licitação. O procedimento licitatório como exigência prévia à delegação, tanto pela concessão como pela permissão, resguarda amplamente o princípio da igualdade.

O art. 175 está inserido em capítulo da Constituição que trata dos princípios gerais da atividade econômica. Não há dúvida, portanto, que os serviços públicos delegáveis mediante concessão ou permissão, sempre através de licitação, são aqueles de natureza comercial e industrial.

18. Inexiste, no preceito acima reproduzido menção a autorização de atividades ou serviços. Contudo, no art. 21, os incisos XI e XII declaram ser da competência da União "*explorar diretamente ou mediante* autorização, *concessão ou permissão*" os serviços ali referidos, e que são os de telecomunicações (inciso XI), de radiodifusão sonora, e de sons e imagens (inciso XII, a),[23] os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água (inciso XII, b), a navegação aérea, aeroespecial e infraestrutura aeroportuária (inciso XII, c), os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, o que transponham os limites de Estado ou Território (inciso XII, d), os

23 O art. 223 da CF volta a referir-se à autorização, ao declarar que "*compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal*".

serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (inciso XII, e), os portos marítimos, fluviais e lacustres (inciso XII, f).

Também o parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal alude a autorização, ao proclamar que "*é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de* autorização *de órgãos públicos, salvo nos casos previsto em lei*".

O que há de comum entre as regras do art. 21, XI e XII, e do art. 170, § 1°, é que todas elas se referem ao exercício de atividade econômica. Esta, em princípio, cabe aos particulares, como o afirma o art. 173 da Constituição Federal: "*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 definido em lei*".

19. O art. 173 é coerente com a livre concorrência, escolhida pelo art. 170, IV, para ser princípio da ordem econômica. Algumas das atividades econômicas de relevante interesse coletivo, a ponto de serem qualificadas como serviços públicos,[24] a Constituição, no art. 175, determinou que seriam exercidas diretamente pelo Poder Público, ou delegadas mediante concessão ou permissão, estas sempre precedidas de licitação, o que vale para a União, Distrito Federal, Estados e Municípios. Outros serviços, cujo substrato também consiste em atividade econômica (os do art. 21, incisos XI e XII) a Constituição prescreveu que poderiam ser exercidos diretamente pela União, ou mediante autorização, concessão ou permissão. Como se vê, nas situações previstas em "*numerus clausus*" nos incisos XI e XII do art. 21 só a União pode *autorizar* que terceiros exerçam aquelas atividades, as quais, entretanto, conforme as circunstâncias, poderá delegar sua prestação mediante concessão ou permissão. Não é de estranhar, assim, que a Constituição, ao cogitar de delegação de

24 Sempre me pareceu discutível a distinção radical que muitos administrativistas brasileiros fazem entre prestação, pelo Estado, de serviços públicos e de atividade econômica. Os primeiros estariam regidos pelo art. 175 da Constituição e a última pelo art. 173. Ora, essa separação absoluta — que melhor seria dizer oposição absoluta — entre as duas noções talvez tenha existido no século XIX. A partir, no entanto, do momento em que o Estado tomou para si a execução direta, ou mediante delegação de atividades econômicas de interesse coletivo, dando nascimento ao conceito de serviços públicos de natureza industrial e comercial, a linha divisória entre atividade econômica e serviço público tornou-se menos nítida, uma vez que a atividade econômica, até então reservada aos particulares, tornou-se a matéria de que eram feitos aqueles serviços públicos. Assim, será forçoso convir que o art. 173 da Constituição Federal refere-se exclusivamente a serviços públicos de natureza industrial e comercial, uma vez que a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. Na verdade se o Estado só pode atuar diretamente no campo econômico nessas duas hipóteses, que deverão ser ainda definidas em lei, não há dúvida de que quando tais atividades consistem em prestações feitas ao público, serão elas serviços públicos. Tal entendimento foi sufragado, aliás, pelo Supremo Tribunal Federal (RTJ 98/230 — RE n° 89.876, e RE n°205.193-4, rel. Min. Celso de Mello. Vejam-se os comentários sobre essas decisões em "*Nova Amplitude do Conceito de 'Domínio Econômico'*", de Fátima Fernandes Rodrigues de Souza e Patrícia Fernandes de Souza Garcia, *in Contribuições de Intervenção no domínio Econômico e Figuras Afins*, obra coordenada por Marco Aurélio Greco, São Paulo, Dialética, 2001, pp.85-86.

serviços públicos de natureza industrial ou comercial, da órbita dos Estados e Municípios, tenha silenciado quanto à autorização (p.ex., o art.25, § 2°, que cuida da competência dos Estados para explorar "*diretamente, ou mediante* concessão, *os serviços locais de gás canalizado*", e o art. 30,V, que trata da competência dos Municípios para "*organizar e prestar, diretamente ou sob regime de* concessão *ou* permissão, *os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial*").[25]

Em lugar de um lapso, uma impropriedade ou um "cochilo" do legislador constituinte, isto parece ser, antes, um forte indício de que sua intenção — que, no caso, se confunde com a própria *ratio legis* — foi a de possibilitar maior flexibilidade à atuação da União em face de certas atividades econômicas de interesse coletivo. A ela será dado escolher entre a execução direta da atividade ou do serviço ou permitir a execução por particulares, mediante autorização, concessão ou permissão.

20. Por uma interpretação *a contrario sensu* do art. 175 poder-se-ia entender que só seriam públicos os serviços prestados mediante concessão ou permissão. Assim, a execução, por terceiros, dos serviços e atividades referidos nos incisos XI e XII do art. 21, mediante autorização, induziria desde logo a conclusão ou de que aqueles serviços não eram públicos ou, embora públicos, seriam de algum modo distintos dos delegáveis mediante concessão ou permissão. Dizendo de outro modo: só estes últimos, os serviços delegáveis mediante concessão ou permissão, porque expressamente considerados pelo art. 175, seriam (a) serviços públicos, ou (b) serviços públicos *stricto sensu,* e os demais, executados mediante autorização, ou (a) não seriam serviços públicos, rompendo-se, assim o vínculo orgânico com o Estado, ou (b) seriam serviços públicos *lato sensu,* com características menos severas e subordinados a regime jurídico mais brando do que os vigentes para o serviço público em acepção estrita.

Conquanto um critério de definição de serviço público a partir das formas ou espécies pelas quais ele possa ser delegado a terceiros seja lógica e cientificamente insustentável, de qualquer maneira, a coexistência desses três termos, autorização, concessão e permissão, no corpo da Constituição, a qual não pode ter expressões incongruentes, excrescentes ou inúteis, obriga o intérprete a buscar o adequado sentido de cada um deles dentro do sistema.

Nessa tarefa, dever-se-á levar em conta que, especialmente em razão dos avanços tecnológicos verificados em certos setores, as atividades econômicas agrupadas em cada um dos distintos serviços referidos nos itens XI e XII do art.21 da Constituição não mais compõem sempre um bloco uniforme, de maneira que sua prestação mais eficiente pudesse também sempre ser realizada dentro de fôrmas idênticas, nos moldes tradicionais da execução direta pelo Poder Público, ou da delegação mediante concessão ou permissão, no velho regime de monopólio.

25 É óbvio, porém, que Distrito Federal, Estados e Municípios poderão exarar atos administrativos de autorização em todas as outras hipóteses em que eles são habitualmente utilizados: o que lhes está vedado é delegar a execução de serviços públicos mediante autorização. Só lhes cabe fazê-lo pela forma geral imposta pelo art. 175 da CF, sob as espécies de concessão e permissão, sempre precedidas de licitação.

Os serviços públicos fragmentaram-se, assumindo diversas formas, muitas das quais reclamam tratamento jurídico especial, ora mais severo, ora mais brando, ora com um peso maior de normas de direito público, ora com um peso maior de normas do direito privado. Existem modalidades desses serviços cujo modo de prestação ideal é a que resulta da livre concorrência num mercado que é, em princípio aberto, mas que pode e deve sofrer, sempre que necessário ou conveniente, intervenções do Estado, para afeiçoá-lo ao interesse público. Mas é certo, igualmente, que existem outras modalidades de atividade, aquelas exercidas em "rede", (p. ex. telecomunicações, energia elétrica, gás, ferrovias) em que o regime do monopólio é praticamente inevitável, comportando, por vezes combinações com o da concorrência. Assim, nos setores de transmissão e distribuição de energia elétrica, pode-se dizer que o monopólio natural é uma conseqüência necessária da racionalidade e das exigências econômicas, pois não teria sentido que existissem várias redes paralelas ou superpostas. Modernamente, todavia, compatibilizam-se os interesses do proprietário da rede com o interesse geral, quando este for mais bem atendido pela concorrência, impondo àquele a obrigação de dar acesso à rede a outros prestadores de serviços, garantindo-se, assim, o regime de competição.[26]

De outra parte, nos setores da geração e comercialização, a concorrência tem se revelado muito mais vantajosa do que o monopólio.

21. Feita esta observação, voltemos ao exame da natureza jurídica daqueles três institutos, para verificar se as disposições a eles concernentes, constantes dos vários atos normativos editados no plano da legislação ordinária, dentro da moldura da reforma e da modernização do Estado, se ajustam às normas constitucionais relativas aos serviços públicos. Tendo em vista que aquelas disposições contemplam, em maior ou menor medida, modificações operadas em todo o mundo no plano dos fatos econômicos, atinentes à prestação de atividades e serviços de interesse coletivo, a análise a que nos propomos busca o objetivo de apurar sobretudo os pontos sensíveis gerados pela introdução de tais modificações no nosso direito positivo quando confrontadas com a Constituição Federal.

Começo por registrar que houve, inicialmente, resistência da doutrina em admitir que a permissão, tradicionalmente vista como ato administrativo, se houvesse transformado em contrato administrativo, passando a ter a mesma índole da concessão de serviço público.

Os termos do art. 175, e seu parágrafo único, da Constituição Federal não davam, entretanto, qualquer apoio à tese da permissão concebida como ato administrativo, uma vez que deveria ser precedida de licitação, aludindo-se, ainda, ao tratar a norma do regime das empresas concessionárias e permissionárias, ao "*caráter especial de seu contrato*" e às condições "*de rescisão da concessão ou permissão*".

26 Foi esta a solução adotada, p. ex., no art. 155 da Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9472/97): "*Para desenvolver a competição, as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo deverão, nos casos e condições fixados pela Agência, disponibilizar suas redes a outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo*".

Quanto à autorização, porém, nunca houve dúvida que se tratasse de ato administrativo, muito embora se pudesse e se possa questionar, em face do princípio da igualdade, a existência de discricionariedade na escolha de quem irá executar os serviços por esse modo delegados pela União.

22. Cumprindo o mandamento inscrito no art. 175 da Constituição Federal, foi editada a Lei n°8.987, de 13.02.95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, logo complementada pela Lei n°9.074, de 7.07.95, cujas regras referem-se, principalmente, aos serviços de energia elétrica, de que igualmente se ocupam as Leis n°s. 9.427, de 26.12.96 e 9.648, de 27.05.98. Os serviços de telecomunicações, no que concerne à delegação de sua gestão a particulares, mereceram tratamento peculiar na Lei n°9.472, de 16.07.97. E a Lei n°10.233, de 05.06.01 dispôs sobre a reestruturação do transporte aquaviário e terrestre. São estes os principais diplomas legislativos que, inseridos no conjunto de providências destinadas à reforma e modernização do Estado, cogitaram, no Brasil, das novas modalidades de delegação a particulares de serviços públicos de índole industrial ou comercial. Nesse mesmo sentido, outros atos normativos estão em elaboração, como o que visa a reestruturar a atividade de correios. Característica comum a todos eles é o propósito de abrir espaço à concorrência, à competição e ao mercado na prestação de serviços públicos de natureza econômica. Quase sempre por esta razão, alguns desses preceitos recentemente incorporados ao direito positivo brasileiro deram causa a dúvidas quanto a sua constitucionalidade, como teremos ocasião de mostrar.

23. A Lei n°8.987/95, no art. 40, define a permissão de serviço público como "*contrato de adesão*", acentuando sua "*precariedade*" e "*revogabilidade unilateral*" pelo poder concedente. Muitos viram nestas notas caracterizadoras do contrato de permissão de serviço público uma contradição nos seus próprios termos.

Como um contrato poderia ser precário e, além, disso, a qualquer tempo revogável ou suscetível de denúncia pelo poder concedente?

A resposta definitiva a essas objeções está, a meu ver, na consideração de que, também no direito privado, onde o contrato é menos suscetível de ser modificado pelas partes do que no direito público, o comodato, quando estipulado sem prazo certo, pode ser livremente denunciado, o que revela sua precariedade, mas de nenhum modo serve para desqualificá-lo como contrato.[27]

Por sua vez, a Lei Geral das Telecomunicações (Lei n°9.472/97), no art.118, parágrafo único, conceitua a permissão como sendo "*o ato administrativo pelo qual se atribui a alguém o dever de prestar serviço de telecomunicações no regime público e em caráter transitório, até que seja normalizada a situação excepcional que a tenha ensejado*".

Conquanto no Direito Administrativo brasileiro inexista consenso, na doutrina e na jurisprudência, quanto à noção de ato administrativo — entendendo uns que esse conceito abrange os atos bilaterais, como os contratos, outros que compreende

27 Endossamos, neste particular, a posição sustentada por Pedro Henrique Poli de Figueiredo, *A Regulação do Serviço Público Concedido*, Porto Alegre, Síntese, 1999, p.22, nota 15.

também os atos normativos, enquanto outros ainda sustentam, na linha do direito alemão, que os atos administrativos são apenas os atos unilaterais, especiais ou concretos — a inserção, no texto legal, da expressão "ato administrativo" autorizaria a que se pensasse na intenção do legislador de insinuar no corpo da lei a antiga e pode-se até mesmo dizer clássica concepção da permissão como ato jurídico unilateral.

Tal interpretação teria, porém, contra si a regra do art. 175, parágrafo único, da Constituição que, como vimos, confere à permissão a natureza de contrato.

Com o preceito constitucional está, no entanto, em consonância a Lei n°9.472/97, pois, logo adiante, no art. 119, ao exigir procedimento licitatório para a permissão e, no art. 120, prescrever a assinatura pelas partes de termo cujo conteúdo deverá ser minuciosamente discriminado quanto aos diversos itens que estão indicados naquela mesma norma, induvidosamente em tudo identifica a permissão de serviço público como contrato, cortando qualquer tentação de uma leitura do presente com os olhos do passado.

24. No pertinente à autorização, a Lei n°8.987/95 dela não cogita. A Lei n°9.074/95, no art. 6°, preceitua que as usinas termelétricas destinadas à produção independente poderão ser objeto de autorização, o art. 7° explicita que são objeto de autorização a implantação de usinas termelétricas e o aproveitamento de potenciais hidráulicos, em conformidade com os limites ali estabelecidos, destinados ao uso exclusivo de autoprodutor, e, no art. 9°, faculta ao poder concedente regularizar, mediante outorga de autorização, o aproveitamento hidrelétrico existente na data da publicação daquela Lei. O art. 20, por fim, tão-somente contém regra transitória sobre a prorrogação de antigas autorizações e concessões.

Ainda no tocante à energia elétrica e ao instituto da autorização, o art. 26 da Lei n°9427/96 declara dependerem de autorização da ANEEL: "*I — o aproveitamento de potencial hidráulico de potência superior a 1.000kw e igual ou inferior a 30.000 kw, destinado à produção independente ou auto produção, mantidas as características de pequena central hidrelétrica; II — a compra e venda de energia elétrica, por agente comercializador; III — a importação e exportação de energia elétrica, bem como a implantação dos respectivos sistemas de transmissão associados; IV — a comercialização eventual e temporária, pelos autos produtores, de seus excedentes de energia elétrica.*"

A autorização destinada ao uso exclusivo do autoprodutor manifestamente não caracteriza delegação de serviço público, pois a delegação endereça-se à "exploração" do serviço público. "Exploração", na leitura que fazemos dos incisos XI e XII do art. 21 da Constituição Federal, importa "execução" ou "prestação" de serviços públicos que, como tais, se destinam a serem utilizados pelo público em geral. No caso do autoprodutor, quando há uso exclusivo, ele gera a energia e ele é o único consumidor. Tal serviço, inequivocamente, é privado e não público, pois é um serviço que o produtor presta a si próprio.

Contudo, neste particular, ter-se-á de levar em conta que o autoprodutor pode comercializar o excedente da energia por ele produzida, desde que eventualmente e em caráter temporário, o que depende também de autorização (art. 26, IV).

Seria ele, então, neste caso, prestador de serviço público, valendo a autorização como ato de delegação? Entendo que sim. A comercialização de energia elétrica constitui prestação de serviço de interesse geral, tendo vínculo orgânico com o Estado, tanto que se faz necessário ato de autorização. Por certo, a continuidade está intimamente ligada à noção de serviço público. Bem por isso é que Rolland, a quem são atribuidas as célebres "leis do serviço público" (mutabilidade, continuidade e igualdade), considerava que o mais importante dos três princípios era o da continuidade[28]. A ele se refere o art. 6°, § 1° da Lei n°8.987/95, na configuração do conceito de "serviço adequado", a que alude o parágrafo único do art. 175 da Constituição Federal. Na expressão "serviço adequado" o que é atingido pela ausência ou pelas falhas na continuidade do serviço é o adjetivo e não o substantivo. Mesmo descontínuo o serviço público não deixa de ser serviço público, muito embora dele não se possa afirmar que seja "serviço adequado".[29]

25. É necessário, entretanto, conciliar o ato administrativo de autorização, que é exigido para o autoprodutor de energia elétrica comercializar seus excedentes, com o princípio da igualdade.

Só não haverá lesão ao princípio da isonomia, como é óbvio, se a agência der o mesmo tratamento aos que estiverem em igual situação e pleitearem autorização.

Há, pelo menos, duas maneiras de se proceder para assegurar a integridade da norma isonômica: atribuir à autorização a natureza de ato vinculado ou, se isto não for possível ou conveniente para a Administração Pública, submetê-la a prévia licitação, caso esta não seja inexigível ou dispensável, na forma da lei.

Não foi outra, nas grandes linhas, a solução dada na Lei Geral de Telecomunicações, como logo adiante veremos.

O que não pode nunca ser esquecido é que a circunstância de a Constituição exigir licitação apenas nas hipóteses de concessão ou permissão não pode dar lugar ao entendimento de que, ao exarar ato de delegação de serviço público sob a forma de autorização, esteja a Administração Pública desobrigada da observância e do cumprimento do princípio da igualdade.

A autorização outorgada ao produtor independente, que irá gerar e comercializar a energia por ele produzida submete-se também a estas imposições.

O produtor independente de energia elétrica está definido no art.11 da Lei n° 9.074/95 da seguinte forma: "*Considera-se produtor independente de energia elétrica a pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização do poder concedente para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco. Parágrafo único — O produtor independente de energia elétrica está sujeito a regras opera-*

28 Vd. René Chapus, op. cit., p.493. É também Chapus quem observa: "*Ces principes sont intimement liés à l'essence même du service public, ou, en d'autres termes, à son activité de plus grand service*" (p.489).

29 René Chapus, a este propósito, agudamente registra que as alterações verificadas nos três princípios dos serviços públicos a que se referia Rolland, implica uma "baixa de qualidade" dos serviços (op. cit., p.489).

cionais e comerciais próprias, atendido o disposto nesta Lei, na legislação em vigor e no contrato de concessão".

A Lei, entretanto, nada esclareceu quanto às hipóteses em que os serviços seriam delegados mediante concessão ou mediante autorização. Tal omissão, como foi observado, tem propiciado "*que, na maior parte das vezes, os competidores não necessitam realizar processo licitatório para obter a aquiescência da União quanto à prestação do serviço. Valendo-se da autorização, não há necessidade de licitação prévia*"[30].

Ora, é inadmissível que no atual estágio de compreensão do Estado Democrático de Direito, possa entender-se como legítima a outorga da prestação de serviço público por particulares mediante ato discricionário, sem qualquer consideração pelo princípio da igualdade, mormente quando em outros casos, também de delegação a produtores independentes, a Administração Pública lança mão do instituto da concessão, a qual, como diz a Constituição, é sempre precedida de licitação.

Também aqui torno a insistir que a única forma de compatibilizar o emprego da autorização, no caso de delegação a produtor independente, com a norma constitucional da igualdade, seria atribuir-lhe a natureza de ato vinculado, como admitido na Lei Geral de Telecomunicações, ficando a concessão, caso o Poder Público não se decidisse desde logo por essa forma de delegação, para aquelas hipóteses em que não fosse possível, por razões objetivas, atender a todos os pedidos de autorização.[31]

Aproveito para realçar que a figura do produtor independente, concebida e estimulada, nos Estados Unidos, pelo *Public Utility Regulatory Act*, de 1978, e que tinha por objetivo principal encorajar novas formas de geração de energia (eólia, geotérmica, solar etc), acabou constituindo notável meio de desenvolvimento de produção de energia baseada no gás natural, obtendo significativo sucesso naquele país, como afirma reputado especialista, pois "*nos últimos quinze anos um terço das novas instalações construídas são de produtores independentes*".[32]

A Lei nº 9.074/95, ao incentivar a concorrência no setor de energia elétrica e ao disciplinar as opções de compra de energia elétrica por parte dos consumidores (Seção III), favoreceu os produtores independentes no art. 15, ao determinar que "*respeitados os contratos de fornecimento vigentes, a prorrogação das atuais e as novas concessões serão feitas sem exclusividade de fornecimento de energia elétrica a consumidores com carga igual ou maior que 10.000 kw, atendidos em tensão igual ou superior a 69 KV, que podem optar por contratar seu fornecimento, no todo ou em parte, com produtor independente de energia elétrica*".

30 Carlos Fernando Souto e Gustavo Kaercher Loureiro, *O Novo Modelo do Setor Elétrico Brasileiro e as Cooperativas de Eletrificação Rural*, Porto Alegre, Liv. do Advogado, 1999, p.33.

31 É importante destacar, a esta altura, que, como dispõe do Decreto nº 2.655/98, no seu art. 2º, "*às atividades de geração e comercialização de energia, inclusive sua importação e exportação, deverão ser exercidas em caráter competitivo, assegurados aos agentes econômicos interessados o livre acesso aos sistemas de transmissão e distribuição, mediante o pagamento dos encargos correspondentes e nas condições gerais estabelecidas pela ANEEL*".

32 Christian Stoffaës, *Électricité: Le Service Public en Perspective Historique*, em *L'Idée de Service Public Est-Elle Encore Soutenable?*, op. cit., pp. 131 e ss.

26. No sistema da Lei n°9472/97 — a Lei Geral das Telecomunicações — a autorização ganhou apreciável relevo.

Aquele ato normativo distingue dois regimes jurídicos básicos sob os quais podem ser prestados os serviços de telecomunicações por particulares: o regime público e o regime privado. Prevê, também, que modalidades de serviços de telecomunicações possam ser prestados "*concomitantemente nos regimes público e privado*" (art. 65). Quando a delegação do serviço é feita para ser prestado em regime público, os instrumentos jurídicos são a concessão ou a permissão, quando em regime privado, a autorização. Relativamente aos primeiros, aos serviços prestados em regime público, os arts. 63 e 64 da Lei n°9.472/97 atribuem à prestadora as obrigações de universalização e de continuidade dos serviços de telecomunicações, esclarecendo serem eles, nesta hipótese, de interesse coletivo, compreendendo "*as diversas modalidades do serviço telefônico fixo comutado, de qualquer âmbito, destinado ao uso do público em geral*". Trata-se aqui, efetivamente, de serviço público na sua acepção tradicional no direito brasileiro, conquanto no enunciado da regra se haja introduzido a exigência de universalização, de origem anglo-americana, e adotada também, com grande ênfase, como já se viu, no direito comunitário europeu, num contexto de liberalização e de livre concorrência.[33] Os deveres ou obrigações de universalização e de continuidade dos serviços são impostos pelo Estado ao seu prestador na intenção de assim procurar atingir, da forma mais ampla possível, a coesão social e do território, de sorte a assegurar que grupos de pessoas ou partes do território não fiquem excluídos dos serviços, cujo acesso deverá ser facilitado aos usuários pelos níveis módicos ou razoáveis dos preços cobrados.[34] Para a cober-

33 Vd. Arnaud Raclet, *Droit Communautaire des Affaires et Prérogatives de Puissance Publique Nationales*, Paris, 2002, Dalloz, p.343: "*Ces grands principes du "service universel" sont, avant tout, des principes de solidarité qui visent à préserver des espaces de cohésion dans la perspective d'un environnement pleinement libéralisé où l'accès aux biens et services utilitaires est toujours subordonné au paiement d'un prix. Ils pallient le risque de voir naître une "societé à deux vitesses". En effet, ils maintiennet, tout d'abord, la cohésion sociale en garantissant l'accès des moins favorisés ou des indigents à certains services essentiels (lutte contre l'exclusion par l'argent). Ils garantissent, ensuite, la cohésion territoriale en prévoyant des conditions d'égal accès sur l'ensemble du territoire concerné (lute contre l'enclavement géographique). Enfin, ils impliquent une cohésion permanente et durable, qui garantit la possibilité d'accéder à un même bien ou service à tout moment*".

34 A Lei n°9.472/97 define as obrigações de universalização e de continuidade nos parágrafos 1° e 2° do seu art. 79, nos seguintes termos: "*§ 1° Obrigações de universalização são as que objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição sócio-econômica bem como as destinadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público. § 2° Obrigações de continuidade são as que objetivam possibilitar aos usuários dos serviços sua fruição de forma ininterrupta, sem paralisações injustificadas, devendo os serviços estar à disposição dos usuários, em condições adequadas de uso*". Além disso, o art. 80, assim preceitua: "*As obrigações de universalização serão objeto de metas periódicas, conforme plano específico elaborado pela Agência e aprovado pelo Poder Executivo, que deverá referir-se, entre outros aspectos, à disponibilidade de instalações de uso coletivo ou individual, ao atendimento de deficientes físicos de instituições de caráter público ou social, bem como de áreas rurais ou de urbanização precária e de regiões remotas*".

tura das despesas decorrentes da universalização dos serviços de telecomunicação, a par de outras fontes de recursos, previu-se a constituição de um fundo, "*para o qual contribuirão prestadoras de serviços de telecomunicações nos regimes público e privado, nos termos da lei*" (art. 81, II).

A circunstância de serem os serviços de telecomunicação de interesse coletivo não implica necessariamente devam eles ser prestados em regime público. Só quando modalidades de serviços de interesse coletivo forem essenciais e sujeitas a deveres de universalização é que sua exploração não será feita apenas em regime privado (art. 65, § 1°).

Referentemente aos serviços prestados em regime privado, que, *a contrario sensu* do disposto parágrafo único do art. 64, compreendem os de telefonia móvel, diz o art. 131 da lei que sua exploração dependerá de prévia autorização da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), definindo, no § 1°, a autorização nos seguintes termos:

"*Autorização de serviços de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias.*"

Sendo ato vinculado, preenchidas as condições subjetivas e objetivas indicadas, respectivamente, nos arts.132 e 133, qualquer empresa, salvo motivo relevante (art. 128, II), terá direito subjetivo público à obtenção de autorização para prestação de serviços de telecomunicações em regime privado, o que evidencia que, na verdade e à luz de antiga doutrina consolidada no Direito Administrativo brasileiro, trata-se efetivamente de *licença* e não de autorização.

Não haverá, portanto, em princípio, limite ao número de autorizações de serviço, "*salvo caso de impossibilidade técnica ou, excepcionalmente, quando o excesso de competidores puder comprometer a prestação de uma modalidade de serviço de interesse coletivo*" (art. 136).

A ANATEL determinará, nessa hipótese, "*as regiões, localidades, ou áreas abrangidas pela limitação e disporá sobre a possibilidade de a prestadora atuar em mais de uma delas*" (art.136, §1°). As prestadoras serão selecionadas, em tal caso, mediante procedimento licitatório (art. 136, § 2°), com o que resta observado o princípio isonômico.

Obtida, entretanto, a autorização, a prestadora de serviço em regime privado "*não terá direito adquirido à permanência das condições vigentes quando da expedição da autorização ou do início das atividades, devendo observar os novos condicionamentos impostos por lei e pela regulamentação*" (art.130).

A exploração de serviço de telecomunicações no regime privado, afirma o art. 126, "*será baseada nos princípios constitucionais da atividade econômica*", devendo sua disciplina garantir, entre outras exigências, "*a diversidade de serviços, o incremento de sua oferta e sua qualidade*", "*a competição ampla, livre e justa*", "*o cumprimento da função social do serviço de interesse coletivo, bem como dos encargos dela decorrentes*", e "*a permanente fiscalização*" (art.127, I,II,VIII e X).

Ao impor condicionamentos administrativos ao direito de exploração das diversas modalidades de serviço no regime privado, a ANATEL "*observará a exigência de mínima intervenção na vida privada*", devendo assegurar que "*a liberdade será*

a regra, constituindo exceção as proibições e interferências do Poder Público" (art.128 e inciso I), bem como livre será também, em princípio, o preço dos serviços (art. 129).

O complexo de normas atinentes à exploração das telecomunicações "em regime privado", precedida de autorização, caracterizada como ato administrativo vinculado, tem dado ensejo a acirrada polêmica entre os especialistas brasileiros, que increpam de inconstitucionais muitas das regras jurídicas acima transcritas, porque incompatíveis com as normas da Constituição Federal pertinentes aos serviços públicos.[35]

27. Será possível a prestação de serviço público em regime privado? A Constituição Federal, no seu art. 236, que trata dos serviços notariais e de registro, declara que eles "*são exercidos em caráter privado, por delegação do poder Público*"[36]. Analogamente, os serviços públicos delegados aos concessionários e permissionários do setor privado são por eles exercidos em caráter privado, por sua conta e risco. Em ambos os casos, porém, não há ampla abertura ao mercado, com liberdade de acesso à atividade pelos interessados, uma vez preenchidos os requisitos exigidos, e com liberdade, também, para a fixação dos preços dos serviços. Por certos, no regime das concessões de serviços públicos estimulou-se, quando possível, uma certa concorrência, mas sempre em termos muito limitados. A Lei n°8.987/95 determina, efetivamente, no seu art.16, que "*a outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica*", em consonância com o disposto no art.7°, III, que arrola entre os direitos dos usuários o de "*obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso*". A própria exigência de licitação já demonstra, entretanto, restrição no acesso dos interessados à prestação dos serviços, a qual, via de regra, não é disciplinada, pelo menos preponderantemente, pelo mercado, mas sim pelo poder concedente, mediante a respectiva agência reguladora. Para ilustrar o que se afirmou, ninguém discutirá que seria inconcebível, por exemplo, que serviços urbanos de transporte coletivo de passageiros fossem delegados a todas as empresas interessadas na sua prestação, desde que implementados alguns requisitos objetivos e subjetivos. Isto instituiria o caos dentro das cidades.

35 As principais críticas, que mais adiante examinaremos, estão referidas no excelente trabalho de Dinorá Adelaide Musetti Grotti, *Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação*, incluído em *Direito Administrativo Econômico*, publicação coordenada pelo Prof. Carlos Ari Sundfeld, São Paulo, Malheiros, 2000, pp.39 e ss.

36 Este constitui um dos grandes paradoxos do direito brasileiro, um caso de força de inércia do direito antigo, que o faz sobrepor-se ao novo. Apesar de o atual preceito constitucional declarar que os notários e registradores exercem atividade pública delegada, em caráter privado, o que logicamente os exclui da execução direta daqueles serviços públicos — diferentemente da situação existente na vigência da Constituição anterior, em que as funções notariais e registrais eram estatais e indelegáveis — a jurisprudência, inclusive a dos tribunais superiores, STF e STJ, tem inexplicavelmente persistido no entendimento de que notários e registradores são servidores públicos, a eles se aplicando, por exemplo, as normas constitucionais sobre acumulação de cargos, funções e empregos públicos, bem como as pertinentes à aposentadoria.

Em outras espécies de serviços, como os de telefonia móvel, a experiência nos Estados Unidos e na Europa tem demonstrado que a prestação em regime de concorrência e num mercado em que se admite grande liberdade, embora esta não seja total, é extremamente conveniente para os usuários, tanto no que tange à qualidade dos serviços como com relação aos preços cobrados.

Há hipóteses que são intermediárias entre as duas que acabamos de referir. A Lei Geral de Telecomunicações (Lei n°9.472/97), no seu art. 104, estatui que "*transcorridos ao menos três anos de celebração do contrato, a agência poderá, se existir ampla e efetiva competição entre as prestadoras do serviço, submeter a concessionária ao regime de liberdade tarifária*". A concessionária poderá determinar suas próprias tarifas, tendo, entretanto o dever de comunicá-las à agência até sete dias antes de sua vigência (art.104 §1°). Se houver aumento arbitrários dos lucros ou práticas prejudiciais à competição, a agência deverá restabelecer o regime tarifário anterior, sem prejuízo das sanções cabíveis (art. 104, § 2°).

28. Na verdade, portanto, o que se questiona é se serviços públicos podem, no Brasil, em face dos que dispõe a Constituição, ser exercidos por particulares em regime de livre concorrência.

Quanto a este tema, a primeira ponderação a ser feita é a de que a concorrência, na exploração em regime público ou privado de serviços de telecomunicação, ou de quaisquer outros serviços públicos, não é, no Brasil, totalmente livre ou regulada apenas pelas inclinações do mercado. O Estado tem sempre a possibilidade de interferir. Trata-se, portanto, de uma liberdade permanentemente vigiada pelo Poder Público, que, pela agência reguladora, tem meios de intervir no sentido de preservar o interesse público quando ameaçado.

É de intuitiva evidência, porém, que tais poderes de fiscalização, controle e de intervenção serão maiores nos casos de delegação dos serviços em regime público, e menores quando o regime for privado. Muito especialmente na prestação dos serviços em regime privado, as intervenções deverão observar o princípio constitucional da proporcionalidade, no seu tríplice aspecto de adequação, necessidade e proporcionalidade em senso estrito[37], daí resultando que o Poder Público, dentre as medidas interventivas possíveis, deverá sempre eleger a mais branda (Lei n°9.472/97, art.128, *caput*, e incisos I, III a V), o que significa dizer a que menos interfira na liberdade de concorrência e de fixação de preços.

As sanções administrativas aplicáveis ao prestador do serviço em regime privado podem consistir em advertência, multa, suspensão temporária e caducidade (Lei n°9.472, art. 173). No tocante a esta última, prescreve a Lei que no caso de "*prática de infrações graves, de transferência irregular da autorização ou de descumprimento reiterado de compromissos assumidos, a Agência poderá extinguir a autorização, decretando-lhe a caducidade*" (art.140). Por outro lado, mesmo sem culpa do pres-

37 Sobre o princípio da proporcionalidade, veja-se, na literatura nacional, sobretudo, Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Malheiros, 1993, pp.314 e ss. e Humberto Bergman Ávila, *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*, RDA, 215/151-179.

tador do serviço, a autorização poderá ser extinta, por cassação, "*quando houver perda das condições indispensáveis à expedição ou manutenção da autorização*" (art.139) ou por decaimento, quando, "*em face das razões de excepcional relevância pública, as normas vierem a vedar o tipo de atividade objeto da autorização ou a suprimir a exploração no regime privado*" (art.141).

29. O variado instrumental normativo, regulador, sancionatório e interventivo de que dispõe a agência relativamente aos serviços de telecomunicação delegados pela União mediante autorização, para serem exercidos em regime privado, bem evidencia que o regime jurídico que disciplina a prestação daqueles serviços é, na verdade, um regime jurídico especial.

Utilizando distinção feita por Ruy Cirne Lima[38], pode dizer que esse regime, *quoad extra*, no tocante às relações estabelecidas com os usuários, é predominantemente de direito privado, mas *quoad intra*, no concernente às relações entre o delegante e o delegado, é de direito público, sendo, assim, de qualquer modo, visualizado o regime em seu conjunto, exorbitante do direito comum, o que bastará para qualificá-lo como especial, ou como de Direito Privado Administrativo, como preferimos dizer.

Parece-nos, pois, que o serviço de telecomunicações prestado em regime privado, por várias empresas concorrentes, com liberdade para fixação de preços, não deixa, só por isso, de ser serviço público, uma vez que é de interesse geral, prestado mediante delegação do Poder Público e sujeito a regime jurídico especial. Reúne, em conseqüência, os requisitos que integram o conceito de serviço público. É dispensável dizer que, em se tratando se serviços prestados em regime público, mesmo quando há competição ou concorrência entre os prestadores, o vínculo orgânico com o Estado é ainda mais saliente, assim como a natureza pública do regime jurídico a que estão submetidos.

30. Tem sido alegado, entretanto, que o conceito de autorização, usado na legislação ordinária, principalmente na Lei Geral das Telecomunicações, seria inconciliável com a Constituição, pois não seria autorização, que é ato discricionário, e sim licença, que é ato vinculado, como assente na doutrina brasileira. A Constituição Federal deveria, assim ser interpretada em conformidade com a doutrina nacional de Direito Administrativo.

Já vimos, entretanto, que a Constituição Federal também emprega o termo "autorização" no parágrafo único do seu art. 170, ao assegurar "*a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos salvo nos casos previstos em lei*". A lei, entretanto, deverá especificar as condições para a expedição da autorização, as quais, uma vez preenchidas, irão gerar para o interessado o direito subjetivo à obtenção da "autorização", que aí, como ato vinculado, será, na verdade, licença.

Aliás, nos casos em que a atividade é, em princípio lícita, mas depende de um exame prévio da Administração Pública para que possa ser exercida, geralmente o ato administrativo que permite o desempenho da atividade tem a natureza de licença.

38 *Pareceres*, Porto Alegre, Sulina, 1963, pp. 18 e ss.

É o que se dá, por exemplo, com a licença para construir. Não é diferente com a "autorização", (*rectius*, licença) para exercer atividade econômica, do parágrafo único do art. 170. Isso vale até mesmo para aqueles casos em que atividade pode acarretar riscos para a coletividade, como ocorre com as instalações de obras ou atividades potencialmente poluidoras, as quais necessitam de licenças, referidas na Lei n°6.938, de 31 de agosto de 1981 (arts.9, IV, e 10).

Em outras situações, a Constituição emprega a palavra "autorização" sem lhe definir desde logo o sentido, como sucede no art. 176 e seus parágrafos, ao tratar da pesquisa e lavra de recursos minerais e do aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica, limitando-se a prescrever que "*a autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado*". Ficou, portanto, ao legislador ordinário a tarefa de atribuir ao conceito de "autorização" contornos mais definidos, os quais tanto poderão caracterizá-la como ato discricionário, quanto como ato vinculado, e, pois, como licença.

A autorização, como ato administrativo de exercício de competência discricionária, tem adequação, sobretudo, àqueles casos em que há uma proibição genérica, a qual, entretanto, em situações especiais, a juízo da autoridade administrativa, poderá se levantada (p.ex., autorização para o porte de arma). Já se vê que a licença possui um significado prático muito maior do que a autorização.

Aliás, na compreensão que se tem hoje do Estado Democrático de Direito, em que os princípios jurídicos, como o da igualdade, o da razoabilidade, o da proporcionalidade, passaram a desempenhar papel de grande importância na definição dos direitos dos indivíduos e na identificação dos limites do poder do Estado, restringiu-se consideravelmente a competência discricionária da Administração Pública para edição de atos administrativos concessivos de vantagens e benefícios aos particulares, categoria a que pertencem as autorizações. Em face do princípio da igualdade, terá o Estado sempre de encontrar um fator ou critério razoável de discriminação que justifique ter atribuído a "A" o que negou a "B".

Na delegação de serviços públicos, a exigência de prévia licitação para a concessão e a permissão satisfaz ao princípio isonômico. Mas o mesmo não se poderá dizer, pelo menos em muitas hipóteses, relativamente à autorização, concebida como ato de exercício de competência discricionária. O ato administrativo de delegação de serviço público, como ato vinculado, afasta a dificuldade, conformando-o com a regra constitucional da igualdade.

Estas considerações são suficientes para relembrar que se deve começar a interpretar a Constituição a partir da própria Constituição. Por certo, se a Constituição ao usar determinada expressão ou conceito o faz invariavelmente no sentido que lhe atribui a doutrina, ao qual não se contrapõem princípios contidos, expressa ou implicitamente na própria Constituição, poder-se-á daí tirar acertadamente a conclusão de que a Constituição incorporou ao seu texto conceito em sentido rigorosamente técnico-jurídico. Ocorre, porém, que nem todos os conceitos jurídicos são unívocos e aceitos indiscrepantemente na doutrina. Por outro lado, no ponto que nos interessa, parece ter ficado claro que a Constituição nem sempre emprega a palavra "autorização" como sinônimo de ato administrativo discricionário, concessivo de alguma vantagem, geralmente a título precário. Ou, com outras palavras, o conceito consti-

tucional de "autorização" é mais amplo do que o corrente no direito administrativo nacional, compreendendo tanto atos discricionários, como atos vinculados, que a doutrina chama de licença.

Seguindo essa linha de pensamento, chega-se a perceber que a autorização para prestar serviço público de telecomunicações em regime privado, com a natureza de ato vinculado, como prevista na legislação ordinária, está em perfeita harmonia com a Constituição, não só no que tange às disposições do inciso XI, do art. 21, como também com o princípio da igualdade.

31. Não se deve, entretanto, confundir a "autorização", ato de delegação de serviço público, com a "autorização" de certas atividades que, embora possam ter a aparência de serviço público, não implicam satisfação de interesses gerais ou coletivos (e, por isto mesmo não é serviço público), mas visam a atender, exclusiva ou principalmente, interesses privados. Está nesse caso, por exemplo, o serviço de transporte coletivo de passageiros, mantido por uma fábrica, destinado exclusivamente ao transporte de seus empregados para o seu local de trabalho, ainda que prestado com regularidade, hipótese que se subsume na norma do art. 2°, § 3°, III, da Lei n°9.074/95. Não sendo serviço público, a autorização que é exigida para esse tipo de transporte não implica, é claro, delegação de serviço público, mas constitui providência administrativa cujo significado principal parece ser o de cooperar com a fiscalização dos transportes públicos, facilitando a distinção entre o que é feito regularmente e o que é prestado em caráter clandestino.

32. A Lei n° 10.233, de 05.06.01, que dispõe sobre a reestruturação do transporte aquaviário e terrestre, no art. 12, III, "a" e "b", declara que a autorização é necessária para "*transporte rodoviário de passageiros sob regime de afretamento*" e para "*a construção e operação de terminais portuários privativos*".

O art. 43 aponta como características da autorização não depender de licitação (inciso I), ser exercida "*em liberdade de preços dos serviços, tarifas e fretes e em ambiente de aberta e livre competição*" (inciso II) e não ter "*prazo de vigência ou termo final, extinguindo-se pela sua plena eficácia, por renúncia, anulação ou cassação*" (inciso III). Diz o art. 44 que a autorização "*será disciplinada em regulamento próprio pela agência e será outorgada mediante termo que indicará*", entre outras coisas, "*as condições para sua adequação às finalidades de atendimento ao interesse público, à segurança das populações e à preservação do meio ambiente*" (inciso II), bem como "*as condições para cassação ou anulação*" (inciso III).

A hipótese de transporte rodoviário de passageiros em regime de afretamento diz respeito a serviço que, muito embora seja geralmente aberto ao público em geral, não visa a satisfazer a um interesse coletivo idêntico ou semelhante ao que é satisfeito pelas linhas regulares de transporte coletivo urbano, intermunicipal ou interestadual, os quais são essenciais. O transporte de passageiros em regime de afretamento tem similitude é com o que é realizado por operadores turísticos no exercício dessa atividade (Lei n° 9.074, art. 2°, § 3°, II). De ambos não se pode exigir a regularidade e a continuidade, que integram o conceito de serviço adequado (CF, art. 175, parágrafo único, III e Lei n° 8.987/95, art. 6°, §1°), pois muitas vezes são ou podem ser afetados por conjunturas sazonais.

Não se desqualificam, entretanto, como serviço público, pois (a) apresentam vínculo orgânico com o Poder Público, expresso na autorização como ato de delegação dos serviços, (b) são de interesse público, ainda que este tenha cor mais fraca do que aparece em outras hipóteses de transporte coletivo de passageiros (c) sujeitam-se a regime especial, de Direito Privado Administrativo.

33. No tocante à autorização para construção e exploração de terminais portuários privativos, em regime de livre concorrência, é oportuno registrar que a matéria já estava regulada pela lei nº 8.630/93, especialmente pelo art. 6º, que tem este enunciado: "*Para o fim do disposto no inciso II do art. 4º desta lei, considera-se autorização a delegação, por ato unilateral, feita pela União a pessoa jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho*". Trata-se, pois de ato vinculado, pois toda a pessoa jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, terá direito subjetivo a obter a autorização. A Lei nº 10.233/01, no art. 43, não alude aos requisitos para a obtenção da autorização, restringindo-se a explicitar que "*I — independe de licitação; II — é exercida em liberdade de preços dos serviços, tarifas e fretes, e em ambiente de aberta e livre competição; III — não prevê prazo de vigência ou termo final, extinguindo-se pela sua plena eficácia, por renúncia, anulação ou cassação*".

Tudo indica, portanto, que subsistem os requisitos estabelecidos pela legislação anterior.

VI. Conclusão: serviço público "à brasileira"?

34. O esforço realizado pelo legislador ordinário brasileiro, no sentido de modernizar a estrutura dos serviços públicos, adaptando-a às novas exigências econômicas e tecnológicas, na execução de um vasto programa de reforma do Estado, deu causa a inúmeros problemas jurídicos em razão da sede constitucional do conceito de serviço público e das várias referências feitas na Constituição Federal a essa expressão.

Normas constitucionais impedem, portanto, que se adote em nosso país um conceito de serviço público sem vínculo orgânico com o Estado, como procedeu a Lei Espanhola de Telecomunicações ao realizar, no seu art. 2º, a *despublicatio* daqueles serviços. Na Espanha eles permaneceram públicos apenas por um critério finalístico, material ou objetivo, por visarem a satisfação de interesses coletivos ou públicos, mas sem qualquer vinculação orgânica com o Estado. São serviços que os particulares executam por iniciativa própria e sem delegação do Estado, muito embora dependam de autorização estatal e estejam subordinados ao poder regulador do Estado, numa situação jurídica que, se não é idêntica, é muito parecida, com a existente nos Estados Unidos, à sombra da noção de *public utilities*.

Também na França, e em países que sofreram a influência do conceito francês de serviços públicos, como Itália, Grécia e Portugal, inexiste um conceito constitucional de serviços públicos, embora haja alusões a serviços públicos nas respectivas Constituições. A noção, nesses países, foi muito mais trabalhada pela jurisprudência

e pela doutrina, as quais, assim como a legislação, não têm os pesados condicionamentos constitucionais existentes no Brasil.

É certo que, na França, a idéia de serviço público é algo firmemente encravado na sua história cultural e jurídica, de forma muito mais sólida e consistente do que ocorre no Brasil. Contudo, as dificuldades de compatibilização das exigências comunitárias de livre concorrência com as normas nacionais francesas pertinentes aos serviços públicos, são muito menores com as que nos defrontamos no Brasil, na harmonização dos textos normativos infraconstitucionais com os preceitos constitucionais vigentes.

Pode-se dizer que o Brasil fez com o conceito de serviço público modelado pela doutrina francesa o que a França não fez: deu-lhe rigidez normativa ao fixá-lo na Constituição, atribuindo, por essa particularidade formal, um caráter brasileiro ao conceito.

Mesmo assim, da análise que fizemos da legislação brasileira relacionada com a reforma e a modernização dos serviços, é possível concluir que ela não afronta os princípios constitucionais. O Estado mantém, em todas as situações, a titularidade do serviço e se apresenta sempre investido de amplo instrumental normativo e sancionatório, indispensável às atividades regulatórias, da competência das agências que, como autarquias, integram a Administração Pública.

Por outro lado, certas imposições, como a da obrigação de universalização de alguns serviços públicos, considerados absolutamente essenciais, revelam-se altamente democráticas, pelo fim que perseguem de estabelecer maior coesão social e territorial. Entretanto, a par destes serviços essenciais e sujeitos à obrigação de universalização, que formam o que se poderia chamar "o núcleo duro" dos serviços públicos, são oferecidas outras modalidades, cujo leque cada dia se amplia pelo avanço tecnológico, sem aquelas obrigações, mas que atendem aos interesses e necessidades dos destinatários que, nestes casos, serão mais clientes do que usuários.

De qualquer maneira, ainda que prestados em regime privado, e situados em ambiente de competição e concorrência, mas num mercado constantemente vigiado pelo Estado, os serviços por este delegado a particulares mediante concessão, permissão e autorização, continuam sendo, em quaisquer hipóteses, serviços públicos, devendo ser assim considerados para todos os efeitos, inclusive, portanto, para o da responsabilidade extra-contratual de que trata o § 6° do art. 37 da Constituição Federal.[39]

Recomenda-se, porém, atenção constante para que os atos de delegação de serviços públicos, especialmente quando assumem a forma de autorização, respeitem o princípio da igualdade.

39 O § 6° do art. 37 tem esta redação: "*As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelo danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa*". Trata-se de responsabilidade objetiva, conforme entendimento uniforme da doutrina e da jurisprudência brasileira.

35. Em síntese final, penso que há, no Brasil, no que diz respeito aos serviços públicos, razoável equilíbrio entre o poder do Estado e as forças do mercado, compondo estável compromisso entre conceitos antigos e novas realidades econômicas e tecnológicas. Aqueles, em contato com estas, acabam sendo entendidos de forma diversa como o eram no passado, e rejuvenescem, ganham outra dimensão e se ajustam às novas circunstâncias, pelo trabalho da interpretação jurídica, sem contudo romper o vínculo com a tradição e perder sua identidade na servil imitação de outros sistemas jurídicos.

De certo modo foi isto o que aconteceu com o "*service public à la française*", ao confrontar-se com as exigências liberais da União Européia. E, apesar da solenidade que lhe empresta o nosso texto constitucional, não será isto que também está ocorrendo com o "serviço público à brasileira", em tempos de pós-privatização?