

# ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE A TRANSFORMAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

*Dinorá Adelaide Musetti Grotti*

*Professora da PUC/SP; Ex-Procuradora do Município de São Paulo*

## **1 – Formação e evolução da teoria clássica do serviço público. A primeira crise da noção de serviço público**

As instituições jurídicas estão intimamente vinculadas às relações entre o Estado e a sociedade existentes no momento histórico em que se desenvolvem. Estas relações são dinâmicas e se alteram de acordo com as circunstâncias ideológicas, políticas, sociais e econômicas que se vão apresentando nas distintas épocas e nos diferentes países. E as instituições jurídicas nunca se mantêm incólumes frente às transformações, pois, para poderem sobreviver, precisam adaptar-se às exigências da realidade.

A idéia de serviço público é um bom exemplo deste processo de adaptação das transformações operadas no curso deste século, pois é possível detectar-se um fio histórico que conduz desde o seu conceito político até sua posterior funcionalidade jurídica. Inicialmente foi um conceito sociopolítico, algo assim como a transposição liberal do “serviço ao Rei”, que surge em uma época presidida ideologicamente por uma determinada concepção das relações entre Estado e Sociedade, e a separação de suas distintas esferas de atividade, que surge com a Revolução Francesa.

Costuma citar-se um texto de J.J. Rousseau do “Contrat Social” no qual a expressão aparece pela primeira vez. E o faz com duas conotações: de um lado, se trata de atividades destinadas ao serviço do público, para satisfazer uma necessidade sentida coletivamente sem que cada cidadão tenha que atender pessoalmente à sua cura; de outro, referida a expressão aos assuntos coletivos dos cidadãos – de todos os que integram a nação –, se concebe como uma atividade estatal – não de uma atividade privada – que sucede ao serviço do Rei, porque se operou uma substituição da titularidade da soberania.

Na França e nos países que sofreram sua influência esse conceito político de Rousseau vai se extravasar para o plano jurídico com essas duas mesmas notas entrelaçadas. Aliás, estas duas notas são permanentes, válidas na configuração atual do conceito.

A concepção predominante no século XIX, na fórmula do Estado liberal ou Estado abstencionista, pretendia o distanciamento do Estado em relação à vida social, econômica e religiosa dos indivíduos.

Esse afastamento significava, em primeiro lugar, a não interferência do Estado na sociedade; daí as reduzidas funções que lhe cabiam, a inibição do Estado no âmbito econômico e social.

Em segundo lugar, importava no antagonismo à existência de grupos intermediários, que pudessem interpor-se entre o indivíduo e o Estado, como associações políticas, culturais, profissionais; as associações são temidas pelo obstáculo que podem causar à liberdade do indivíduo.

Paradoxalmente, a preocupação da burguesia liberal em limitar o Poder e preservar sua liberdade, observa Ariño Ortiz, “contribuíram para acelerar o processo histórico de concentração e absorção do poder em mãos de uma administração personificada e progressivamente centralizadora”.<sup>1</sup>

Ficando o indivíduo politicamente só diante do Estado, este se viu progressivamente obrigado a assumir como próprias algumas tarefas que até então não se haviam considerado estatais, pois eram desenvolvidas pela sociedade, organicamente estruturada, ou seja, eram assumidas pela Igreja (em todas as suas múltiplas personificações), pelas fundações, pelas corporações, pelas universidades e outros entes representativos do corpo social. Assim aconteceu até meados do século XIX com os hoje chamados serviços públicos assistenciais e sociais.

“O mecanismo ideológico (separação Estado-sociedade) reclama que se há uma separação entre tarefas do Estado e tarefas da sociedade, para intervir em um certo campo o Estado necessita previamente declará-lo de sua competência, quer dizer, declará-lo público”.<sup>2</sup>

Dessa maneira, o elemento determinante para a definição de uma atividade como serviço público vai ser o que Villar Palasí chamou “publicatio”, “ato de publicatio”, a atribuição de sua titularidade à Administração e a exclusão de seu desenvolvimento pelos particulares sem prévia concessão outorgada a seu favor pela Administração, que, em todo caso, continuará sendo a titular da atividade, uma vez que produziu sua “publicatio”. E esta, por implicar a negação de uma das liberdades econômicas mais reiteradas do século XIX - a liberdade de indústria - só pode efetuar-se por lei formal.

Serviço público e “publicatio” (passagem à titularidade do Estado) aparecem assim na cultura jurídica europeia de raiz francesa indissolavelmente ligados.

Nesse contexto histórico - ideológico, político, cultural - é onde surge o conceito técnico-jurídico de serviço público, tal como chegou até nós.

A noção de serviço público aparece no campo do direito administrativo, sem que preexistia uma definição legal que a tipifique e sem que se estabeleçam seus caracteres de uma maneira precisa. Por obra da doutrina e jurisprudência francesas, se foi perfilando uma instituição, com um regime jurídico peculiar de Direito público, destinada a reger as atividades de prestação tendentes a satisfazer necessidades de interesse geral que o Estado assumiu e que este passou a prestar, a partir do século passado, de forma direta ou indireta.

Os doutrinadores praticamente são concordes em afirmar que a definição clássica de serviço público reunia três elementos, embora se desse maior ou menor ênfase ora a um, ora a outro, dentre eles, quais sejam:

<sup>1</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar. La regulación económica. Buenos Aires: Depalma, 1996.p. 53-54 e Sobre el significado actual de la noción de servio público y su régimen jurídico (hacia un nuevo modelo de regulación). In: ARIÑO ORTIZ, DE LA CUÉTERA, J.M. MARTÍNEZ LÓPEZ-UMNIZ, J.L. El nuevo servio público. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 20.

<sup>2</sup> MEILÁN GIL, José L., loc. cit. p. 12. Apud ARIÑO ORTIZ, Gaspar. La regulación económica cit. p. 349.

1. o subjetivo, que considera a pessoa jurídica prestadora da atividade: o serviço público seria aquele prestado pelo Estado;
2. o material, que considera a atividade exercida: o serviço público seria a atividade que tem por objeto a satisfação de necessidades coletivas;
3. o formal, que considera o regime jurídico: o serviço público seria aquele exercido sob regime de direito público derogatório e exorbitante do direito comum.

No período do Estado liberal era válida a combinação desses três elementos para definir o serviço público. Todavia, pouco a pouco, a noção foi abalada em face da dissociação de seus elementos, ocorrida por vários fatores.

Em primeiro lugar, à medida que o Estado foi se afastando dos princípios do liberalismo, começou a ampliar suas intervenções e o rol de atividades próprias, definidas como serviços públicos, pois passou a assim considerar determinadas atividades comerciais e industriais que antes eram tradicionalmente reservadas à iniciativa privada.

Ao mesmo tempo o Estado percebeu que não dispunha de organização adequada à realização desse tipo de atividade; em conseqüência, começou a haver a gestão de serviços públicos por particulares, por meio dos contratos de concessão de serviços públicos e, posteriormente, por meio de pessoas jurídicas de direito privado criadas para esse fim, sob regime jurídico predominantemente privado. Admitiu que certas atividades de empresas particulares tinham o caráter de serviço público, seja pela própria natureza delas, seja pela repercussão que atingiam em virtude do âmbito de sua ação. Restou, assim, completamente subvertida a noção clássica ou tradicional de serviço público.

Por essa razão, os autores passaram a falar, na década de 50, em crise na noção de serviço público, entendendo que os três elementos normalmente considerados pela doutrina para conceituar o serviço público não são essenciais, porque às vezes falta um dos elementos ou até mesmo dois.

Muitos autores disseram que aquela noção não servia para nada, o que não é verdade. O serviço público passou a ter uma outra dimensão. Assim, entendemos que, embora já não seja mais empregada para as finalidades apontadas pela Escola Clássica e não seja mais operatória para caracterizar sozinho o direito administrativo e a competência do juiz administrativo (o que é irrelevante para os países de jurisdição *una*), a noção jurídica de serviço público subsiste como um dos importantes modos de atuação administrativa, assegurada por um regime jurídico próprio.

O que houve foi o declínio da noção tradicional que passou a mostrar-se em dissonância com a realidade, em face da mudança de condições sociais traduzidas em vários procedimentos do Estado pós-liberal. Em conseqüência, houve o abandono do tema durante certo tempo, o que não impediu que nos anos posteriores fosse objeto de um uso intensivo e expansivo por parte do ordenamento do Estado Social, que nele encontrou um importante instrumento para seu próprio crescimento.

## **2 – A mudança de um modelo de Estado e as mutações do serviço público**

Não há dúvida de que o serviço público foi um instrumento de progresso e de socialização,

em especial nos Estados pobres, onde permitiu melhorar a situação de todos.

Todavia, hoje a situação é outra, quase a inversa. São os fatos os que mandam, mais que a ideologia ou a política. Mudaram radicalmente os pressupostos econômicos, sociais, políticos e culturais sobre os quais surgiu e se desenvolveu esta instituição. Por uma série de razões que não merecem ser agora explicitadas, atualmente existe no mundo inteiro uma convicção generalizada: o Estado se tornou grande demais e é notória sua incapacidade; alarmante a ineficiência econômica do setor público; mínima a qualidade dos serviços, e o cidadão tornou-se cativo e sufocado pelo próprio Estado. Criou-se a consciência generalizada de que deve haver a devolução de atividades à iniciativa social, ou seja, deve-se devolver ao cidadão e à sociedade seu protagonismo, sua iniciativa e, no fundo, sua liberdade de escolher.<sup>3</sup>

Via de conseqüência, desde finais dos anos 80 (na Grã-Bretanha dez anos antes), a discussão sobre o serviço público reaparece, na esteira de um amplo processo de privatização, por um lado, e liberalização por outro, de alguns dos principais setores da economia, que até agora se encontravam submetidos a um planejamento e gestão estatal, quase sempre monopólica.

O triunfo do chamado neoliberalismo (disso que se chama desregulação ou neoregulação) não constitui o resultado de uma batalha ideológica ou de algum modelo teórico bem acabado, mas é fruto de profundas alterações no processo econômico-social definido por vários fatores, tais como: a nova sociedade da informação, a abertura da economia mundial, a redução das distâncias, o transporte fácil, a inovação tecnológica e a sofisticação dos serviços, a educação e a saúde generalizadas (ao menos em seus níveis básicos), a exigência de uma atenção diferenciada e personalizada, o prático desaparecimento ou significativa redução da sociedade rural. Hoje há o refluxo da atuação do Estado, num movimento pendular.

Junto a esta profunda mudança no modelo de Estado, no âmbito europeu há uma circunstância que provocou a necessária revisão do conceito de serviço público: o direito comunitário.<sup>4</sup>

A partir do processo de transformação do Estado, diante das várias técnicas de reversão do estatismo, em um marco ideológico que tende a reduzir a categoria do serviço público, estão desde autores que seguem aferrados ao critério clássico, até os que propõem diretamente sua supressão - por não necessária - ou substituição por categorias do direito anglo-saxão - como o serviço universal - ou buscam uma combinação dos elementos originários e suas notas complementares com os princípios de uma nova realidade econômica e social assumida como tal pela política legislativa.

Gaspar Ariño sustenta que "a conseqüência de tudo isto é que o velho conceito de serviço público - monopólico, igualitário, de mínimos, uniforme - já não vem satisfazer as necessi-

<sup>3</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico (Hacia un nuevo modelo de regulación). In ARIÑO ORTIZ, Gaspar, CUÉTARA, J.M. de la, LÓPEZ-MUNIZ, J.L. Martínez. El nuevo servicio público. Madrid: Marcial Pons, 1997, p.23

<sup>4</sup> "A integração dos países no âmbito de um mercado único - a União Européia - presidiu por quatro liberdades: liberdade de comércio de produtos e mercadorias, liberdade de movimento de capitais, liberdade de trabalho e liberdade de estabelecimento e prestação de serviços no marco da Comunidade, supunha, obviamente, a ruptura dos monopólios comerciais que não estivessem vinculados a uma missão de interesse geral que requeria essencialmente a exclusividade como meio para consegui-lo ou a um setor excepcionado. E assim algumas das regulações dos grandes serviços públicos tiveram que ser adaptadas à CEE. [...]"

dades e preferências da população a que diz servir”, e que se deve “abrir caminho as novas realidades, mais competitivas, diferenciadas, inovadoras que são as que a nova realidade social demanda; hoje há que desideologizar a política econômica, tem que melhorar os serviços e as prestações. E tudo isso sem perder o já conseguido, que é, basicamente, a existência de um serviço universal a todos os cidadãos em seus níveis básicos. Isto exige um novo conceito de serviço público e um novo modelo de regulação econômica”.<sup>5</sup>

Afirma o Prof. Carlos Ari que “os velhos serviços públicos, de regime jurídico aforamentado e explorados diretamente pelo Estado, estão desaparecendo, com as empresas estatais virando particulares e o regime de exploração dos serviços sofrendo sucessivos choques de alta tensão. Telecomunicações, energia elétrica e portos são alguns dos setores em que a noção de “serviço público”, se algo ainda diz, diz pouco;”<sup>6</sup> admite-se a exploração em regime privado, por meio

---

*Paralelamente, a crise financeira do Estado, consequência de um desmedido gasto social, com um galopante endividamento público, está dando lugar a uma profunda desordem nas economias ocidentais: elevados tipos de interesse, tensões inflacionárias, crescimento contínuo dos interesses da dívida, efeito expulsão da inversão privada e outros. Tudo isto aponta a necessidade de modificar certos aspectos do Estado social, considerados até agora como intangíveis, o que aparece cada dia de forma mais nítida.*

*Uma e outra circunstância que se dão com caráter coincidente em muitos países de nosso entorno, estão produzindo, desde finais dos anos 80 (na Grã Bretanha dez anos antes), um amplo processo de privatização, por um lado, e liberalização por outro, de alguns dos principais setores da economia que até agora se encontravam submetidos a um planejamento e gestão estatal, quase sempre monopólicia. Tal é o caso dos setores energéticos (petróleo, gás, eletricidade); transportes (especialmente marítimo, aéreo e ferroviário, assim como o transporte urbano); telecomunicações em todas as suas formas, incluídas a radiodifusão e televisão; abastecimento de água; solo e serviços urbanos; indústria e comércio farmacêutico; e também, todavia, o setor bancário e creditício e os mercados financeiros. Por variadas razões se chegou ao convencimento de que uma atuação excessiva do Estado, por via da planificação e da gestão direta é, no momento presente, um fator de distorção da atividade econômica” (Gaspar Ariño Ortiz, La regulación económica, Abaco, Buenos Aires, 1996, p. 59- 60).*

<sup>5</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Op. cit, nota 3. p. 23/24 “É este um trágico destino da ciência do direito administrativo. Quando acreditávamos ter, finalmente, ter definido e configurado o conceito de “serviço público” muda radicalmente o marco sócio-político a que aquele respondia, e tem que voltar a começar. E é que seus conceitos são um subproduto da política e das concepções imperantes na vida social; são, por isso cambiantes, mutáveis, incertos, e ha que revisá-los uma e outra vez. O direito administrativo e suas normas não podem elaborar-se, como o direito civil, com o sistema fechado de conceitos, de conteúdo racional e permanente, pois seu mesmo objeto - a Administração e suas instituições - são essencialmente contingentes e, portanto, em alguma medida “irracionais”. Irracionais do ponto de vista da lógica formal, mas não do ponto de vista da experiência e da constatação histórica que é uma do modo de lógica material, sobre a que essencialmente se baseia o direito público. Por isso dizia o juiz Holmes que nas ciências sociais e no direito público, uma página de história vale mais que um volume de lógica. Que grande verdade...!” (ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Op. cit, nota 3. p. 24).

<sup>6</sup> Os hábitos doutrinários brasileiros, conservados de épocas passadas, têm determinado ainda hoje o uso da denominação “serviços públicos” para designar as atividades econômicas definidas, constitucional ou legislativamente, como de titularidade do Estado (servindo como exemplo as atribuídas à União pelo art. 21 da Carta de 1988). Mas, vencida a era do Estado-empresário e iniciada a do Estado-regulador, a legislação brasileira passou a tratar essas atividades de um modo novo, admitindo sua exploração também em regime privado, embora sujeito à regulação estatal, o que tornou impróprio e perigoso o emprego, para designá-las, da velha expressão “serviços públicos”. Considerando que, na Europa - berço, justamente, do conceito de “serviço público” - o mesmo processo de reforma redundou na adoção de um novo conceito, o de “serviço de interesse econômico geral”, e isso por influência da “Carta Européia dos Serviços de Interesse Geral” editada pela Comissão Européia (cf. José María Souvirón Morenilla, La Actividad de la Administración y el Servicio Público, Granada, Ed. Comares, 1998, p. 278 e ss.), e levando em conta ainda o fenômeno de globalização do Direito, parece bem adotar a mesma terminologia. Portanto, passo a chamar de “serviços de interesse econômico geral” aqueles, como os de telecomunicações, energia elétrica, petróleo, saneamento básico, transportes coletivos etc., titularizados pelo Estado mas abertos à prestação por particulares, por meio de concessão, permissão ou autorização, sempre sob o poder regulador estatal (SUNDFELD, Carlos Ari, VIEIRA, Oscar Vilhena -Coord. Direito Global. São Paulo: Max Lemonad, 1999, nota 6, p. 161).

de autorizações, não mais apenas pelas clássicas concessões; introduz-se a competição entre prestadores, suscitando a aplicação do “direito da concorrência” (ou antitruste) e a interferência dos órgãos incumbidos de protegê-la.<sup>7</sup>

Nascem as Agências Reguladoras Independentes, encarregadas de disciplinar setores econômicos por inteiro. Aí estão as recentes Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, Agência Nacional de Petróleo – ANP. O que têm elas de novo ou de característico? De uma parte, o exercício de um largo poder normativo, cumulado com o fiscalizatório, o sancionatório, o de solução de conflitos etc.; de outra, o fato de desenvolverem uma tripla regulação: a “regulação dos monopólios”, a “regulação para a competição” e a “regulação social”, esta última visando à universalização dos Serviços; por fim, a circunstância de agirem sem subordinação ao Executivo (daí a “independência”).<sup>8</sup>

Todas essas modificações geram polêmicas questões constitucionais. Senão vejamos.

## 2 – Exploração dos serviços públicos em regime público e privado

No direito brasileiro o serviço é público porque a lei atribuiu esse serviço ao Poder Público que, nos termos do artigo 175 da CF/88, poderá prestá-lo diretamente ou sob regime de concessão ou permissão.

Mas o artigo 21, incisos XI e XII, arrola os serviços que a União pode executar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, af incluindo os serviços de:

§ telecomunicações (inc. XI);

§ os serviços de instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

§ a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;

§ os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

§ os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

§ os portos marítimos, fluviais e lacustres.

---

<sup>7</sup> Quando, especialmente na doutrina norte-americana, fala-se em “desregulação” como sendo (ou devendo ser) a tendência da postura estatal relativamente aos lá denominados “serviços de utilidade pública”, está-se tratando justamente do movimento de introdução da competição nesses serviços, eliminando-se a parte da regulação que, tendo sido criada para controlar os monopólios (controle das tarifas, p.ex.), passou a ser apontada como a grande responsável pela própria manutenção deles. Mas essa “desregulação” não elimina, antes supõe, a intervenção estatal via “regulação”, só que agora com outras técnicas e novos objetivos, todos coerentes com o projeto de eliminação dos monopólios (SUNDEFELD, Carlos Ari, VIEIRA, Oscar Vilhena – Coord. Op. cit, nota 7. p. 161).

<sup>8</sup> SUNDEFELD, Carlos Ari, VIEIRA, Oscar Vilhena -Coord. Direito Global. São Paulo: Max Lemonad, 1999, pp.161-162

O artigo 223 estabeleceu 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 complementariedade dos sistemas privado, público e estatal.

O artigo 25, § 2º prevê a competência dos Estados para explorarem diretamente ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado.

O artigo 30, inciso V, estabeleceu a 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.

Note-se, desde logo, que o legislador pecou pela falta de uniformidade no emprego da terminologia. Assim é que os artigos 175 e 30, V, fazem referência apenas à concessão e permissão, como formas de prestação de serviços públicos; os arts. 21, XI e XII e 223 falam em concessão, permissão e autorização; o artigo 25, § 2º, refere-se tão-somente à concessão.

Existem três possibilidades para se considerar a referência constitucional ao regime da “autorização” nos dispositivos acima citados: ou o art. 175 deixou de mencionar a “autorização” entre as modalidades de delegação de serviços públicos, ao lado da permissão e concessão; ou introduziu-se erroneamente o regime de autorização para um serviço público, conflitando com o artigo 175; ou, finalmente, o regime de autorização estaria a demonstrar que alguns dos serviços elencados nos artigos 21 (incisos XI e XII) e 223 não são públicos, constituindo atividade econômica, enquanto os demais, sujeitos ao regime de concessão ou permissão, seriam serviços públicos.

O que se entende por autorização?

Destaca a professora Maria Sylvania Zanella di Pietro que, no direito brasileiro, a autorização administrativa tem várias acepções.

No primeiro sentido, designa “o ato unilateral e discricionário pelo qual a Administração faculta ao particular o desempenho de atividade material ou a prática de ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos”.<sup>9</sup> Exemplo: arts 21, VI; 176; o da autorização para porte de arma.

Na segunda acepção, “autorização é o ato unilateral e discricionário pelo qual o Poder Público faculta ao particular o uso privativo de bem público, a título precário. Trata-se da autorização de uso”.<sup>10</sup>

Na terceira acepção, que ora nos interessa, qual seja, de autorização de serviço público, “autorização é o ato administrativo, unilateral e discricionário pelo qual o Poder Público delega ao particular a exploração de serviço público, a título precário”.<sup>11</sup> Criou-se uma gradação entre os institutos da autorização, permissão e concessão em função do grau de participação ou de controle do Poder Público na execução do serviço delegado ao particular.

9 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na Administração Pública. Concessão. Permissão. Franquia. Terceirização e outras Formas*. 3ª ed. rev. at. São Paulo: Atlas, 1999.p. 122.

10 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Op. cit.* p. 123.

11 *Idem, ibidem.*

E, segundo a jurista, “isso ocorre porque a autorização de serviço público é dada no interesse exclusivo do particular que a obtém; ele não exerce uma atividade que vá ser usufruída por terceiros, mas apenas por ele mesmo”.<sup>12</sup> Daí não haver necessidade de que lhe sejam delegadas prerrogativas públicas. Quer dizer que “aquela mesma atividade que constitui serviço público propriamente dito, quando prestado diretamente pelo Poder Público ou pelas concessionárias, praticamente perde essa qualidade quando prestado mediante autorização, por faltar-lhe uma característica essencial que é o atendimento de necessidades coletivas”.<sup>13</sup>

“Totalmente diferente é o que ocorre na permissão e na concessão, em que o Poder Público delega ao particular uma atividade que vai atender a necessidades coletivas, definida pela lei como serviço público e, por isso mesmo, deve ser prestada sob regime jurídico parcialmente público, à medida que o concessionário e o permissionário estarão sujeitos aos princípios inerentes à prestação de serviços públicos (continuidade, mutabilidade, igualdade entre os usuários) e exercerão as prerrogativas públicas que lhe forem conferidas pela lei e pelo contrato, ao contrário do que ocorre na autorização, à qual não se aplicam nem os princípios referidos nem as prerrogativas públicas.”<sup>14</sup>

O tratamento dado à autorização de serviço público de telecomunicações (Lei 9472/97) inovou na matéria e rompeu com os conceitos tradicionais do direito administrativo brasileiro e ao sistema constitucional.

Indo contra a concepção tradicional de que os serviços públicos são prestados, total ou parcialmente, sob regime de direito público, a Lei de telecomunicações veio contemplar a possibilidade de serviços reservados ao Estado serem submetidos ao regime de direito privado.

Não se trata de reservar algumas atividades ao Estado. A lei prevê claramente que cada modalidade de serviço pode ser prestada exclusivamente no regime público, exclusivamente no regime privado ou concomitantemente nos regimes público e privado (art. 65). A tarefa de definir cabe ao Presidente da República (art. 18, I), salvo a telefonia fixa que terá um prestador em regime público.

Serviço de telecomunicações em regime público é o prestado mediante concessão ou permissão, com atribuição à sua prestadora de obrigações de universalização e de continuidade. O serviço de telecomunicações em regime privado é o prestado mediante prévia autorização (art. 131) da ANATEL e será baseado nos princípios constitucionais da atividade econômica (art. 126).

O que muda substancialmente é a relação da prestadora com o Poder Público, principalmente nos seguintes aspectos:

---

12 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.* p. 124. Exemplo disso se encontra na Lei nº 9074, cujo art. 7º diz que são objeto de autorização: “I - a implantação de usinas termelétricas, de potência superior a 5 000 kw, destinada a uso exclusivo do autoprodutor; II - o aproveitamento de potenciais hidráulicos de potência superior a 1 000 kw e igual ou inferior a 10 000 kw, destinados a uso exclusivo do autoprodutor”.

13 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.* p. 124.

14 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.* p. 125.



§ não há contrato com o poder público, mas sim o estabelecimento de uma relação jurídica não contratual, advinda de uma autorização;

§ não há dever de continuidade na prestação dos serviços;

§ não há deveres de universalização de serviços;

§ não há direito à manutenção do “equilíbrio econômico financeiro”;

§ o direito de exploração dos serviços é por prazo indeterminado;

§ os preços são livres.

Ademais, na Lei nº 9472, a autorização é tratada como ato vinculado e, em consequência, sem precariedade, já que esta é incompatível com aquele tipo de ato. Pelo artigo 131, § 1º, “autorização de serviço 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.”

A professora Maria Sylvia Zanella di Pietro afirma que, “no caso da autorização de serviço público, não há possibilidade de o ato ser vinculado”, pois a “idéia de serviço público é incompatível com a natureza vinculada do ato de outorga, pela forma como a concessão, a permissão e a autorização estão previstas na Constituição”, ou seja, como alternativas de execução de serviço público delegada, à escolha da Administração Pública. “Não há qualquer fundamento constitucional para concluir-se que a Constituição quis mudar a natureza do ato”, porque quando quis fazê-lo, o fez expressamente (como no caso da permissão, em que lhe imprimiu a natureza contratual).

“Na realidade, a doutrina do direito administrativo brasileiro é praticamente unânime em distinguir autorização e licença pela discricionariedade da primeira e pela vinculação da segunda. No caso de que se trata, tem-se que entender que o vocábulo autorização, na Lei nº 9472, foi utilizado indevidamente, no lugar de licença.” E isso ocorreu porque o legislador precisava dar uma aparência de constitucionalidade ao tratamento imprimido à matéria de telecomunicações.<sup>15</sup>

“E essa impropriedade na utilização do instituto da autorização decorre de outra impropriedade”, para não falar em flagrante inconstitucionalidade.<sup>16</sup>

“O que a lei fez foi privatizar (não a execução do serviço, como ocorre na autorização, permissão ou concessão) mas a própria atividade ou, pelo menos, uma parte dela, o que não encontra fundamento na Constituição.

Dessa distinção e da necessidade de dar uma aparência de constitucionalidade à lei resultou a opção pelo instituto da autorização e não da licença. Quando a atividade é livre à iniciativa privada, seu exercício constitui direito subjetivo do particular que satisfaça a todos os requisitos legais; à Administração Pública cabe apenas verificar se os requisitos estão presentes e, em caso afirmativo, conferir a licença, como ato vinculado, e não a

15 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.* p. 126-127.

16 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.* p. 127

autorização, que deve ser reservada aos atos discricionários. E, conclui afirmando que “a sistemática adotada na Lei nº 9472, se considerada vantajosa em relação a anterior, dependeria, para ter validade, de alteração da Constituição”.<sup>17</sup>

Outras questões ainda podem ser levantadas. Assim, a Lei Geral de Telecomunicações, em seu art. 104, prevê que transcorridos ao menos três anos da celebração do contrato de concessão, a ANATEL poderá, se existir ampla e efetiva competição entre as prestadoras do serviço, submeter a concessionária ao regime de liberdade tarifária e que, se ocorrer aumento arbitrário dos lucros ou práticas prejudiciais à competição, a Agência restabelecerá o regime tarifário anterior, sem prejuízo das sanções cabíveis.

Deu-se, portanto, a possibilidade de o regime público ter um grau de regulação variada. Possibilitou-se ao Estado adotar a regulação pelo mercado e se esta não funcionar, ser restabelecido o regime tarifário anterior. Haverá, pois, uma desregulação vigiada. Essa liberdade tarifária é compatível com o conceito de serviço público?

Em seu art. 155 referido diploma legal dispõe que, para desenvolver a competição, as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, em regime público ou privado, deverão, nos casos e condições fixados pela ANATEL, disponibilizar suas redes a outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo. O sentido e importância dessa norma traduz uma nova concepção da função social da propriedade, que é a de servir como instrumento de competição?

A mesma controvérsia quanto à coexistência de regimes existente dentro dos serviços de telecomunicações, surge no setor de energia elétrica.

O decreto federal 2.655, de 02.07.98 estabeleceu que a exploração dos serviços e instalações de energia elétrica compreende as atividades de geração, transmissão, distribuição e comercialização (art. 1º) e que “as atividades de geração e de comercialização de energia elétrica, inclusive sua importação e exportação, deverão ser exercidas em caráter competitivo, assegurado aos agentes econômicos interessados livre acesso aos sistemas de transmissão e distribuição, mediante o pagamento dos encargos correspondentes” (art. 2º). Essas normas são compatíveis com o art. 21, XII, b, da CF, segundo o qual compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços e instalações de energia elétrica? É possível o recurso ao mercado numa atividade estatal?

No que tange aos portos (Lei Federal nº8.630, de 25.02.93) prevê ser livre a exploração do terminal marítimo situado fora das áreas dos “portos organizados”, a qual depende de “autorização” prévia mas não se sujeita a qualquer tipo de controle posterior (art. 4º). É constitucional essa norma em face do art. 21, XII, f, da CF, que estabelece competir à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os portos marítimos, fluviais e lacustres?

Em que medida o fato de a Constituição eleger um serviço como de titularidade estatal impede (ou não) a utilização do regime privado? Impede ou não a adoção do mecanismo do mercado?

---

17 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.* p. 128-129.

A resposta às indagações formuladas terá soluções diferentes de acordo com a interpretação que se faça da nossa Lei Maior.

Não há dúvida de que o regime do serviço público passou a assumir uma nova composição diante das inovações trazidas pelas leis infraconstitucionais que, indubitavelmente, acarretarão muitas discussões doutrinárias e jurisprudenciais.