

**LUIZ ANTONIO PEIXE**

**A PROTEÇÃO DOS USUÁRIOS DE SERVIÇOS PÚBLICOS EM TEMPOS  
DE PÓS-PRIVATIZAÇÃO**

**CURITIBA**

**2003**

**LUIZ ANTONIO PEIXE**

**A PROTEÇÃO DOS USUÁRIOS DE SERVIÇOS PÚBLICOS EM TEMPOS  
DE PÓS-PRIVATIZAÇÃO**

**Monografia apresentada como requisito parcial  
à obtenção do grau de Bacharel em Direito,  
Faculdade de Direito, Setor de Ciências  
Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.**

**Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup>Angela Cassia  
Costaldello**

**CURITIBA**

**2003**

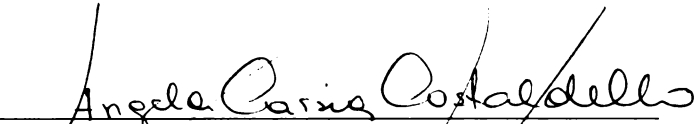
## TERMO DE APROVAÇÃO

LUIZ ANTONIO PEIXE

### A PROTEÇÃO DOS USUÁRIOS DE SERVIÇOS PÚBLICOS EM TEMPOS DE PÓS- PRIVATIZAÇÃO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora:

  
Prof.ª Angela Cassia Costaldello

  
Prof. Pedro Henrique Xavier

  
Prof. Romeu Felipe Bacellar Filho

Curitiba, 10 de outubro de 2003

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>1</b>
<b>NOÇÕES FUNDAMENTAIS SOBRE SERVIÇO PÚBLICO</b> .....	<b>3</b>
1.1 NOÇÕES PRELIMINARES .....	3
1.2 CONSTRUÇÃO DA NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO.....	5
1.3 PRINCÍPIOS INERENTES AO REGIME JURÍDICO PRÓPRIO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS .....	17
1.4 DISTINÇÕES ENTRE O SERVIÇO PÚBLICO E O PODER DE POLÍCIA.....	22
1.5 FORMAS DE ATUAÇÃO ESTATAL NA ORDEM ECONÔMICA .....	25
<b>A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS APÓS AS PRIVATIZAÇÕES</b> .....	<b>33</b>
2.1 APONTAMENTOS QUANTO AOS MODELOS DE ESTADO E A REFORMA ADMINISTRATIVA NO BRASIL .....	33
2.2 A PREVISÃO CONSTITUCIONAL DOS SERVIÇOS PÚBLICOS .....	38
2.3 PRIVATIZAÇÃO - INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DAS ATIVIDADES DO ESTADO .....	40
2.4 A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS APÓS AS PRIVATIZAÇÕES .....	44
2.4.1 Primeiras Considerações .....	44
2.4.2 A fragmentação dos blocos de serviços públicos.....	46
2.4.3 A separação das atividades existentes em cada setor em serviços públicos e em atividades econômicas em sentido restrito .....	49
2.4.3.1 A posição de Celso Antônio Bandeira de Mello .....	54
2.4.3.2 A posição de Marçal Justen Filho .....	55
2.4.4 O termo <i>autorização</i> nos incisos XI E XII do art. 21 da Constituição de 1988.....	56
2.4.5 Prestação de Serviço Público em regime privado?.....	58
<b>A PROTEÇÃO DOS USUÁRIOS DE SERVIÇOS PÚBLICOS APÓS AS PRIVATIZAÇÕES</b> .....	<b>61</b>
3.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES .....	61
3.2 ATRIBUIÇÕES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS .....	62
3.3 O PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS FRENTE AO USUÁRIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS .....	66
3.3.1 O princípio da continuidade dos serviços públicos .....	71
3.3.2 O princípio da modicidade tarifária.....	74
3.3.3 O princípio da universalização dos serviços públicos (direito de acesso).....	77
3.4 FUNÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS QUANTO ÀS ATIVIDADES POR ELA REGULADAS DESENVOLVIDAS SOB REGIME DE DIREITO PRIVADO .....	80
<b>CONCLUSÕES</b> .....	<b>85</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>88</b>

## **RESUMO**

Esta monografia procura, inicialmente, delimitar a noção de serviço público. Em seguida, trabalha com as transformações ocorridas no âmbito do serviço público no direito brasileiro após as privatizações da década de 90, apontando as inovações trazidas pelo novo modelo. Por último, analisa o papel que as Agências reguladoras devem desempenhar, para que os usuários de serviços públicos recebam prestações adequadas das empresas privadas que exploram essas atividades essenciais à existência digna do ser humano.

## INTRODUÇÃO

A proteção dos usuários dos serviços públicos, garantindo-lhes o acesso contínuo à fruição de utilidades essenciais à satisfação de necessidades básicas, imprescindíveis para que uma existência digna e com condições mínimas de bem-estar seja possível, reclama, após as privatizações realizadas no Brasil durante a década de 90, especial atenção dos estudiosos do Direito Administrativo.

Esta necessidade decorre da política de redimensionamento das funções do Estado, cujo objetivo primordial consiste na redução das atribuições por ele assumidas ao longo dos anos de *Welfare State*, das quais a prestação de serviços públicos é uma das principais características. Assim, o modelo adotado tem como traço marcante a retirada do Estado da prestação direta dos serviços públicos, transferindo a execução de tais atividades a empresas privadas, tornando-se apenas o responsável pela sua adequada prestação. O papel do Estado muda substancialmente: deixa de fazer para disciplinar como os particulares devem fazer.

No entanto, deve-se notar que o objetivo primordial das empresas privadas ao prestarem serviços públicos é a obtenção de resultados lucrativos que, embora constitua-se numa finalidade legítima, em diversas circunstâncias acabará por colidir com os princípios vetores da prestação dos serviços públicos, sobretudo os que determinam a continuidade da prestação, a universalização do acesso e a modicidade tarifária.

Portanto, faz-se necessário que as Agências reguladoras, instrumentos concebidos por esse modelo de Estado para regular, disciplinar e fiscalizar a execução dos serviços públicos pela iniciativa privada, assumam o compromisso de zelar pelos interesses dos usuários desses serviços.

Com o intuito de tratar do tema proposto, dividiu-se o presente trabalho em três capítulos, além dessa introdução, conclusões e referências bibliográficas.

O primeiro capítulo analisa de forma sucinta tópicos imprescindíveis para a elaboração do tema e para dar fundamento a esse estudo. Versa, portanto, sobre a conceituação do serviço público, aponta os princípios que devem ser observados por quem estiver encarregado de prestá-lo, faz a distinção entre o serviço público e a

atividade de polícia do Estado e, por fim, aparta a noção de serviço público das demais formas de atuação estatal no domínio econômico.

O capítulo seguinte realiza breves apontamentos quanto aos modelos de Estado, trata da reforma administrativa no Brasil, das privatizações e, principalmente, discorre sobre as transformações quanto à prestação dos serviços públicos.

No capítulo terceiro, após analisar as atribuições das agências reguladoras no direito brasileiro, busca-se definir o papel desses entes como garante dos direitos dos usuários dos serviços públicos, zelando primordialmente pela observância dos princípios da universalidade, continuidade e modicidade das tarifas.

---

## NOÇÕES FUNDAMENTAIS SOBRE SERVIÇO PÚBLICO

### 1.1 NOÇÕES PRELIMINARES

A noção de serviço público nunca foi pacífica, sempre ocupou lugar de destaque nas obras de direito público, proporcionando calorosos debates na doutrina e jurisprudência. Mônica Spezia JUSTEN lembra que “esse instituto tem uma trajetória variante, ora gozando de prestígio elevado a ponto de ser considerado como pedra angular do Direito Administrativo, ora sendo tratado como uma idéia de difícil compreensão, destituída de relevância jurídica. Foi assim que o conceito de serviço público passou a adquirir um caráter mitológico de conceito fugidio e nebuloso”<sup>1</sup>. A noção de serviço público, desde o seu desenvolvimento inicial pela Escola de Serviço Público Francesa durante o final do século XIX e início do século XX vem sofrendo constantes mutações, ligadas diretamente aos avanços tecnológicos, à passagem de uma sociedade eminentemente rural para a sociedade urbana e industrial, à crescente ampliação das desigualdades sociais e, na União Européia, em virtude do direito comunitário.

A importância que os serviços públicos alcançaram nos tempos atuais é incomparavelmente maior que em qualquer outro período histórico. Tome-se como exemplo o serviço de fornecimento de energia elétrica. Nesse caso, é fácil observar que o desenvolvimento tecnológico tornou a existência humana demasiadamente complexa, sendo que toda a produção de bens e serviços, trabalho, locomoção e mesmo as mais simples atividades cotidianas necessitam direta ou indiretamente da eletricidade. Do mesmo modo, o crescimento demográfico, o êxodo rural e a conseqüente concentração das pessoas nas grandes cidades tornaram imprescindíveis para o desenvolvimento da Sociedade o recolhimento do lixo, o tratamento da água e a coleta do esgoto, o transporte coletivo, a conservação de rodovias, a telefonia, etc.

---

<sup>1</sup> JUSTEN, Mônica Spezia. *A Noção de Serviço Público no Direito Europeu*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 11.

Assim, o Estado teve sua legitimidade atrelada ao atendimento das necessidades da Sociedade à qual serve. Dessa forma, o fato de que, conforme o Relatório de Desenvolvimento Humano divulgado pela Organização das Nações Unidas em 8.07.2003, 9,9% da população brasileira vive com menos de US\$ 1 (um dólar) por dia<sup>2</sup>, cidadãos brasileiros excluídos de quaisquer vantagens e benefícios proporcionados pela riqueza e pela tecnologia, faz com que o Estado tenha o dever de assumir o papel de garantidor desses indivíduos marginalizados, sobretudo através da prestação de serviços públicos essenciais para a manutenção da vida e de uma existência digna (hospitais públicos, escolas públicas, saneamento básico; em suma: o Estado tornou-se o responsável pela prestação de serviços de qualidade e em quantidade suficientes).

Neste sentido se manifesta Paulo Roberto Ferreira MOTTA,

Os processos de desenvolvimento de qualquer nação passam necessariamente pela universalização dos serviços públicos. O acesso das populações à energia elétrica, telecomunicações, portos, aeroportos, estradas de rodagem, ferrovias, água, saneamento, escolas, hospitais, etc, é o único modo de promover o desenvolvimento e, conseqüentemente, distribuir equitativamente os resultados do mesmo. Fora desta idéia, o que existe é acumulação de capitais que produzem apenas, e tão somente, mais miséria. Assim, é necessário, portanto, eliminar a exclusão do processo econômico.

Ora, a eliminação da exclusão do processo econômico não tem outra forma de se realizar senão através do serviço público. Este fato não pode ser tido como ideologia. Aliás, pensar assim é demonstrar, indubitavelmente, total e absoluto, descompromisso com os seres humanos. É através, basicamente, mas não só, da escola pública e dos hospitais públicos, universalizados e presentes em cada povoado de um país, por mais distante que estejam dos grandes centros urbanos, que começa o longo e penoso caminho da eliminação da exclusão social. Este itinerário pode ser bem mais rapidamente desbravado se nestes mesmos locais houver um mínimo indispensável de estruturas (estradas, telecomunicações, energia, água, saneamento) que permitam que as riquezas ali produzidas possam adentrar no mercado e servir de meio para aquisição de outras riquezas necessárias à sustentação econômica dos grupos sociais.<sup>3</sup>

Após essas ponderações acerca de alguns dos fatores que constantemente contribuem para moldar o conceito de serviço público e lhe imprimem determinada

---

<sup>2</sup> ISTOÉ. São Paulo: Três, n.1763, jul. 2003. 90p.

<sup>3</sup> MOTTA, Paulo Roberto Ferreira Motta. **Universalização e Regulação dos Serviços Públicos de Energia Elétrica e Telecomunicações**. Curitiba, 2003. 268 f. Tese (Doutorado em Direito)-Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. p.147.

conformação em uma dada Sociedade, pode-se afirmar que a noção de serviço público é dinâmica, encontrando-se em profunda e freqüente elaboração/reelaboração, variando no tempo e conforme o espaço social a qual pretenda servir como critério jurídico. Nesse sentido, Hely Lopes MEIRELLES, para quem “não se pode, em doutrina, indicar as atividades que constituem serviço público, porque variam segundo as exigências de cada povo e de cada época”.<sup>4</sup>

Portanto, pode-se afirmar que o conceito de serviço público não está pronto, continua a ser trabalhado, modificado. Isso acontece porque o Estado também está em constante modificação e transformação.

## 1.2 CONSTRUÇÃO DA NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Embora os infindáveis esforços da doutrina e jurisprudência estrangeira e nacional, não houve a sedimentação e a construção de um conceito único de serviço público que pudesse ser utilizado indistintamente pelos advogados, juízes e demais intérpretes do Direito de quaisquer localidades, que dele precisam valer-se como critério objetivo, capaz de distinguir-se das demais funções do Estado (Legislação e Jurisdição), bem como das outras atividades desempenhadas pela Administração Pública. Deve-se observar também que as divergências na formulação do conceito não ocorrem somente entre legislações e doutrina de diferentes países mas, com igual número de controvérsias, dentro das fronteiras de cada Estado.

O conceito de serviço público no Brasil não foge à regra. Porém, pode-se dizer que a situação recentemente agravou-se com o movimento de privatizações<sup>5</sup> (cujo auge ocorreu durante o governo do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso), que

---

<sup>4</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 316.

<sup>5</sup> Durante o governo de Fernando Collor de Melo foi aprovada a Lei 8.031 de 12.04.90, instituindo o Programa Nacional de Desestatização. Posteriormente, a Lei 9.491 de 09.09.97 revogou a Lei 8.031, mantendo, no entanto, seu espírito.

culminou na entrega da execução de diversos serviços públicos a particulares<sup>6</sup>.

Ocorre que, justo com a venda de empresas estatais a empresas ou consórcio de empresas privadas, foram promulgadas algumas leis, das quais os maiores exemplos são as destinadas a disciplinar os setores de energia elétrica (Leis nºs 9.074, de 07.07.95; 9.427, de 26.12.96 e 9.648, de 27.05.98) e telecomunicações (Lei nº 9.472, de 16.07.97, mais conhecida como Lei Geral de Telecomunicações – LGT), que trouxeram diversos dispositivos em princípio incompatíveis com o sistema constitucional brasileiro e com a noção de serviço público difundido por grande parte da doutrina nacional.

É neste contexto, brevemente exposto acima, que devemos procurar traçar e definir um conceito de serviço público consoante o espírito constitucional e, através dele, posteriormente verificar as inovações presentes nos diplomas legais supra mencionados.

Na doutrina encontram-se profundas divergências quanto à abrangência do conceito de serviço público. Há, basicamente, duas formas de se compreendê-lo. Em sentido amplo, pode-se entender por serviço público toda prestação estatal, incluindo desde as atividades econômicas, a jurisdição, a segurança pública, o poder de polícia, a ordenação urbanística e mesmo a própria regulação estatal. Segundo Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, “Leon Duguit considerava o serviço público como atividade ou organização, em sentido amplo, abrangendo todas as funções do Estado; ele chegou ao ponto de pretender substituir a noção de soberania pela de serviço público, dizendo que o Estado é uma cooperação de serviços públicos organizados e fiscalizados pelos governantes.”<sup>7</sup> Duguit extraiu sua teoria do serviço público como sistema de legitimação do Estado. Toda a atuação do Estado estaria fundada no dever de realizar a

---

<sup>6</sup> Paulo Roberto Ferreira Motta (op. cit., p. 20) afirma que, “no Brasil, a maioria das antigas estatais teve seu controle acionário adquirido, exclusiva ou parcialmente, por fundos de pensão estrangeiros – representados por bancos de investimentos – ou nacionais (geralmente de empresas estatais).”

<sup>7</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14.ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 95.

finalidade de solidariedade social.<sup>8</sup> Assim, Duguit formulou a noção de serviço público como : “toda a atividade cujo cumprimento deve ser regulado, assegurado e controlado pelos governantes, por ser indispensável à realização e ao desenvolvimento das interdependência social e que é de tal natureza que não pode ser assegurado completamente senão pela intervenção de força do governante.”<sup>9</sup>

Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO lembra que, depois de estar a noção de serviço público, durante algum tempo, atrelada aos serviços indispensáveis à interdependência social, de tal modo que não poderiam ser prestados senão com a intervenção da força governante, conforme Duguit, veio a ser depois utilizada também para batizar outro tipo de atividades que o Estado passou a assumir (exploração de atividade econômica), sob regime de Direito Privado, e até mesmo para abarcar atividades exercidas por particulares, sem concessão, mas que se entendeu deveriam estar sob impacto de regras publicísticas (“serviço público virtual”). Assim, a noção de serviço público, ao tornar-se excessivamente ampla perdeu qualquer interesse jurídico.<sup>10</sup>

José CRETELLA JÚNIOR é exemplo daqueles que adotam conceito amplo de serviço público, definindo-o, como: “toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação do interesse público, mediante procedimento de direito público.”<sup>11</sup>

Hely Lopes MEIRELLES, do mesmo modo, conceitua serviço público de forma abrangente. Para ele serviço público é “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado.”<sup>12</sup>

---

<sup>8</sup> JUSTEN, op. cit. p.33.

<sup>9</sup> DUGUIT, León. *Les Transformations du droit public*, p. 51, *apud* JUSTEN, Mônica Spezia, op.cit., 35.

<sup>10</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.601.

<sup>11</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p.447.

<sup>12</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 316.

No entanto, observando-se a inutilidade de acolher-se conceito de serviço público demasiadamente amplo, confundindo-se com as funções legislativa e jurisdicional e mesmo com a polícia administrativa, muitos doutrinadores pretenderam resgatar a noção de serviço público, dando-lhe coloração própria através da vinculação de seu conceito a um delimitado campo de atividades incumbidas à Administração Pública. Com isso foram elaborados conceitos restritos de serviço público.

Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO faz parte da doutrina que restringe a amplitude da noção de serviço público. Segundo seu entendimento:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.<sup>13</sup>

Percebe-se, então, que o autor citado restringiu a noção de serviço público aos chamados serviços *uti singuli*, ou seja, utilidades e comodidades que possibilitam a fruição singular e individual de cada administrado. Deixou de fora, obviamente, os serviços *uti universi*, serviços prestados pela Administração que não possuem usuários determinados.<sup>14</sup>

Portanto, ele exclui do âmbito das atividades prestadas pela Administração Pública como serviços públicos aquelas que se constituem em atividades jurídicas. Seu objetivo é o de evitar-se que haja confusão com o conjunto de atividades do Estado, tornando o conceito imprestável para isolar um conjunto homogêneo de normas jurídicas, princípios e regras.

---

<sup>13</sup> Ibid., p. 600.

<sup>14</sup> Segundo Odília Ferreira da Luz Oliveira (Situação Jurídica do Usuário do Serviço Público. *Revista do Direito Público*. São Paulo: ano 17, n. 69, jan.-mar., 1984. p.48.), serviços *uti universi* são serviços gerais, que produzem uma utilidade genérica aos cidadãos, sem que se possa medir a utilidade usufruída por cada um; correspondem a uma atividade soberana e privativa do Estado, que atende diretamente a interesses coletivos indiscriminados. Por outro lado, os serviços *uti singuli* são serviços públicos especiais, que produzem uma utilidade específica para determinados cidadãos, uma vantagem mensurável e usufruída individualmente.

Por outro lado, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO discorda da formulação proposta por Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO. Entende a autora que o conceito de serviço público torna-se demasiadamente restrito devido à expressão utilidade ou comodidade fruível diretamente pelos administrados. Embora abarque serviços públicos como os de água, telecomunicações e energia elétrica, esquece de outras espécies de serviços considerados públicos, como os serviços administrativos do Estado prestados internamente, serviços diplomáticos e trabalhos de pesquisa científica, dos quais a coletividade apenas indiretamente auferir benefícios.<sup>15</sup>

Em virtude das ponderações acima expostas, a autora prefere definir serviço público “como toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.”<sup>16</sup>

Florianópolis de Azevedo MARQUES NETO, por sua vez, diz que, “em sentido restrito, pode-se conceber serviço público como as atividades dotadas de conteúdo econômico, revestidas de especial relevância social, cuja exploração a Constituição ou a Lei cometem à titularidade de uma das esferas da Federação como forma de assegurar o seu acesso a toda gente, permanentemente.”<sup>17</sup>

Observe-se que esse autor também reserva o conceito de serviço público aos serviços em que a fruição individual é possível. Ao elaborar sua conceituação para o serviço público albergou apenas aquelas atividades que apresentam conteúdo econômico, comumente definidas pela doutrina como serviços comerciais e industriais do Estado.

---

<sup>15</sup> DI PIETRO, *Direito...*, p. 97.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 99.

<sup>17</sup> MARQUES NETO, Florianópolis de Azevedo. A Nova Regulação dos Serviços Públicos. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: n.228, abr.-jun., 2002. p.18.

Odília Ferreira da Luz OLIVEIRA entende que o serviço público apresenta as seguintes características:

a) é atividade típica e exclusiva da Administração Pública, que não se desnatura quando sua execução é delegada a particulares; b) é atividade de prestação direta, imediata e concreta de uma utilidade aos administrados; c) é atividade que visa à satisfação de necessidades coletivas, sendo esse objetivo incorporado pelo ordenamento jurídico aos fins do Estado e, como tal, erigido em autêntico interesse público; d) é atividade integralmente regida pelo Direito Público, quer seja executada diretamente pelo Estado, quer por terceiros, mediante delegação.<sup>18</sup>

A partir destas características enumeradas a autora conceitua o serviço público como a “atividade típica e exclusiva da Administração Pública, executada diretamente por ela ou indiretamente por seus delegados sob um regime de Direito Público e por meio da qual são oferecidas aos administrados utilidades passíveis de fruição concreta, individualizada ou não, no atendimento a necessidades coletivas cuja satisfação é incorporada pelo ordenamento jurídico aos fins do Estado.”<sup>19</sup>

Marçal JUSTEN FILHO atrela o serviço público à satisfação de necessidades dos seres humanos em um dado momento histórico. Dessa forma, conceitua o serviço público como prestação de utilidades a pessoas indeterminadas, reservada juridicamente ao Estado e realizada sob regime de Direito Público, visando à realização do princípio da dignidade da pessoa humana ou como instrumento de satisfação de fins políticos essenciais.<sup>20</sup>

Não obstante a divergência entre os doutrinadores ao formularem o conceito de serviço público, pode-se notar que, com maior ou menor amplitude, estão presentes os seguintes elementos: 1) material; 2) subjetivo; 3) formal.

O aspecto material dá ao serviço público o caráter de atividade imprescindível ao atendimento de necessidades essenciais aos seres humanos.

---

<sup>18</sup> OLIVEIRA, op. cit., p.50.

<sup>19</sup> Id.

<sup>20</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003. p.44.

Quanto ao ângulo subjetivo da conceituação de serviço público pode-se afirmar que atualmente não há maiores discussões. Serviço público é aquele que, respeitados os limites constitucionais, é atribuído pela Constituição ou por lei ao Estado. Serviço público demanda titularidade estatal. Porém, isso não quer dizer que haja necessidade que o Estado preste diretamente a função que lhe foi atribuída. Poderá delegar sua execução a particulares mediante concessão ou permissão, após prévia licitação conforme a redação do art. 175<sup>21</sup> da Carta Magna, ou mesmo criar pessoa jurídica própria (autarquias ou fundações públicas) para desincumbir-se da prestação de um determinado serviço público.

Por último, a doutrina chama atenção para o elemento formal da noção de serviço público. Esse aspecto diz respeito ao regime jurídico em que os serviços públicos devem ser prestados. Vale notar que é precisamente quanto à caracterização do regime jurídico de prestação dos serviços públicos (regime de direito público, regime de direito privado, regime jurídico misto) que se tem travado as mais recentes disputas doutrinárias. A polêmica ganhou força principalmente graças às leis que disciplinaram o setor de fornecimento de energia elétrica e de telecomunicações. Para ilustrar a amplitude da questão basta analisar o art. 65, § 1º da Lei Geral de Telecomunicações<sup>22</sup>. Esse dispositivo determina que a circunstância de serem os serviços de telecomunicações de interesse coletivo não implica que eles devam ser necessariamente prestados em regime público. Somente 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.

Portanto, conforme foi redigido o dispositivo em questão, abre-se a possibilidade de que o serviço de telefonia fixa<sup>23</sup>, serviço notoriamente público, possa

---

<sup>21</sup> A Constituição Federal de 1988 dispõe no seu artigo 175 que “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.”

<sup>22</sup> Lei nº 9.472 de 16.07.97.

<sup>23</sup> Pedro Dutra ( Desagregação e Compartilhamento do Uso de Rede de Telecomunicações. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: n.226, out.-dez., 2001. p.141) observa que o serviço de telefonia fixa comutada consiste no serviço de telecomunicação que, por meio de

vir a ser prestado em regime de direito privado, caminhando em sentido completamente oposto ao das formulações doutrinárias acima expostas que, como visto, entendem que o serviço público, em virtude de sua ligação direta com o atendimento de necessidades essenciais da população, deve ser necessariamente prestado em regime de direito público.

No mesmo sentido Almiro do Couto e SILVA assevera que “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.”<sup>24</sup>

Desse modo, torna-se fácil observar que o estudo do regime jurídico a que deve submeter-se a prestação de serviços públicos no Brasil apresenta total relevância em vista do arcabouço legislativo traçado nos últimos anos.

Grande parte da doutrina visualiza a imprescindibilidade da prestação dos serviços públicos em regime de direito público por envolver a satisfação de necessidades essenciais, muitas vezes vitais, aos indivíduos.

Nesse sentido vale transcrever integralmente passagem do Curso de Direito Administrativo de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, nos termos seguintes:

Por meio de tal regime o que se intenta é instrumentar quem tenha a seu cargo garantir-lhes a prestação com os meios jurídicos necessários para assegurar a boa satisfação dos interesses públicos encarnados no serviço público. Pretende-se proteger do modo mais eficiente possível as conveniências da coletividade e, igualmente, defender a boa prestação do serviço não apenas (a) em relação a terceiros que pudessem obstá-la; mas também – e com o mesmo empenho – (b) em relação ao próprio Estado e (c) ao sujeito que as esteja desempenhando (concessionário ou permissionário).

Com efeito, ao erigir-se algo em serviço público, bem relevantíssimo da coletividade, quer-se também impedir de um lado, que terceiros os obstaculem e; de outro; que o titular deles; ou quem haja sido credenciado a prestá-los; procedam, por ação ou omissão, de modo abusivo, quer por desrespeitar direitos dos administrados em geral, quer por sacrificar direitos ou conveniências dos usuários do serviço”.<sup>25</sup>

---

transmissão de voz e de outros sinais, destina-se à comunicação entre dois pontos fixos determinados, utilizando-se de processos de telefonia.

<sup>24</sup> SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o Novo Exercício de Funções Públicas por Particulares. Serviço Público “à Brasileira”?. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: n.230, out.-dez.,2002. p.65.

<sup>25</sup> BANDEIRA DE MELLO, Curso..., op. cit., p.601.

Como se vê, o jurista citado é defensor absoluto da prestação de serviços públicos unicamente mediante regime jurídico de direito público, pois que, “como toda e qualquer noção jurídica, esta – serviço público – só tem préstimo e utilidade se corresponder a um dado sistema de princípios e regras...”<sup>26</sup>.

Portanto, a partir desse ponto de vista, os serviços públicos devem submeter-se ao regime jurídico-administrativo, o regime de Direito Público. É a submissão a esse regime jurídico específico que fornece ao serviço público caráter de noção jurídica.

Comunga do mesmo entendimento Odília Ferreira da Luz OLIVEIRA para quem: “outro traço caracterizador do serviço público é o regime jurídico de Direito Público, ou, como dizia JÈZE, a aplicação de um procedimento de Direito Público.”<sup>27</sup>

Romeu Felipe BACELLAR FILHO ao analisar o direito fundamental à prestação do serviço público adequado traz o pensamento de Carmen Lúcia Antunes ROCHA que defende que todo o cuidado do ordenamento jurídico, com “a forma de prestação do serviço público justifica-se pela circunstância de a própria Constituição ter configurado o direito do cidadão (usuário) ao serviço público adequado.”<sup>28</sup>

Contudo, parte da doutrina não vislumbra necessidade de submissão integral dos serviços públicos ao regime jurídico-administrativo, consagrador de prerrogativas e sujeições especiais. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO sustenta que o regime jurídico a que estão submetidas tais atividades pode ser total ou parcialmente público.<sup>29</sup>

Acirrando a discussão, há aqueles juristas que defendem a possibilidade de prestação de serviços públicos sob regime de direito privado, impulsionados por diplomas legais como a Lei Geral de Telecomunicações (art. 63) que contemplam a

---

<sup>26</sup> Id.

<sup>27</sup> OLIVEIRA, op. cit., p.49.

<sup>28</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O Poder Normativo dos Entes Reguladores e a Participação dos Cidadãos Nesta Atividade. Serviços Públicos e Direitos Fundamentais: os Desafios da Regulação na Experiência Brasileira. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: n.230, out.-dez., 2002. p.155.

<sup>29</sup> DI PIETRO, *Direito...*, p.99.

prestação de tais serviços mediante regimes público e privado submetidos a níveis de regulação distintos.

Entre eles encontra-se Almiro do Couto e SILVA que entende que “ainda que prestadas 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.”<sup>30</sup>

Em outro momento, o mesmo autor, mas tratando especificamente dos serviços de telecomunicações, assim conclui: “Parece-nos, pois, que os serviços de telecomunicações prestados 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.”<sup>31</sup>

Floriano de Azevedo MARQUES NETO, ao comentar as transformações na noção de serviço público, afirma que “a maior transformação neste cenário parece ser mesmo a introdução da competição em um mesmo serviço com distintas incidências regulatórias, ou seja, com a concomitância entre prestadoras sujeitas ao regime público e ao regime privado...”<sup>32</sup>

Dinorá Adelaide Musetti GROTTI, em excelente trabalho a respeito do regime jurídico das telecomunicações, observa:

O que muda substancialmente nos serviços públicos em regime público e privado é a relação da prestadora com o Poder Público, principalmente nos seguintes aspectos: a) não há contrato com o Poder Público, mas sim o estabelecimento de uma relação jurídica não-contratual, advinda de uma autorização; b) não há dever de continuidade na prestação dos serviços; c) não há dever de universalização de serviços; d) não há direito à manutenção do equilíbrio

---

<sup>30</sup> Silva, op. cit., p.73.

<sup>31</sup> Ibid., p.69.

<sup>32</sup> MARQUES NETO, A Nova..., p.23.

econômico-financeiro; e) o direito de exploração dos serviços é por prazo indeterminado; f) os preços são livres, inexistindo, portanto, controle estatal a respeito.<sup>33</sup>

Do trecho acima transcrito fica absolutamente clara a fragilização dos direitos dos usuários dos serviços de telecomunicações (incluídos os serviços de telefonia fixa que, conforme a lei, também podem ser prestados sob regime de direito privado), em virtude da não-observância dos princípios vetores da exploração de serviços públicos, como o da universalidade e da continuidade, obviamente economicamente desinteressantes aos particulares entrantes na exploração desses novos mercados.

Romeu Felipe BACELLAR FILHO lembra que “Carlos Ari SUNDFELD defende que a Constituição não vincula serviço público a regime jurídico administrativo, de forma que o Legislador é livre para definir o regime – público ou privado.”<sup>34</sup>

Com o intuito de sanar qualquer dúvida a respeito do regime de direito privado que vem sendo proposto por inúmeros juristas brasileiros, transcrever-se-á integralmente passagem do pensamento Carlos Ari SUNDFELD conforme exposta no trabalho de Romeu Felipe BACELLAR FILHO.

A propósito, está em curso no Brasil um debate, um tanto surdo, quanto à possibilidade de a exploração de serviço de titularidade estatal, como os de telecomunicações e energia elétrica, ser feita em regime privado, o que foi previsto nas leis de reestruturação, com o intuito de introduzir a desregulação parcial desses setores (por meio de mecanismos como a liberalização do acesso dos exploradores ao mercado, a flexibilização dos preços, a ausência de garantia de rentabilidade, etc.)

Alguns de meus colegas consideram que isso seria contrário à Constituição, pois dela decorreria o caráter necessariamente público da exploração por particulares, das atividades reservadas ao Estado. Esse argumento baseia-se na crença de que existiria, implícito nas dobras constitucionais, um regime jurídico único para a exploração de serviços estatais (que mereceria o qualificativo de ‘público’). Quanto a mim, não consigo ao examinar a Constituição, localizar onde estaria a definição desse regime único; o que encontro, em sucessivas passagens, é a previsão de que cabe às leis disciplinar os direitos e os deveres de prestadores, de usuários e do Poder Público.<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Regime Jurídico das Telecomunicações: Autorização, Permissão e Concessão. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: ano 9, n. 37, out.-dez., 2001. p.284.

<sup>34</sup> BACELLAR FILHO, op. cit., p.158.

<sup>35</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Serviços Públicos e regulação estatal*. In: *Direito administrativo econômico*, p.33, *apud* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, op. cit., p.158.

Como se pôde notar, muitos estudiosos do Direito têm defendido fervorosa e incondicionalmente a possibilidade de submissão da prestação de serviços públicos a um regime próprio do desempenho de atividades econômicas, marcado pela livre iniciativa e pela livre concorrência (onde, deve-se observar, o traço principal consiste na liberdade de preços), ou seja, regime de direito privado. No entanto, é preciso não esquecer que os serviços públicos estão ligados indissociavelmente ao atendimento das necessidades essenciais aos indivíduos de uma dada Sociedade, em um determinado momento histórico, sendo, pois, o principal instrumento de que foi investido o Estado para, através da Administração Pública, concretizar os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e da cidadania (art. 1º, II, CF), elevados pelo Poder Constituinte Originário a categoria de princípios fundamentais. Além disso, os serviços públicos são capazes de tornar possível a construção de uma Sociedade solidária (art. 3º, I, CF), bem como contribuir para a amenização das mazelas sociais ocasionadas pela miséria que atinge cerca de um terço dos brasileiros (art. 3º, III, CF).

Tendo em mira possibilitar a realização de tais objetivos, Romeu Felipe BACELLAR FILHO entende que:

É somente observando o direito fundamental ao serviço público adequado que deve ser levado a efeito a releitura dos artigos da Constituição brasileira que versam sobre os serviços públicos, notadamente em momento tão crucial, em que parte da doutrina brasileira levanta-se contra o caráter público do regime do serviço público e passa a defender e a desenvolver técnicas de transferências da execução do serviço público a particulares que podem ser usadas como subterfúgio à fuga para o direito privado.<sup>36</sup>

O autor citado observa que Maria João ESTORNINHO faz interessante constatação a respeito da mutação na atuação da Administração Pública: “ao longo dos tempos, a Administração Pública passou de uma fuga quase ‘inocente’ a uma fuga

---

<sup>36</sup> BACELLAR FILHO, op. cit., p.156.

‘consciente e perversa’ para o Direito Privado, procurando escapar às vinculações jurídico-públicas que normalmente enquadram a sua atuação.”<sup>37</sup>

Por fim, Romeu Felipe BACELLAR FILHO conclui nos seguintes termos, a respeito do regime jurídico a que devem sujeitar-se os serviços públicos:

Não podemos concordar com a idéia de desvincular o serviço público do regime jurídico-administrativo. Afinal, a Constituição de 1988 inaugurou um capítulo dedicado à Administração Pública. Se uma das pedras de toque do Estado de Direito é a fixação de um regime jurídico-administrativo, a Lei Fundamental optou por consagrar um regime jurídico constitucional-administrativo, fundado em princípios constitucionais expressos: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*). Esses princípios devem ser entendidos como de obediência obrigatória não somente pela Administração Pública em sentido subjetivo (órgãos da Administração Pública Direta, autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista que compõem a Administração Pública indireta), mas também pela Administração em sentido objetivo, da atividade administrativa, que inclui o serviço público.<sup>38</sup>

Assim, parece-nos que em virtude da gama de interesses da coletividade aos quais os serviços públicos estão intimamente relacionados, constituindo-se em instrumentos imprescindíveis para a garantia de uma existência digna aos cidadãos, torna-se impossível defender a prestação de tais atividades em regime privado.

### 1.3 PRINCÍPIOS INERENTES AO REGIME JURÍDICO PRÓPRIO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Afirmar que os serviços públicos subordinam-se a um regime jurídico diverso daquele a que estão sujeitos os particulares acarreta a necessidade de que sejam apontados os princípios que regem essas atividades, dando-lhes uma coloração própria, capaz de responder adequadamente frente à satisfação das necessidades essenciais dos seres humanos.

---

<sup>37</sup> ESTORNINHO, Maria João. *A Fuga para o Direito Privado: Contributo para o Estudo da Actividade de Direito Privado da Administração Pública*, p.355, *apud* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, op. cit., p.156.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p.159.

Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO arrola diversos princípios que entende imprescindíveis para a caracterização do regime jurídico dos serviços públicos, sem que isso signifique a exclusão dos demais que compõem o regime jurídico-administrativo. Segundo seu entendimento, quando nos deparamos com um serviço público, inexoravelmente estarão presentes os seguintes princípios: 1) dever inescusável do Estado de promover-lhe a prestação; 2) princípio da supremacia do interesse público; 3) princípio da adaptabilidade; 4) princípio da universalidade; 5) princípio da impessoalidade; 6) princípio da continuidade; 7) princípio da transparência; 8) princípio da motivação; 9) princípio da modicidade das tarifas e 10) princípio do controle (interno e externo) sobre as condições de sua prestação.<sup>39</sup>

Marçal JUSTEN FILHO diz que “o serviço público é norteado pelos princípios da continuidade, da igualdade e da mutabilidade.”<sup>40</sup>

Já Maria Sylvia Zanella DI PIETRO chama atenção para o princípio da continuidade do serviço público, da mutabilidade do regime jurídico e para o da igualdade dos usuários.<sup>41</sup>

Marcos Juruena Villela SOUTO faz também referência ao princípio da cortesia, que se traduz no bom tratamento ao usuário (hoje se exigindo, ainda, a disponibilização de meios de reclamações pelo mau atendimento e conseqüente formulação de pedidos e ressarcimento de prejuízos).<sup>42</sup>

Apesar da importância que possui cada um dos princípios acima referidos para a exata caracterização do regime jurídico dos serviços públicos, iremos realizar algumas ponderações a respeito de alguns deles que têm sido alvo de constantes agressões pelos concessionários responsáveis pela prestação dos serviços. Trataremos, pois, dos seguintes princípios: princípio da universalidade, princípio da continuidade, princípio

---

<sup>39</sup> BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p.604-606.

<sup>40</sup> JUSTEN FILHO, op. cit., p.30.

<sup>41</sup> DI PIETRO, *Direito...*, p.101.

<sup>42</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. Proteção do Usuário de Serviços Públicos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: ano 8, n. 31, abr.-jun.,2000. p.125.

da modicidade das tarifas, princípio da igualdade dos usuários e princípio da adaptabilidade.

Paulo Roberto Ferreira MOTTA dá ao princípio da universalidade o *status* de princípio nuclear dos serviços públicos. Para esse jurista,

O princípio da universalidade dos serviços públicos, dentro de uma interpretação sistemática e principiológica, deflui da confluência de outros tantos princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, como os da democracia, da legalidade, da dignidade da pessoa humana, da moralidade, da impessoalidade, da eficiência, da segurança das relações jurídicas, etc. Resulta, portanto, a universalização material dos serviços públicos, ser princípio constitucional implícito perante nosso ordenamento. Mas também, porque, por mais que procure, não se encontrará na Constituição norma que se oponha à universalização material dos serviços públicos. Pelo contrário, todas as construções levam à mesma conclusão.<sup>43</sup>

O autor citado acrescenta que “se o Estado possui o dever inescusável de promover a prestação do serviço público, este, somente, pode ser tido como cumprido, se todos os cidadãos, que se enquadrarem nos dispositivos legais, forem alcançados pelo mesmo.”<sup>44</sup>

Saliente-se, então, que a universalização desses serviços tem por objetivo garantir que todos, pessoas físicas ou jurídicas, tenham a eles acesso por serem necessários à realização de suas atividades. Portanto, esse princípio pretende que nos quatro cantos do país seja possível valer-se dessas prestações que a Constituição ou as leis atribuíram ao Estado. Pode-se dizer que a universalização dos serviços públicos é a única forma eficaz e apta a assegurar o desenvolvimento econômico da nação brasileira. Dessa forma, a entrega da maior parte dos serviços públicos a empresas concessionárias torna necessário que o Estado, através das agências reguladoras responsáveis por cada setor, garanta a concretização desse princípio que, como já é possível notar, é constantemente violado ao deixar-se de atender regiões do país onde a exploração da atividade não se mostra ‘viável’.

No que tange ao princípio da continuidade, acompanhamos mais uma vez Marçal JUSTEN FILHO, para quem:

---

<sup>43</sup> MOTTA, op. cit., p.149-150.

<sup>44</sup> Ibid., p.152.

O princípio da continuidade significa a impossibilidade de interrupção da prestação do serviço, eis que se presume que as utilidades prestadas são essenciais e indispensáveis à sobrevivência ou à normalidade da vida. A idéia da continuidade se vincula à própria permanência inerente ao conceito de Estado, cuja atuação não pode ser interrompida. Somente se pode qualificar como serviço público o fornecimento de utilidades essenciais à realização da dignidade da pessoa humana. Logo, pelos mesmos fundamentos que conduzem à qualificação jurídica de uma certa atividade como serviço público, atinge-se o resultado da impossibilidade de interrupção da atividade.<sup>45</sup>

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO leciona que o princípio da continuidade, no que concerne aos contratos, gera as seguintes conseqüências:

1) a imposição de prazos rigorosos ao contraente; 2) a aplicação da teoria da imprevisão, para recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e permitir a continuação do serviço; 3) a inaplicabilidade do *exceptio non adimpleti contractus* contra a Administração; 4) o reconhecimento de privilégios para a Administração, como o de encampação, o de uso compulsório dos recursos humanos e materiais da empresa contratada, quando necessário para dar continuidade à execução do serviço.<sup>46</sup>

Assim, constata Mauro Roberto Gomes de MATTOS que “o princípio da continuidade no serviço público é uma constante, sendo mantido como uma verdadeira prerrogativa da sociedade, que possui neste princípio a garantia de que sempre receberá os necessários serviços públicos, sem interrupções, pouco importando se será fornecido pelo Estado direta ou indiretamente, pois a satisfação do interesse público deverá sempre imperar.”<sup>47</sup>

Já o princípio da modicidade das tarifas tem, segundo Marcos Juruena Villela SOUTO o objetivo de “tornar o serviço acessível a todos com o menor sacrifício possível da parte do usuário sem inviabilizar a remuneração adequada do prestador (daí se falar na razoabilidade das tarifas).”<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> JUSTEN FILHO, op. cit., p.31.

<sup>46</sup> DI PIETRO, *Direito...*, p.102.

<sup>47</sup> MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Da Crise de Energia Elétrica e a Proteção do Consumidor dos Serviços Públicos Privatizados. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: n.225, jul.-set., 2001. p.152.

<sup>48</sup> SOUTO, *Proteção...*, p. 125.

Para Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO esse princípio é essencial aos serviços públicos pois “se o Estado atribui tão assinalado relevo à atividade a que conferiu tal qualificação, por considerá-lo importante para o conjunto de membros do corpo social, seria rematado dislate que os integrantes desta coletividade a que se destinam deveriam, para desfrutá-lo, pagar importâncias que os onerassem excessivamente e, pior que isto, que os marginalizassem.”<sup>49</sup>

Com vistas à necessidade de que o serviço público seja remunerado por pequenos valores, permitindo o acesso do maior número de indivíduos possível, o autor acima citado assinala que:

Em um país como o Brasil, no qual a esmagadora maioria do povo vive em estado de pobreza ou miserabilidade, é óbvio que o serviço público, para cumprir sua função jurídica natural terá de ser remunerado por valores básicos, muitas vezes subsidiados. Tal circunstância – que não ocorre em países desenvolvidos –, dificulta ou impossibilita a obtenção de resultados bem sucedidos com o impropriamente chamado movimento das ‘privatizações’, isto é, da concessão de tais serviços a terceiros para que os explorem com evidentes e naturais objetivos de lucro.<sup>50</sup>

O princípio da igualdade, segundo Marçal JUSTEN FILHO, “envolve o tratamento não discriminatório e universal para todos os usuários. Não se pode restringir o acesso aos benefícios do serviço público para os sujeitos que se encontram em igualdade de condições. Na medida em que as utilidades em que se traduz o serviço público são essenciais à dignidade do usuário, todos devem receber tratamento equivalente.”<sup>51</sup>

Por último, quanto ao princípio da adaptabilidade ou mutabilidade, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO afirma que esse princípio,

Autoriza mudanças no regime de execução do serviço para adaptá-lo ao interesse público, que é sempre variável no tempo. Em decorrência disso, nem os servidores públicos, nem os usuários dos serviços públicos, nem os contratados pela Administração têm direito adquirido à manutenção de determinado regime jurídico, o estatuto dos funcionários pode ser alterado, os

---

<sup>49</sup> BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 605.

<sup>50</sup> Id.

<sup>51</sup> JUSTEN FILHO, op. cit.,31.

contratos também podem ser alterados ou mesmo rescindidos unilateralmente para atender ao interesse público.<sup>52</sup>

Quanto ao mesmo princípio Marçal JUSTEN FILHO completa dizendo que:

A mutabilidade retrata a vinculação do serviço público à necessidade a ser satisfeita e às concepções técnicas de satisfação. É da essência do serviço público sua adaptação conforme a variação das necessidades e a alteração dos modos possíveis de sua solução. Há um dever para a Administração de atualizar a prestação do serviço, tomando em vista as modificações técnicas, jurídicas e econômicas supervenientes. Isso significa ausência de direito adquirido dos prestadores do serviço e dos usuários à manutenção das condições anteriores ou originais.<sup>53</sup>

O regime jurídico de direito público, como visto, em virtude dos princípios que consagra, é o único capaz de salvaguardar valores essenciais que o ordenamento jurídico entendeu serem imprescindíveis ao desenvolvimento da Sociedade e que, provavelmente, não teriam quaisquer possibilidades de concretização se determinadas atividades fossem deixadas à livre prestação pelo mercado. Portanto, deve-se ressaltar desde logo que, admitir-se a prestação de serviços públicos em regime de direito privado significa nada mais que negar ao usuário o direito de ver observado todos os princípios acima mencionados, quando precisar valer-se de um serviço público para satisfazer suas necessidades.

#### 1.4 DISTINÇÕES ENTRE O SERVIÇO PÚBLICO E O PODER DE POLÍCIA

O poder de polícia é atividade estatal ligada diretamente ao exercício das liberdades individuais e da propriedade privada. O poder de polícia exercido pela Administração Pública tem por objetivo limitar a liberdade e a propriedade privada aos contornos que a elas reservou o ordenamento jurídico. Celso Antônio BANDEIRA DE

---

<sup>52</sup> DI PIETRO, *Direito...*, p.102.

<sup>53</sup> JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p.31.

MELLO verifica que o poder de polícia é forma de compatibilizar a liberdade e a propriedade dos indivíduos ao bem-estar social.<sup>54</sup> Em seguida, o jurista assevera que:

Não se deve confundir liberdade e propriedade com direito de liberdade e direito de propriedade. Estes últimos são as expressões daquelas, porém tal como admitidas em um dado sistema normativo. Por isso, rigorosamente falando, não há limitações administrativas ao direito de liberdade e ao direito de propriedade – é a brilhante observação de Alessi – uma vez que estas simplesmente integram o desenho do próprio perfil do direito. São elas, na verdade, a fisionomia normativa dele. Há, isto sim, limitações à liberdade e à propriedade.<sup>55</sup>

O autor citado critica a expressão “poder de polícia”. Para ele o termo é infeliz, pois engloba sob um único nome, coisas radicalmente distintas, submetidas a regimes de inconciliável diversidade: leis e atos administrativos. Segundo um sentido amplo, o poder de polícia abrange tanto atos do Legislativo quanto do Executivo. “Refere-se, pois, ao complexo de medidas do Estado que delinea a esfera juridicamente tutelada da liberdade e da propriedade dos cidadãos.”<sup>56</sup> Por outro lado, o autor citado aduz que,

A expressão ‘poder de polícia’ pode ser tomada em sentido mais restrito, relacionando-se unicamente com as intervenções, quer gerais e abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas (tais as autorizações, as licenças, as injunções), do Poder Executivo destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais. Esta acepção mais limitada responde à noção de polícia administrativa.<sup>57</sup>

Como é possível notar, a atividade administrativa de polícia tem por objetivo adequar o comportamento dos administrados ao interesse público, condicionando suas atuações às limitações impostas no ordenamento jurídico, no intuito de salvaguardar os interesses dos demais indivíduos integrantes do corpo social. Deve-se observar ainda que a atividade de polícia encontra-se presente também nos Poderes Legislativo e Judiciário, não se esgotando no âmbito do Poder Executivo.

---

<sup>54</sup> BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 693.

<sup>55</sup> Id.

<sup>56</sup> Ibid., p. 697.

<sup>57</sup> Id.

Marcos Juruena Villela SOUTO verifica que a polícia administrativa compreende quatro momentos, a saber:

1) o estabelecimento da ordem ou comando de polícia, por meio do qual é estabelecida a limitação ou condicionamento do exercício de uma liberdade ou direito individual em prol do atendimento ou da não perturbação do interesse da coletividade; 2) o consentimento de polícia, provocado pelo interessado, que deseja ver seu direito declarado (licença), ou constituído (autorização ou permissão) pela Administração, a quem compete verificar se a pretensão se insere dentro dos limites ou condições impostos no comando; 3) a fiscalização de polícia, executada de ofício pela Administração, independentemente de qualquer provocação, consistindo na verificação do atendimento dos padrões impostos no comando ou ordem de polícia (podendo resultar na lavratura de um auto de infração); 4) a sanção de polícia, aplicada quando, após o devido processo legal em que seja assegurado o direito à ampla defesa e ao contraditório, restar constatada a violação dos limites impostos ao exercício de um direito de liberdade.<sup>58</sup>

Critério comumente utilizado para realizar a distinção entre o poder de polícia e o serviço público toma com pressuposto o fato de a atividade de polícia ser negativa, enquanto impõe limitações à liberdade e à propriedade dos administrados (licença, autorização, atividades de fiscalização) e, por outro lado, o serviço público seria atividade positiva, pois consiste na entrega de utilidades, facilidades aos membros de dada Sociedade.

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO levanta críticas a esse critério de distinção. Segundo seu entendimento,

O critério é útil apenas na medida em que demonstra a diferença entre poder de polícia e serviço público. Mas tem-se que levar em conta que, ao se qualificar o serviço público como atividade positiva, está-se considerando a posição da Administração: ela desenvolve uma atividade que vai trazer um acréscimo aos indivíduos, isoladamente ou em conjunto; no poder de polícia, o aspecto negativo diz respeito ao particular frente à Administração: ele sofrerá um limite em sua liberdade de atuação, imposto pela Administração.<sup>59</sup>

Para Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, a distinção entre serviço público e polícia administrativa é facilmente perceptível, pois um e outra têm sentidos direcionamentos antagônicos. Assevera que,

---

<sup>58</sup> SOUTO, *Proteção...*, p.123.

<sup>59</sup> DI PIETRO, *Direito...*, p.115.

Enquanto o serviço público visa a ofertar ao administrado uma utilidade, ampliando, assim, o seu desfrute de comodidades, mediante prestações feitas em prol de cada qual, o poder de polícia, inversamente (conquanto para a proteção do interesse de todos), visa a restringir, limitar, condicionar as possibilidades de sua atuação livre, exatamente para que seja possível um bom convívio social. Então, a polícia administrativa constitui-se em uma atividade orientada para a contenção dos comportamentos dos administrados, ao passo que o serviço público, muito ao contrário, orienta-se para a atribuição aos administrados de comodidades e utilidades materiais.<sup>60</sup>

Não obstante os esforços da doutrina em apartar as noções de polícia administrativa de um lado e de serviço público de outro, conforme pudemos constatar das transcrições acima efetuadas, Marçal JUSTEN FILHO assinala a impossibilidade de uma dissociação absoluta entre as duas espécies de atividades administrativas. O autor entende que o poder de polícia, assim como ocorre com o serviço público, orienta-se à realização do princípio da dignidade da pessoa humana, não tendo por objetivo perseguir finalidade qualitativamente distinta. Acrescenta que, embora seja possível e necessário distingui-los, não se deve buscar manifestações puras de ambas as competências, haja vista que as estruturas estatais organizadas para desempenho de atividades de serviços públicos, realizam também atos de polícia.<sup>61</sup>

## 1.5 FORMAS DE ATUAÇÃO ESTATAL NA ORDEM ECONÔMICA

O Constituinte de 88 deixou consagrado na Lei Maior inúmeras normas jurídicas (princípios e regras) destinadas a garantir a disciplina econômica, opondo óbices a intervenção do Estado no domínio econômico. Em suma, esse conjunto de normas comumente conhecido como “Constituição Econômica” pretende determinar qual agente poderá atuar no âmbito econômico e quais os fins que por ele devem ser buscados. Contudo, desde logo podemos afirmar que a opção constitucional foi pelo capitalismo, pela livre iniciativa e pela livre concorrência, garantindo aos particulares

---

<sup>60</sup> BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p.611.

<sup>61</sup> JUSTEN FILHO, op. cit., p.25-27.

o papel principal no desempenho de atividades econômicas, reservando ao Estado a atuação subsidiária, embora de extrema importância.

Assim, neste tópico, pretende-se traçar, ainda que brevemente, os limites da intervenção do Estado no domínio econômico.

Luís Roberto BARROSO ensina que:

A sistematização doutrinária das formas de intervenção do Estado na economia varia conforme o critério adotado. Há autores que se referem à intervenção (a) regulatória, (b) concorrencial, (c) monopolista e (d) sancionatória. Outros classificam-na em (a) poder de polícia, (b) incentivos à iniciativa privada e (c) atuação empresarial. Nessa linha, é possível identificar três mecanismos de intervenção estatal no domínio econômico: a atuação direta, o fomento e a disciplina.<sup>62</sup>

Como classificada por Eros Roberto GRAU, são três as hipóteses de intervenção estatal no domínio econômico: intervenção por absorção ou participação; intervenção por direção e intervenção por indução. Dessa forma, salienta que:

No primeiro caso, o Estado intervém no domínio econômico, isto é, no campo da atividade econômica em sentido estrito. Desenvolve a ação, então, como agente (sujeito econômico). Intervirá, então, por absorção ou participação. Quando o faz por absorção, o Estado assume integralmente o controle dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito; atua em regime de monopólio. Quando o faz por participação, o Estado assume o controle de parcela dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica; em sentido estrito atua em regime de competição com empresas privadas que permanecem a exercer suas atividades nesse mesmo setor.<sup>63</sup>

Quando o Legislador entende ser razoável que o Estado atue diretamente na ordem econômica, poderá escolher três meios para ele desincumbir-se desse papel. Poderá determinar que, em vista da extrema importância de determinada atividade para o desenvolvimento e bom funcionamento da Sociedade, o Estado a assumirá como de sua responsabilidade, submetendo-a a um regime jurídico próprio, de direito público, graças à sua essencialidade, retirando-se o desempenho das atividades correspondentes

---

<sup>62</sup> BARROSO, Luís Roberto. A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: n.226, out.-dez., 2001.p.202.

<sup>63</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p.156.

ao âmbito da livre iniciativa privada e impondo-se titularidade estatal. Nessa hipótese, o Estado estará a prestar serviços públicos. Por outro lado, o Estado poderá interferir na ordem econômica explorando atividades econômicas. Contudo, neste caso, a atuação empresarial do Estado poderá seguir dois rumos diversos. Ou o Estado irá agir em regime de concorrência, competindo com os particulares, ou irá desempenhar a atividade em regime de monopólio.

Cabe agora, ainda que brevemente, analisarmos cada uma das hipóteses de atuação direta do Estado na ordem econômica.

Primeiramente, é preciso realizar a distinção entre serviços públicos e atividades econômicas. Neste passo, sem dúvida, devemos seguir a orientação já consagrada de Eros Roberto GRAU, que entende ser o serviço público espécie do gênero atividade econômica, cujo desenvolvimento compete fundamentalmente ao Poder Público. Explica o citado autor que:

A prestação do serviço público está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí podermos afirmar que o serviço público é um tipo de atividade econômica. Serviço público – dir-se-á mais – é o tipo de atividade econômica cujo desenvolvimento compete, preferencialmente, ao setor público. Não exclusivamente, note-se, visto que o setor privado presta serviço público em regime de concessão ou permissão. Desde aí poderemos também afirmar que o serviço público está para o setor público, assim como a atividade econômica está para o setor privado.<sup>64</sup>

Marçal JUSTEN FILHO afirma que “o ponto nuclear da distinção entre serviço público e atividade econômica propriamente dita reside na relação entre a necessidade a ser satisfeita e a dignidade da pessoa humana.”<sup>65</sup> Mais a frente o mesmo autor diz que “o conceito de atividade econômica em sentido estrito delinea-se, portanto, sobre os princípios da exploração empresarial, da livre iniciativa e da livre concorrência. Pressupõe que os sujeitos possam organizar os fatores de produção para obtenção de resultados não predeterminados pelo Estado, com apropriação privada do lucro.”<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> Ibid., p.131.

<sup>65</sup> JUSTEN FILHO, op. cit., p. 30.

<sup>66</sup> Ibid., p.32.

A Carta Magna, ao tratar dos serviços públicos no art.175, inserindo-os sob o Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira e, mais especificamente, no capítulo reservado aos princípios gerais da atividade econômica, deixou claro o intuito do Constituinte de adotar uma concepção ampla de atividade econômica, albergando tanto o serviço público como a atividade econômica *stricto sensu*.

Dessa forma, junto com Alexandre Santos de ARAGÃO, pode-se concluir no seguinte sentido:

Ao contrário do que ocorre em outros direitos positivos, a nossa Constituição estabelece uma nitida distinção entre serviço público e atividade econômica. Na verdade, contudo, não podemos torcer a realidade a ponto de sustentar que os serviços públicos não sejam atividades econômicas. Os serviços públicos são atividades econômicas qualificadas como tal, qualificação esta que visa a permitir a prestação direta pelo Estado ou uma forte regulação e ingerência estatal na atividade quando gerida por particulares delegatários. O serviço público revela-se, então, como uma das mais intensas formas de intervenção do Estado na economia.<sup>67</sup>

Como dito acima, o Estado além da prestação de serviços públicos poderá explorar atividades econômicas *stricto sensu*, todavia, nessas hipóteses, atuará em regime de concorrência com a iniciativa privada e desde que seja necessário aos imperativos da segurança nacional ou ao atendimento de relevante interesse coletivo. A necessidade do preenchimento de tais pressupostos estão claramente delineados no art. 173, CF: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

Luís Roberto BARROSO lembra que a “E.C. 19/98 deu nova redação ao § 1º do art. 173 da Constituição Federal, tendo reiterado a sujeição das empresas públicas, sociedades de economia mista, bem como suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ao regime jurídico próprio das empresas privadas, ‘inclusive quanto aos direitos e

---

<sup>67</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Princípio da Proporcionalidade no Direito Econômico. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: n.223, jan.-mar., 2001. p.202.

obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.”<sup>68</sup> Dessa forma, a Constituição estabelece que, nessas hipóteses, o Estado-empresário estará submetido às mesmas condições que os particulares, de modo a evitar a concorrência desleal, com prejuízo maior para o princípio da livre iniciativa.<sup>69</sup> Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO lembra que “há exagero na dicção do § 1º do art. 173, pois, se é de fato que as entidades em causa se submetem basicamente ao Direito Privado, não menos verdade é que sofrem o influxo de princípios e normas publicísticas, a começar por uma série deles radicados na própria Constituição.”<sup>70</sup>

Note-se, porém, que ainda que diversas normas de direito público sejam aplicáveis ao caso, estaremos frente a uma atividade econômica em sentido estrito e não a um serviço público.

Por último, o Estado explora diretamente atividades econômicas em sentido estrito através do monopólio. Alexandre de MORAES afirma que “monopólio estatal é a deliberada subtração de certas atividades privadas das mãos do particular, a fim de colocá-las sob o controle da Nação por motivo de interesse público.”<sup>71</sup> O autor citado ensina que “a diferença básica entre serviço público e monopólio estatal poderia ser apontada em relação à natureza da atividade, pois enquanto no primeiro caso a atividade é eminentemente pública, no segundo, o Poder Público subtraiu uma atividade particular, em face de relevante interesse público.”<sup>72</sup>

Ainda consoante os ensinamentos de Alexandre de MORAES, ‘uma atividade de monopólio pode ser desenvolvida em virtude de três motivos: 1) previsão legal, 2)

---

<sup>68</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: n.229, jul- set., 2002. p.292.

<sup>69</sup> BARROSO, *A Ordem Econômica...*, p.202.

<sup>70</sup> BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p.626.

<sup>71</sup> MORAES, Alexandre de. *Regime Jurídico da Concessão para Exploração de Petróleo e Gás Natural. Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: ano 9, n. 36, jul.-set.,2001. p.164.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p.165.

circunstâncias fáticas de mercado que impossibilitem, parcial ou totalmente, a concorrência; 3) ilegalmente, com abuso do poder econômico (*trust*).”<sup>73</sup>

A hipótese por ora analisada diz respeito ao monopólio legal, mais especificamente, pode-se completar, por previsão constitucional, tendo em vista a limitação à criação de novos monopólios públicos, além daqueles que já constam da Carta (a enumeração constitucional é taxativa e deferida exclusivamente à União, afirma Luís Roberto BARROSO<sup>74</sup>). Quer isto dizer que, no regime da Constituição de 1988, a lei já não pode criar outros monopólios, não previstos expressamente no texto constitucional, pois contra isso se opõe o princípio da livre iniciativa, sobre o qual se funda toda a ordem econômica (art. 170 C.F.).

Segundo a redação do art. 177 da Constituição da República temos que:

Constituem monopólio da União: I- a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II- a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III- a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV- o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzido no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; V- a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados.

O Estado também interfere no domínio econômico por via do fomento através do qual apóia a iniciativa privada e estimula determinados comportamentos.

Luís Roberto Barroso registra que:

Através de incentivos fiscais, o Poder Público promove a instalação de indústrias ou outros ramos de atividade em determinada região. Do mesmo modo, a elevação ou redução da alíquota de impostos – notadamente os que têm regime excepcional no tocante aos princípios da legalidade e anterioridade (CF, arts. 150, §1º, 153, §1º) como IPI, imposto sobre a importação, IOF – é decisiva na expressão ou retração de determinado segmento da economia. Igualmente relevante, no fomento da atividade econômica, é a oferta de financiamento público

---

<sup>73</sup> Ibid., p.166.

<sup>74</sup> BARROSO, A Ordem Econômica..., p. 202.

a determinadas empresas ou setores do mercado, por exemplo, lista de crédito junto ao BNDES.<sup>75 76</sup>

Para Luís Roberto BARROSO “a peculiaridade dessa forma de intervenção estatal é que ela opera por meio de normas diretivas. A adesão ao comportamento sugerido constitui mera opção dos agentes econômicos que se beneficiam com os mecanismos de fomento criados em lei.”<sup>77</sup>

A última modalidade de intervenção estatal que cabe fazer referência diz respeito à disciplina da ordem econômica. Esta tem assento constitucional no art. 174: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

Conforme esse artigo, o Poder Público atuará como agente normativo e regulador, exercendo a função de fiscalização. Vale observar, contudo, que a característica da disciplina está, exatamente, em que ela não pretende nem pode pretender substituir o mercado em seu papel central do sistema econômico. É traço essencial da disciplina a imposição de determinadas condutas aos agentes econômicos que, se desobedecidos, acarretarão a imposição de uma sanção. Dessa forma, haverá uma limitação do espaço reservado à livre iniciativa, tendo-se em vista a necessidade de ponderação com os demais princípios retores da ordem jurídica brasileira.

Nesse sentido, Luís Roberto BARROSO: “À luz da Constituição brasileira, a ordem econômica funda-se, essencialmente, na atuação espontânea do mercado. O Estado pode, evidentemente, intervir para implementar políticas públicas, corrigir

---

<sup>75</sup> BARROSO, *Agências...*, p.291

<sup>76</sup> O Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) é uma poderosa fonte de financiamento de longo prazo. Até o final do ano de 2003, deverá desembolsar 34 bilhões de reais, ou seja, mais que todo o crédito concedido pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) em 2001. O banco atua nos mais variados setores da economia ( agropecuária, indústria, infraestrutura, comércio, serviços). (VEJA. São Paulo: Abril, n.1789, fev. 2003. 154p.)

<sup>77</sup> BARROSO, *A Ordem Econômica...*, p.203.

distorções e, sobretudo, para assegurar a própria livre iniciativa e promover seu aprimoramento. Este é o fundamento e o limite de sua intervenção legítima.”<sup>78</sup>

O jurista citado argumenta que:

O Estado disciplina a atividade econômica mediante a edição de leis, de regulamentos e pelo exercício do Poder Público. De fato, o Poder Público exerce competências normativas primárias e edita normas decisivas para o desempenho da atividade econômica, algumas com matriz constitucional, como, por exemplo, o Código do Consumidor (art.5º, XXXII), a lei de remessa de lucros (art.172), a lei de repressão ao abuso do poder econômico (art. 173, § 4º), dentre inúmeros outros. Exerce, ademais, competências normativas de cunho administrativo, editando decretos regulamentares, resoluções, deliberações, portarias, algumas em domínios relevantíssimos, como a política de crédito e a política de câmbio, em meio a muitos outros. Por fim, desempenha, também, o poder de polícia, restringindo direitos e condicionando o exercício de atividades em favor do interesse coletivo (e.g., polícia ambiental, sanitária, fiscalização trabalhista).<sup>79</sup>

---

<sup>78</sup> Ibid., p.205.

<sup>79</sup> Ibid., p.204.

## **A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS APÓS AS PRIVATIZAÇÕES**

### **2.1 APONTAMENTOS QUANTO AOS MODELOS DE ESTADO E A REFORMA ADMINISTRATIVA NO BRASIL**

Desde o final do Século XIX até o início do Século XXI a história contemporânea assistiu ao surgimento de três modelos diferentes de Estado que dão os contornos e definem o papel do Estado na Sociedade. O modelo liberal foi o primeiro, marcado pela atribuição de poucas funções a cargo do Poder Público. Tratava-se de um Estado omissivo. Não intervinha no domínio econômico e exercia a soberania em duas vertentes: para garantir a ordem interna e para manter a segurança externa. A primeira era conseguida através da polícia e da justiça, enquanto a segunda era tarefa pertinente ao exército. Esse Estado oitocentista não se preocupou com a construção de escolas, tratamento da água, geração de energia elétrica, aposentadoria. Angela Cassia COSTALDELLO observa que o Estado liberal “surgiu com vistas à proteção das liberdades individuais, da segurança jurídica e da propriedade. Imperava o individualismo. No plano das instituições, em nome da liberdade, firma-se a idéia de limitar o poder, diminuindo ao máximo as funções que o Estado pudesse exercer. Entretanto, este panorama acabou por gerar inúmeras desigualdades sociais.”<sup>80</sup> Vale lembrar que a liberdade de contrato, propriedade privada e livre iniciativa traduziam a expressão econômica dos direitos individuais.

No início do Século XX, graças à convergência de diversos fatores, principalmente em virtude da miséria que assolava a população depois do término da Primeira Guerra Mundial, deixando o povo sem quaisquer condições mínimas de subsistência, surge, como resposta a esse quadro desolador, o Estado do Bem-Estar Social. Este assume encargos destinados à modificação da Sociedade. Passa a dedicar-se à erradicação da pobreza e do analfabetismo, trazendo ao seu rol de incumbências

---

<sup>80</sup> COSTALDELLO, Angela Cassia. O Regime Jurídico dos Agentes Públicos e a Emenda Constitucional nº19/98. *Interesse Público*. Porto Alegre: n.3, 1999. p.48.

tarefas que antes eram deixadas aos particulares (energia elétrica e fornecimento de água tratada, por exemplo).

Sobre o Estado Social, Luís Roberto BARROSO afirma que:

O Estado assume diretamente alguns papéis econômicos, tanto como condutor do desenvolvimento, como outros de cunho distributivista, destinados a atenuar certas distorções do mercado e a amparar os contingentes que ficaram à margem do progresso econômico. Novos e importantes conceitos são introduzidos, como os de função social da propriedade e da empresa, assim como se consolidam os chamados direitos sociais, tendo por objeto o emprego, as condições de trabalho e certas garantias aos trabalhadores.<sup>81</sup>

Porém, Almiro do Couto e SILVA constata que o *Welfare State* “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.”<sup>82</sup>

Paulo Roberto Ferreira MOTTA não nega a crise em que o Estado Social está imerso. Todavia, assinala que isso não pode ser entendido como a morte desse modelo de Estado e de sua característica principal, os serviços públicos.<sup>83</sup>

A redução do tamanho do Estado, como resposta à crise fiscal, torna-se o discurso dominante a partir dos anos 70 do século passado. O aparelho estatal passa a ser identificado com a idéia de ineficiência, desperdício de recursos, má prestação de serviços públicos, morosidade e corrupção. A solução para esse Estado em crise é dada, pelos teóricos neoliberais, através da desregulamentação (o Estado só deveria interferir no jogo econômico quando as regras elaboradas pelo próprio mercado fossem deficientes ou falhassem), pela privatização, através das organizações não-governamentais e da quebra de monopólios estatais de serviços públicos.

Almiro do Couto e SILVA lembra que, “na América Latina, a terapêutica concentrou-se com ênfase nas privatizações, insistentemente recomendadas, para não

---

<sup>81</sup> BARROSO, *Agências...*, p.286.

<sup>82</sup> SILVA, *op. cit.*, p. 48.

<sup>83</sup> MOTTA, *op. cit.*, p.80.

dizer impostas, por instituições internacionais, de que o exemplo mais marcante é o FMI.”<sup>84</sup>

No entanto, valendo-se mais uma vez das lições de Luís Roberto BARROSO, deve-se ter presente que:

Não se deve encobrir, artificialmente, a circunstância de que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser nem liberal, nem moderno. De fato, no período liberal, jamais nos livramos da onipresença do Estado. A sociedade brasileira, historicamente, sempre gravitou em torno do oficialismo. As bênçãos do poder estatal sempre foram – ressalvadas as exceções que confirmam a regra – a razão do êxito ou do fracasso de qualquer projeto político, social ou empresarial que se pretendesse implantar. Este é um traço marcante do caráter nacional, com raízes na colônia e que atravessou o Império, exacerbou-se na República Velha e ainda foi além.<sup>85</sup>

Iniciada a década de 90, o Brasil, após enfrentar a grave crise econômica que se alongou durante todos os anos 80, deparou-se com o esgotamento do modelo econômico de desenvolvimento industrial que funcionou durante mais ou menos cinquenta anos (com uma iniciativa privada frágil a economia era impulsionada pelo Estado), baseado no crescimento para “dentro”, ou seja, da promoção do desenvolvimento econômico orientado por um Estado que procurava fortalecer um mercado interno e não se associava ao capital internacional de forma efetiva; nesse momento, o Governo decidiu por realizar uma mudança de rota e uma estratégia de desenvolvimento que se ligasse efetivamente ao capitalismo internacional.<sup>86</sup> Assim, durante os anos 90, os brasileiros assistiram à promulgação de diversas leis e emendas constitucionais que tiveram como objetivo comum a diminuição do Estado, retirando-lhe o papel de protagonista principal no processo econômico, através das concessões a

---

<sup>84</sup> SILVA, op. cit., p.52.

<sup>85</sup> BARROSO, *Agências...*, p.286.

<sup>86</sup> SILVA, César Augusto Silva da. *O Direito Econômico na Perspectiva da Globalização – Análise das Reformas Constitucionais e da Legislação Ordinária Pertinente*. São Paulo: Renovar, 2000. p. 131.

particulares de serviços públicos que antes eram monopolizados<sup>87</sup>, flexibilização de monopólios estatais, privatizações e abertura de certos setores ao capital estrangeiro.

Além da implementação dessas reformas econômicas, advém, por intermédio da emenda constitucional nº 19/98, a reforma administrativa, estabelecendo, conforme explica a professora Angela Cassia COSTALDELLO, outro modelo interno para a Administração Pública (que até então se dividia em Direta – Poder Central – e Indireta – autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas), dividindo-a em quatro setores: Núcleo Estratégico, Atividades Exclusivas, Atividades não-Exclusivas e de Produção para o Mercado.<sup>88</sup>

De acordo com a autora citada, o conteúdo de cada um dos setores foi assim definido:

Núcleo Estratégico, composto pelo Legislativo, Executivo, Judiciário e o Ministério Público, constitui a chamada “parte estatal”. Incumbe-lhe definir as leis e as políticas públicas. Nele são tomadas as decisões estratégicas, há poder de decisão, de comando.;

Atividades Exclusivas é, também, considerado parte estatal, onde ocorrerá a execução das decisões tomadas pelo Núcleo estratégico. É o setor em que serão prestados serviços que só o Estado pode realizar, exercendo o poder de regulamentar, fiscalizar, fomentar. Exemplos: a polícia, cobrança de impostos, fiscalização, previdência social básica, controle do meio ambiente, subsídio à educação básica. Tais atividades seriam desempenhadas pelas Agências Executivas;

Serviços não-Exclusivos, tido como a parte pública não-estatal, é o setor também denominado de terceiro setor, onde o Estado atua concomitantemente com outras organizações públicas não-estatais e privadas. Embora as instituições desta parcela não possuem poder de Estado, a sua presença é mantida, pois envolve direitos fundamentais. Tais serviços resultam em ganhos que não podem ser apropriados pelo mercado, através do lucro. Ex.: universidades, hospitais, centros de pesquisa e museus. Esta parcela, denominada de terceiro setor, desempenha suas atividades através das Organizações Sociais, e

Produção para o Mercado (empresas estatais), parte privada que corresponde a atividades econômicas voltadas para o lucro que ainda permanecem no aparelho do Estado, que por razões (monopólio ou ausência de capital privado) devem ser por ele desempenhadas.<sup>89</sup>

---

<sup>87</sup> Anote-se que aqui a referência a monopólio não se faz consoante o seu sentido jurídico próprio, ou seja, atividades econômicas em sentido estrito cuja exploração é reservada exclusivamente ao Estado.

<sup>88</sup> COSTALDELLO, op. cit., p. 49.

<sup>89</sup> Ibid. p. 50.

Marcos Juruena Villela SOUTO acentua que o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado teve como diretriz o fortalecimento do núcleo estratégico e a implementação de um novo modelo baseado nas agências reguladoras e executivas para o setor das atividades exclusivas. Por outro lado, para as Atividades não-exclusivas, o formato idealizado foi o das organizações sociais – atividades que o Estado deve incentivar, mas não é indispensável que ele as administre diretamente. Por último, para o setor de atividades – produção para o mercado – a diretriz é a privatização, restringindo a participação do Estado.<sup>90</sup>

Assim, consoante Leila CUÉLLAR, pode-se afirmar que, “do ponto de vista organizativo e institucional, a reforma do Estado procurou a substituição do modelo de Estado administrativo-burocrático, hierárquico, unitário, centralizado e gestor direto, por um novo tipo de Administração, em que organizações não-governamentais e empresas privadas pudessem assumir a gestão de atividades econômicas e sociais antes realizadas pelo Estado.”<sup>91</sup>

No entanto, passado o furor da novidade, deve-se analisar com cautela o discurso ideológico subjacente ao ideário do novo modelo para, então, verificar se ele se adapta à realidade brasileira e às necessidades da população.

Primeiramente, deve-se observar que a emenda constitucional nº 19/98 introduziu na Administração Pública do país nítidos contornos neoliberais, enquanto que a Constituição de 1988 foi construída com características predominantemente sociais.<sup>92</sup>

Sabe-se que o neoliberalismo tem sua identidade definida pela despreocupação com os aspectos sociais. Dessa forma, pode-se dizer que, com a reforma do Estado, as necessidades básicas de grande contingente da população foram relegados a segundo

---

<sup>90</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. Agências Reguladoras. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: n.216, abr.-jun., 1999. p.126-127.

<sup>91</sup> CUÉLLAR, Leila. *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. p.57-58.

<sup>92</sup> COSTALDELLO, op. cit.,p. 50.

plano.<sup>93</sup> Assim, conclui a professora Angela Cassia COSTALDELLO, “os clientes-usuários serão fruto de seleção que, logicamente, não incluirá os que são menos privilegiados.”<sup>94</sup>

## 2.2 A PREVISÃO CONSTITUCIONAL DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

A Constituição da República Federativa do Brasil adotou a técnica de partilhar competências para a prestação dos serviços públicos entre os entes da Federação. Dessa forma, a Lei Maior enumera os serviços de titularidade da União, comete aos municípios os temas de predominante interesse local<sup>95</sup>, reservando aos estados-membros a competência residual, ou seja, matérias não inseridas na competência da União ou dos municípios, explicitando, desde logo, que compete aos estados-membros (por força do art. 25, § 2º, CF<sup>96</sup>) a exploração direta ou mediante concessão dos serviços locais de gás canalizado.

À esfera federal, o art. 21 da Constituição incumbe a manutenção do serviço postal e do correio aéreo nacional, a exploração das telecomunicações, dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água; 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; portos marítimos, fluviais e lacustres.

---

<sup>93</sup> Ibid. p. 51.

<sup>94</sup> Id.

<sup>95</sup> Estatui o Art. 30 da Constituição Federal: Compete aos Municípios: V – organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o transporte coletivo, que tem caráter essencial;

<sup>96</sup> Dispõe o Art. 25, §2º que: “Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.”

Pode-se observar que o Legislador Constituinte tratou de forma minuciosa a repartição de competências para a prestação dos serviços públicos. Porém, é certo também que o rol de atribuições que o Texto Constitucional considera públicos não é taxativo.<sup>97</sup> Nele não constam, por exemplo, o tratamento da água e a coleta de esgoto.

Portanto, o legislador infraconstitucional poderá determinar que outras atividades essenciais ao atendimento de necessidades coletivas sejam elevados ao *status* de serviços públicos, desde que, nitidamente, não caracterizem atividade econômica *strictu sensu*.

Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO faz interessante sistematização a respeito da prestação dos serviços públicos arrolados na Carta Magna, distinguindo as seguintes hipóteses:

“a) serviços de prestação obrigatória e exclusiva do Estado; b) serviços de prestação obrigatória do Estado e em que é também obrigatório outorgar em concessão a terceiros; c) serviços de prestação obrigatória pelo Estado, mas sem exclusividade e d) serviços de prestação não obrigatória pelo Estado, mas não prestando é obrigado a promover-lhes a prestação, tendo, pois que outorgá-los em concessão ou permissão a terceiros.”<sup>98</sup>

A primeira hipótese diz respeito exclusivamente ao serviço postal e ao correio aéreo nacional. Para Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO, a impossibilidade de execução dessas atividades por particulares deflui da própria redação do art. 21, X, CF, haja vista não ter albergado a concessão, permissão e autorização como fizeram os incisos XI e XII do mesmo diploma.<sup>99</sup>

---

<sup>97</sup> BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 613.

<sup>98</sup> Ibid., p. 615.

<sup>99</sup> Art. 21. Compete à União:

X – manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;

XI – 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;

XII-explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:(...)

Em seguida temos os serviços públicos de radiodifusão sonora (rádio) ou de sons e imagens (televisão). Em virtude do art. 223 CF<sup>100</sup> que determina a observância do princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal o Estado, embora esteja obrigado a prestar por si ou por criatura sua, deverá também oferecer em concessão, permissão ou autorização.<sup>101</sup>

A terceira espécie de serviços públicos engloba aquelas atividades que “o Estado não pode permitir que sejam prestados exclusivamente por terceiros, seja a título de atividade privada livre, seja a título de concessão, autorização ou permissão. São os serviços: 1) de educação; 2) de saúde; 3) de previdência social; 4) de assistência social e 5) de radiodifusão sonora e de sons e imagens”.<sup>102</sup>

Por último temos aqueles serviços públicos que o Estado pode prestar por meio dos órgãos da Administração Pública, autarquias, fundações públicas e empresas estatais ou mediante a entrega de execução dos serviços a particulares (concessionários ou permissionários).

### 2.3 PRIVATIZAÇÃO - INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DAS ATIVIDADES DO ESTADO

A privatização foi o meio através do qual os países da América Latina, incluindo o Brasil, valeram-se para a retirada da presença estatal da execução de atividades econômicas *strictu sensu* e dos serviços públicos, com o intuito de reduzir o tamanho do Estado. Caio TÁCITO leciona que “a política de privatização, que deita raízes, é a um tempo o modelo de retração do Estado na direta prestação de serviços de interesse geral como o fator determinante da reforma administrativa pela criação de

---

<sup>100</sup> Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observando o princípio da complementariedade dos sistemas privado, público e estatal.

<sup>101</sup> BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p.615.

<sup>102</sup> Ibid. p.616.

novos entes reguladores da atividade transferida à execução de concessionários ou permissionários, ou antes de cooperação”.<sup>103</sup>

Almiro do Couto e SILVA elabora interessante retrospecto que mostra como a história recente do nosso país está diretamente ligada às privatizações:

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 Fabril, Companhia Química Recôncavo) foram privatizadas, produzindo uma receita de 190 milhões de dólares. 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. Nesse período foi editado o Decreto nº 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 nº 8.031, de 12.04.90, que instituiu o Programa Nacional de Desestatização, várias vezes modificada, até ser revogada e substituída pela Lei nº 9.491, de 09.09.91. 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 de 37,43 bilhões de dólares, até julho de 2002.<sup>104</sup>

Mauro Roberto Gomes de MATTOS lembra que entre os objetivos fundamentais do Programa Nacional de Privatizações (Lei 8.031 de 12.04. 90, depois substituída pela Lei 9.491 de 9.09.97 ) estavam:

- a) reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades exploradas pelo setor público;
- b) contribuir para a redução da dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público;
- c) permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;
- d) contribuir para a modernização do parque industrial do país, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia;
- e) permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais.<sup>105</sup>

---

<sup>103</sup> TÁCITO, Caio. A Reforma do Estado e a Modernidade Administrativa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: n.215, jan.-mar., 1999. p.2.

<sup>104</sup> SILVA, op. cit., p.54-55.

<sup>105</sup> MATTOS, op. cit., p. 149.

É importante notar desde logo o descaso do Programa Nacional de Privatizações em relação aos usuários dos serviços públicos. Como visto, o rol dos objetivos fundamentais do programa não faz qualquer alusão à necessidade de prestação de serviços adequados a seus “consumidores”. Constata-se, então, que o acesso a serviços públicos adequados jamais foi a preocupação central do movimento das privatizações e da reforma do Estado. Neste sentido Paulo Roberto Ferreira MOTTA anota que “a preocupação primeira, com os processos de privatização, jamais confessada, não foi a da universalização material dos serviços públicos, mas sim a obtenção de recursos para fazer frente aos compromissos com o FMI e ao pagamento dos juros das dívidas externa e interna.”<sup>106</sup>

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO ressalta que, “no direito brasileiro, a privatização foi disciplinada pela Lei nº 8.031, de 12.04.90, apenas como a venda de ações de empresa estatal para o setor privado; ela equivale à privatização da empresa estatal que, por esse modo, perde a natureza de empresa sob controle acionário do Estado, para transformar-se em empresa privada.”<sup>107</sup>

Contudo, a autora citada acrescenta que:

A privatização, doutrinariamente, pode ser vista em sentido bem mais amplo, para abranger todas as formas pelas quais se busca uma diminuição do tamanho do Estado, podendo abranger: a desregulação (diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico), a desmonopolização de atividades econômicas, a privatização de serviços públicos (com a sua devolução à iniciativa privada), a concessão de serviços públicos (dada a empresa privada e não mais a empresa estatal, como vinha ocorrendo), e os chamados *contracting out*, em que a Administração Pública celebra contratos de variados tipos para buscar a colaboração no setor privado, como os contratos de obras e prestação de serviços.<sup>108</sup>

Já em sentido estrito, Leila CUÉLLAR afirma que “privatização compreende apenas as hipóteses de transferência (transmissão ou devolução) da titularidade ou da gestão (permanece a atividade a ser concebida como serviço público, mas é exercida por sujeito privado ou ocorre *despublicatio* da atividade, passando a mesma à

---

<sup>106</sup> MOTTA, op. cit., p.169.

<sup>107</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Terceirização dos Serviços Públicos. *Gênesis-Revista de Direito Administrativo Aplicado*. Curitiba: n. 8, março, 1996. p.36.

<sup>108</sup> Id.

titularidade privada) de atividades ou bens do setor público ao setor privado, pressupondo a retirada do Estado das atividades econômicas de produção de bens e serviços.”<sup>109</sup>

Marçal JUSTEN FILHO entende que a privatização pode ser analisada de duas formas, em sentido próprio ou impróprio.

Privatização em sentido próprio consiste na eliminação do regime de direito público e a submissão às regras de direito privado. Englobaria, a alienação de bens públicos, a alienação de participações societárias e a despublicização total ou parcial de serviços públicos.

Em sentido impróprio, configura-se como recurso à iniciativa privada para desempenho de funções que permanecem como estatais e sujeitas (primordialmente) a regime de direito público. Dela seriam espécies a associação com particulares, a terceirização e a concessão ou permissão de serviços públicos. (informação verbal)

Percebe-se, então, que o termo privatização não apresenta apenas um único sentido.

Interessa-nos, primordialmente, a privatização da prestação dos serviços públicos que, até a primeira metade da década de 90, eram prestados diretamente, por órgãos da administração direta ou através de autarquias ou empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista). Ressalte-se que, nesses casos, a titularidade foi mantida pelo Poder Público sendo apenas privatizado o seu exercício, por meio de concessões ou permissões, transferindo-o a empresas privadas. É no âmbito desses serviços cedidos à exploração econômica que se travam as grandes polêmicas acerca dos direitos dos usuários ao acesso a serviços públicos adequados ao atendimento das necessidades básicas do homem e, sobretudo, remunerados por valores módicos, capazes de permitir a utilização do serviço por todo indivíduo que dele necessitar.

Portanto, a prestação de serviços públicos através de empresas concessionárias ou permissionárias de forma alguma poderá significar uma maior onerosidade ao usuário, ou seja, a privatização da execução dessas atividades só é legítima se

---

<sup>109</sup> CÚELLAR, op. cit., p. 60.

possibilitar que sejam realizadas com maior qualidade e a um preço compatível com o poder aquisitivo dos indivíduos que delas se utilizam.

Nesse sentido, adverte Marçal JUSTEN FILHO:

É imperioso insistir em ponto específico, relacionado com a satisfação do interesse público. Qualquer modalidade de privatização ou de transferência de atividades do Estado para o setor privado somente pode implementar-se se proporcionar vantagens para a comunidade. Significa que o serviço deverá continuar a ser prestado, em condições no mínimo idênticas àquelas até então vigorantes, mas com outros benefícios para os usuários. Como ensinava Bielsa, há muito tempo, aplica-se “...o princípio segundo o qual serviço público concedido não pode ser mais oneroso do que se o prestasse diretamente o Estado. Porque se a concessão agravar a situação do usuário, o sistema não será admissível nem mesmo como transitório”.<sup>110</sup>

Aduz o autor supra citado que “é óbvio que o serviço público produz reflexos de ampliação dos encargos estatais, tendo em vista os recursos financeiros e humanos necessários à sua prestação. Quando se delibera a transferência do serviço para particulares, mantido ou não o regime de Direito Público, a decisão não reflete uma mera questão econômico-financeira. Não se trata tão-somente de redução da despesa pública.”<sup>111</sup>

Assim conclui-se junto com JUSTEN FILHO que a privatização só é viável se for capaz de assegurar que “o usuário receba prestações de melhor qualidade por preço igual ou inferior ao praticado pelo Estado.”<sup>112</sup>

## 2.4 A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS APÓS AS PRIVATIZAÇÕES

### 2.4.1 Primeiras Considerações

Os anos 90 no Brasil foram marcados por diversas transformações quanto ao modelo de Estado adotado até então. O discurso dominante nas diferentes esferas do

---

<sup>110</sup> JUSTEN FILHO, op. cit., p. 65.

<sup>111</sup> Id.

<sup>112</sup> Ibid., p. 66.

poder, frente à crise fiscal que havia se instalado no país, pregava a redução imediata das atribuições estatais e dos gastos sociais, como medidas adequadas para diminuir o endividamento público, o crescimento da dívida e a inflação.

Assim, como visto anteriormente, durante a última década do século XX, o país passou por um amplo processo de privatização de alguns dos principais setores da economia que se encontravam em mãos do Estado. Quanto aos serviços públicos, optou-se substancialmente pela transferência da sua execução à iniciativa privada, mediante a celebração de contratos de concessão ou permissão, reservando-se ao Poder Público a função de regular a prestação dessas atividades.

No entanto, a modelagem da reestruturação do papel do Estado na prestação do serviço público envolveu também o surgimento de diversos diplomas normativos, editados à pressa e aos atropelos, ocasionando o aparecimento de uma profusão de regras, dispersas em leis e decretos regulamentares, muitos deles disciplinando uma mesma situação, outros alterando, logo a seguir, norma recente, com prejuízo de sua clareza e consistência.

Almiro do Couto e SILVA relaciona os principais textos legais responsáveis pela reformulação da prestação dos serviços públicos. Leciona o autor que:

Cumprindo o mandamento inscrito no art.175 da Constituição Federal, foi editada a Lei nº 8.987, de 13.02.95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, logo complementada pela Lei nº 9.074, de 07.07.95, cujas regras referem-se, principalmente, aos serviços de energia elétrica, de que igualmente se ocupam as Leis nºs 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 nº 9.472, de 16.07.97. E a Lei nº 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.<sup>113</sup>

Portanto, o tópico seguinte terá como objetivo central analisar as mudanças relativas ao formato tradicional da prestação dos serviços públicos que vem sendo inteiramente remodelado nos últimos anos.

---

<sup>113</sup> SILVA, op. cit., p.61.

## 2.4.2 A fragmentação dos blocos de serviços públicos

As diversas etapas que compõem um determinado serviço público tradicionalmente concentravam-se em uma mesma empresa que as prestava de forma monopolizada. Porém, especialmente devido aos avanços tecnológicos, passou-se a observar que era possível a separação das distintas fases ou segmentos de cada setor, distinguindo as atividades competitivas daquelas em que a competição não se mostrava viável.

Essa desagregação das atividades componentes de um bloco antes uniforme ficou conhecida mundialmente pela expressão *unbundling*. Pedro DUTRA ensina que “*unbundling* quer dizer desenfeixamento: *bundle*, em inglês, corresponde a *fascia*, feixe em latim. O verbo to bundle, enfeixar, encontra o seu contrário pela adição do prefixo *un*, e o vocábulo assim composto, acrescido do sufixo *ing*, forma o gerúndio desse verbo, de onde provém o substantivo *unbundling*.”<sup>114</sup>

Marçal JUSTEN FILHO esclarece que:

Diagnosticou-se a possibilidade de diferenciação do serviço público nas várias etapas ou em vista dos objetos específicos considerados. Seja por fatores de cunho tecnológico, seja pela sofisticação da atividade econômica, tornou-se possível (senão necessário) seccionar em vários núcleos autônomos a atuação orientada ao fornecimento das utilidades. No passado, esse conjunto de atuações era compreendido e disciplinado como um todo unitário e indivisível ao menos para fins jurídicos. Com o passar do tempo, constata-se que esse todo é formado por atuações heterogêneas e diferenciadas entre si, que comportam dissociação e tratamento jurídico diverso. Mais ainda, reconhece-se que nem todos os segmentos dessas atividades exigem exploração sob regime monopolístico.<sup>115</sup>

Dimorá Adelaide Musetti GROTTI demonstra essa transformação na concepção dos serviços públicos ao estudar o setor de telecomunicações. Explica a autora que:

O desenvolvimento tecnológico derrubou a teoria do monopólio natural dos serviços de telecomunicações e, antigos limites naturais à ampla concorrência, derivados da escassez dos meios de transmissão, foram sendo superados: agora, pode-se, por exemplo, transmitir

---

<sup>114</sup> DUTRA, Pedro. Desagregação e Compartilhamento do Uso de Rede de Telecomunicações. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: n.226, out.-dez., 2001. p.139-140.

<sup>115</sup> JUSTEN FILHO, op. cit., p.41.

telefonia por meio de radiofrequência, reduzindo sobremaneira os custos de instalação de uma rede, substituir antigas redes compostas de fios de cobre pelas de fibras ópticas, o uso de tecnologia digital em vez da analógica, etc..<sup>116</sup>

No Brasil, o desfeixamento das etapas de um dado serviço público separando-o em diferentes atividades ocorreu a partir de 1995. O setor elétrico é exemplo marcante. Maria Aparecida de Almeida Pinto Seabra FAGUNDES lembra que o modelo que até então vigorava no Brasil para a prestação do serviço público de energia elétrica concentrava todas as fases do serviço, ou seja, as atividades de geração, distribuição, comercialização e transmissão em uma mesma empresa. Havia, portanto, uma forma de organização verticalizada, em que geradoras e distribuidoras de energia elétrica eram também as incumbidas pela transmissão e comercialização.<sup>117</sup> Tal política permitia, conforme assinala Paulo Roberto Ferreira MOTTA, “a prática dos denominados subsídios cruzados, uma vez que, as fases menos rentáveis e de retorno mais demorado (a geração e a transmissão, notadamente de energia em grandes e pesadas quantidades), era subsidiada pela lucrativa distribuição e comercialização”<sup>118</sup>.

No entanto, consoante ensina Marçal JUSTEN FILHO, “constatou-se, posteriormente, que a característica de monopólio natural existe precipuamente no tocante às redes de transmissão de energia. Mas não havia imperativo técnico ou econômico para submeter a geração de energia elétrica a regime de monopólio, o que se evidenciou ainda menos sustentável com o aperfeiçoamento dos processos de geração.”<sup>119</sup> Logo, tornou-se perfeitamente possível, técnica e economicamente, ampliar a competição no âmbito da geração de energia.<sup>120</sup>

Portanto, a primeira grande transformação no modelo consistiu na segmentação das atividades com o intuito de tornar a exclusividade na outorga das concessões, que

---

<sup>116</sup> GROTTI, op. cit., p.280.

<sup>117</sup> FAGUNDES, Maria Aparecida de Almeida Pinto Seabra. Os Novos Rumos do Direito da Eletricidade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: n.225, abr.-jun.,2001. p.3.

<sup>118</sup> MOTTA, op. cit., p.174.

<sup>119</sup> JUSTEN FILHO, op. cit., p.41.

<sup>120</sup> Id.

até então era a regra, em exceção, possibilitando a abertura de espaço à concorrência e à competição. Nesse sentido, o art. 16 da Lei nº 8.987/95 dispõe que “a outorga da concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato a que se refere o art. 5º desta Lei.”<sup>121</sup>

Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO vê com bons olhos a extinção da exclusividade nas concessões de serviços públicos. Comenta que:

Em despeito de falhas, sobretudo técnicas – e as vezes graves –, que lhes possam ser apontadas, tanto a Lei 8.987 quanto a Lei 9.074 traduzem, em sua concepção fundamental, virtudes inequívocas, merecedoras dos mais assinalados encômios. Assim, em atitude inovadora, colocam o concessionário na posição de quem se obriga a proceder de maneira efetivamente empresarial, assujeitado, salvo quando impossível, a um regime de competição, forçando-o a assumir os riscos inerentes a qualquer empreendedor e incitando-o, sob pena de malogro, aos mesmos empenhos de eficiência e produtividade inerentes à disputa corrente da atividade econômica.<sup>122</sup>

Assim, em virtude do art. 7º, III, em consonância com o art. 16 da Lei nº 8.987/95, o usuário passou a ter o direito de escolher qual o serviço utilizar sempre que possível o desempenho de determinada atividade por mais de uma concessionária.

---

<sup>121</sup> Marçal Justen Filho (op. cit., p.40) explica que “os motivos técnicos caracterizar-se-ão quando for materialmente impossível o desenvolvimento de uma mesma atividade por dois sujeitos autônomos e distintos entre si. Assim, é tecnicamente impossível promover concessão de serviço antecedida da execução de obra pública a não ser em regime de exclusividade. Não há como uma mesma rodovia ser objeto de manutenção, conservação, ampliação e exploração por mais de um concessionário.(...) Os motivos econômicos pressupõem viabilidade técnica de sujeitos diversos desempenhando simultaneamente a mesma atividade. O problema, porém, reside na impossibilidade de obtenção de resultados econômicos para manter o desempenho da atividade, especialmente quando estabelecidos determinados parâmetros mínimos de qualidade. Com a pluralidade de sujeitos desempenhando atividades similares, os resultados econômicos obtidos por cada um serão menores. Isso acarretará margens de lucro mais reduzidas e períodos mais longos para os retornos dos investimentos. Essa hipótese é denominada, no âmbito do pensamento econômico, de *monopólio natural*. Tal se configura quando a ampliação da competição importa elevação dos custos de tal modo que a exploração econômica mais eficiente é aquela monopolística.”

<sup>122</sup> BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p.635-636.

Enfim, conforme assevera Dinorá Adelaide Musetti GROTTI, “o pressuposto do modelo é a possibilidade de a concessionária perder dinheiro caso se mostre incompetente na disputa de um mercado altamente competitivo.”<sup>123</sup>

Não restam dúvidas de que a fragmentação dos “nichos” de serviços públicos, desagregando e separando as diversas atividades envolvidas em cada setor, implantando a competição e a concorrência quando a exclusividade na prestação não fosse a única alternativa possível, acarretou grandes inovações na execução dos serviços e na concepção dos instrumentos de outorga, concessões e permissões.

Entretanto, a separação dos serviços públicos não se restringiu a segmentar as várias etapas integrantes de um dado bloco como alternativa de viabilizar o regime de competição nas concessões desses serviços. Buscou-se também distinguir dentro de cada bloco as atividades que efetivamente eram imprescindíveis à coletividade e, portanto, caracterizavam os serviços públicos, daquelas em que o interesse era substancialmente privado, ou seja, atividades econômicas em sentido restrito.

O enfrentamento das questões levantadas por essa segunda fragmentação, cujo exame dos aspectos jurídicos faz-se necessário para a compreensão do tema em estudo, será efetuado no tópico seguinte.

#### 2.4.3 A separação das atividades existentes em cada setor em serviços públicos e em atividades econômicas em sentido restrito

A descoberta de novas tecnologias bem como o incremento das técnicas até então conhecidas possibilitaram a diversificação das atividades em cada setor. Nas telecomunicações, a telefonia fixa e o telégrafo passaram a dividir espaço com outras formas de telecomunicação<sup>124</sup>, como a telefonia móvel celular, bip, transmissão de dados em alta velocidade, fibras ópticas e radioamador.

---

<sup>123</sup> GROTTI, op. cit., p.285.

<sup>124</sup> Segundo o Art. 60, §1º da Lei 9.472/97 ( Lei Geral de Telecomunicações) “telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou

Já no campo da energia elétrica, a tecnologia necessária para a instalação de hidrelétricas e termelétricas tornou-se mais acessível, além de terem sido desenvolvidas novas formas de produção de energia (solar, eólica, geotérmica, etc.). Vale notar que a principal matriz energética brasileira é formada por hidrelétricas. As grandes usinas hidrelétricas são responsáveis por quase 80% de toda a energia produzida no Brasil, da ordem de 77,2 milhões de kW em 2002. A seguir, por ordem decrescente de importância, encontram-se as termelétricas (18,58%), as térmicas nucleares (2,41%), as pequenas centrais hidrelétricas (1,10%) e a energia eólica (0,03%).<sup>125</sup>

Esses avanços tecnológicos, responsáveis pelo surgimento de novas modalidades de serviços, somados com o elenco constitucional no direito brasileiro da grande maioria dos serviços públicos, proporcionaram acirradas discussões no âmbito do Direito Administrativo Pátrio.

Nesse passo, Marçal JUSTEN FILHO lembra que :

No Brasil, tem sido orientação doutrinária comum afirmar que a Constituição Federal, ao discriminar competências dos diversos entes federados ou ao estabelecer atribuições do Estado, aludiu a certos serviços como públicos. O art. 21, por exemplo, contém diversas previsões acerca de serviços públicos ( incs. X, XI, XII ). Essa solução redacional conduziu parte substancial da doutrina a reconhecer tais atividades como serviços públicos por inerência, sem possibilidade de qualificação diversa em virtude de lei ordinária. Quanto a eles, não haveria margem de qualquer inovação ou modificação por parte do legislador infraconstitucional.<sup>126</sup>

Assim, conforme essa corrente doutrinária, qualquer atividade que fosse espécie de algum dos gêneros (por exemplo, energia elétrica e telecomunicações) previstos na Constituição Federal seriam serviços públicos, não importando que os interesses visados por certa atividade econômica fosse eminentemente privado.

---

qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.”

<sup>125</sup> Conforme Relatório do Fórum Nacional das Águas realizado em Poços de Caldas no ano de 2003 (ÉPOCA. Rio de Janeiro: Globo, n. 267, jun. 2003. 146p.).

<sup>126</sup> JUSTEN FILHO, op. cit., p.44.

Contudo, os diplomas legislativos encarregados da implementação do novo modelo para a prestação dos serviços públicos, nitidamente transferiram determinados segmentos ao âmbito das atividades econômicas *strictu sensu*, contrariando a orientação doutrinária predominante.

Porém, Dinorá Adelaide Musetti GROTTI ressalta que “mesmo antes da EC 8/95 nem todos os serviços de telecomunicações estavam reservados à exploração monopolista estatal, que se limitava aos enquadrados no conceito estrito de “serviços públicos””.<sup>127</sup>

Quanto a matéria por ora analisada acrescenta a autora que:

A terminologia adotada pela redação original da Constituição de 1988 observava a classificação dos serviços de telecomunicações formulada no antigo Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117, de 27.08.1962), onde os serviços de telecomunicações eram classificados nas categorias de serviço público, público restrito, limitado, de radiodifusão, de radioamador e especial (art. 6º da Lei 4.117/62). Os públicos eram “aqueles destinados ao uso do público em geral” (art. 6º, a), entre os quais incluíam-se os “serviços telefônicos, telegráficos e de transmissão de dados”, referidos na redação original da Constituição de 1988. A exclusividade de exploração pelas empresas estatais recaía apenas sobre esses serviços; os demais podiam ser explorados por particulares, mediante autorização, concessão ou permissão.<sup>128</sup>

Percebe-se, dessa forma, que já o Código Brasileiro de Telecomunicações visualizava a necessidade de retirar certas atividades de telecomunicações do âmbito dos serviços públicos por estarem ligadas a interesses exclusivos dos particulares.

Com o advento das privatizações e devido à entrada em vigor da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97), contemplou-se a duplicidade de regime jurídico, público e privado, para prestação dos serviços de telecomunicações. Lembra a jurista a pouco citada que “a exploração dos serviços de telecomunicações no regime privado é prestada mediante prévia autorização da ANATEL (art. 131) e será baseada nos princípios constitucionais da atividade econômica (art. 126).”<sup>129</sup>

---

<sup>127</sup> GROTTI, op. cit., p.282.

<sup>128</sup> Id.

<sup>129</sup> Ibid.,p.284.

Ademais, essa autora sublinha que a Lei 9.472/97 prevê também “a possibilidade de haver serviços de interesse restrito que não dependerão sequer de autorização para serem prestados pelos particulares (LGT, arts. 75 e 131, § 2º).”<sup>130</sup>

Em suma: em relação às telecomunicações, houve a transformação de uma parte dos serviços de telefonia em atividade econômica privada em sentido estrito.

No campo da energia elétrica, ocorreram transformações similares, sendo que, a principal delas, consiste na consideração da geração de energia elétrica como atividade industrial e não como serviço público.

Assim, a Lei 9.074/95 contemplou as figuras do auto-produtor e do produtor independente de energia elétrica. O primeiro caso diz respeito à produção de energia com o intuito de ser consumida pelo próprio produtor em caráter de exclusividade. Já o segundo consiste em pessoa jurídica habilitada a produzir com meios próprios energia elétrica destinada ao comércio, por sua conta e risco.<sup>131</sup>

Caio TÁCITO explica que, conforme o art. 4º do Decreto nº 2003/96, “tratando-se de produção com base em recursos hídricos, caberá a concessão do uso equivalente do bem público. Todavia, se for de origem térmica a energia a ser produzida, a atividade dependerá tão-somente de autorização outorgada pelo Estado, se a potência for superior a 5000 kW. Se for inferior, independerá de concessão ou autorização, sujeitando-se apenas a registro no órgão regulador.”<sup>132</sup>

No mesmo sentido Marcos Juruena Villela SOUTO anota que a Lei 9.074, de 07.07.95, ao tratar das concessões, permissões e autorizações dos serviços de energia elétrica estabelece que o aproveitamento de potenciais hidráulicos, iguais ou inferiores a 1.000kW, e a implantação de usinas termelétricas de potência igual ou inferior a

---

<sup>130</sup> Id.

<sup>131</sup>TÁCITO, Caio. Produtor Independente de Energia Elétrica. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: n.225, jul.-set., 2001. p.1.

<sup>132</sup> Ibid., p.2.

5.000kW, estão dispensados de concessão, permissão ou autorização, devendo apenas ser “comunicados” ao poder concedente.<sup>133</sup>

Maria Aparecida de Almeida Pinto Seabra FAGUNDES ensina que “a figura do produtor independente foi criada com o objetivo de, a um só tempo, atrair investidores privados para a geração de energia, mercê de aplicarem-se as suas atividades regras mais flexíveis, e de propiciar a concorrência nesse segmento, ensejando-se ao consumidor optar pelo fornecedor que lhe ofereça preço e condições mais favoráveis.”<sup>134</sup> Em seguida, acrescenta a autora que, “trata-se de um gerador que produzirá energia para seu consumo e para venda a terceiros, sujeitando-se a regras operacionais e comerciais próprias.”<sup>135</sup>

Portanto, consoante as lições de Caio TÁCITO, “caracteriza-se a geração de energia elétrica, por produtor independente, como atividade específica sujeita a regime jurídico próprio, não enquadrável no conceito de serviço público delegado – posto que não se trata de atividade concedida ou permitida – mas que, não obstante, envolve acentuado interesse público.”<sup>136</sup>

Da mesma forma, quanto à figura do auto-produtor Almiro do Couto e SILVA observa que a autorização destinada ao seu uso exclusivo,

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 auto-produtor, quando há uso exclusivo, ele gera 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.<sup>137</sup>

---

<sup>133</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Gestão Alternativa de Serviços Públicos*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: n.219, jan.-mar., 2000. p. 183.

<sup>134</sup> FAGUNDES, op. cit., p.14.

<sup>135</sup> Id.

<sup>136</sup> TÁCITO, *Produtor...*, p.2.

<sup>137</sup> SILVA, op. cit., p.62.

Indaga-se, então, se perante a ordem constitucional brasileira é possível essa cisão dos blocos de atividades em serviços públicos e atividades econômicas *strictu sensu*.

#### 2.4.3.1 A posição de Celso Antônio Bandeira de Mello

Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO reserva a expressão **serviço público** apenas para o oferecimento de utilidades ou comodidades materiais destinados aos administrados em geral. Assevera o jurista citado que:

Se assim não fosse, é bem de ver que o serviço não seria público, não seria voltado para satisfazer a coletividade, mas apenas a interesses privados. Este traço – de estar voltado a preencher necessidades do público em geral – reside na própria origem da noção. Se não fora pela relevância para o todo social, o Estado não teria porque assumir tal atividade. Por faltar este caráter de se destinarem à satisfação da coletividade em geral, não são públicos, *exempli gratia*, os serviços de telecomunicações que interligam apenas as empresas que possuem seus serviços de interconexão e que a isto se destinam. Assim, também, não são públicos os serviços de radioamador, pois estes, conquanto prestem atividade útil para inúmeras pessoas, constituem-se para comunicação estrita ao âmbito dos que, possuindo tal equipamento, propõem-se a ingressar neste círculo restrito de intercomunicadores.<sup>138</sup>

Portanto, para Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, “só se tem serviço público quando o objetivo do ato for o de ensejar uma exploração de atividade a ser prestada **universalmente ao público em geral**.”<sup>139</sup>

Acrescenta o autor que nas concessões de uso de potenciais de energia hidroelétrica para utilização pelo auto-produtor ou pelo produtor independente não há o objetivo de satisfazer necessidades ou conveniências do público em geral mas apenas para suprir interesses do próprio beneficiário da concessão ou de alguns indivíduos determinados. No caso do auto-produtor o bem oferecido ao concessionário de uso de bem público o é como base geradora de um bem de consumo seu, enquanto que na concessão de serviço público – quando pressuposta a utilização de um bem público –

---

<sup>138</sup> BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p.602-603.

<sup>139</sup> Ibid., p.638.

este aparece como um bem de produção, ou seja, enquanto condição necessária para instrumentá-lo à prestação à coletividade daquele serviço concedido.<sup>140</sup> Já o produtor independente tem a concessão de uso de bem público outorgada para que “comercialize o resultado de sua exploração (e não para que esgote consigo mesmo a utilidade material dela resultante, fazendo-o, contudo, sem o caráter de oferta ao público efetuada com a universalidade característica da concessão de serviço público.”<sup>141</sup>

Saliente-se, portanto, que para o autor acima citado nem todas as atividades elencadas na Constituição Federal serão sempre serviços públicos. Segundo sua opinião, para que uma determinada atividade seja caracterizada como serviço público deverá estar direcionada a satisfação do público em geral.

#### 2.4.3.2 A posição de Marçal Justen Filho

Marçal JUSTEN FILHO entende que “existirá serviço público apenas quando as atividades referidas especificamente na Constituição envolverem a prestação de utilidades destinadas a satisfazer direta e imediatamente o princípio da dignidade da pessoa humana ou quando forem reputadas como instrumentos para satisfação de fins essenciais eleitos pela República brasileira.”<sup>142</sup>

Por outro lado, adverte que “sempre que se verificar a oferta de utilidades desvinculadas da satisfação de necessidades inerentes e essenciais à integridade do ser humano ou de modo a não afetar finalidades políticas essenciais, configurar-se-á uma atividade econômica em sentido estrito, a ser desempenhada sob o regime da livre iniciativa.”<sup>143</sup>

---

<sup>140</sup> Ibid., p.639.

<sup>141</sup> Id.

<sup>142</sup> JUSTEN FILHO, op. cit., p. 44.

<sup>143</sup> Id.

Portanto, Marçal JUSTEN FILHO defende a tese de que nem todas as atividades elencadas pela Constituição são obrigatoriamente serviços públicos. Segundo o seu entendimento, a Carta Magna determinou requisitos que devem ser preenchidos para que uma dada atividade possa ser caracterizada como serviço público. Ou seja, se não houver oferta de utilidades destinadas à satisfação de necessidades direta e imediatamente relacionadas com a dignidade da pessoa humana ou a finalidades políticas essenciais, será vedado submeter atividades econômicas ao regime jurídico de serviço público. Nesse caso não será hipótese de serviço público, mas apenas de atividade econômica em sentido estrito. Por outro lado, presentes os pressupostos referidos, a configuração da atividade como serviço público far-se-á obrigatória.<sup>144</sup>

Contudo, o eminente jurista diverge de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO. Para ele, “não basta a oferta de utilidades a pessoas indeterminadas para surgir um serviço público. O fundamental é a pertinência entre a utilidade ofertada e a necessidade a ser satisfeita. Dito em outras palavras, *serviço público* não é sinônimo de *serviço ao público*. Indica serviço indispensável, diretamente relacionado com a satisfação de necessidades essenciais à integridade do ser humano.”<sup>145</sup>

Nota-se que embora os doutrinadores citados valham-se de argumentos e fundamentos distintos, substancialmente encaminham-se para uma conclusão comum: nem todas as atividades elencadas na Constituição ao estabelecer a competência dos entes da Federação são serviços públicos, podendo caracterizar atividades econômicas de interesse eminentemente privado.

#### 2.4.4 O termo *autorização* nos incisos XI E XII do art. 21 da Constituição de 1988

A introdução do termo *autorização* nos incisos XI e XII do art. 21 da Lei Maior possui especial relevância para a compreensão do tema por ora abordado. Eis que,

---

<sup>144</sup> Ibid., p.46.

<sup>145</sup> Ibid., p.47.

grande parte da doutrina, interpretando a nova redação empregada no dispositivo, em consonância com o que dispõe o art. 175 do mesmo diploma, vislumbra a vontade do Constituinte Derivado em distinguir, nas atividades elencadas no art.21, XI e XII da Constituição da República, os serviços públicos das atividades econômicas em sentido estrito.

Essa interpretação decorre do fato de que o art. 175 da Carta Magna que trata da prestação de serviços públicos faz referência apenas à concessão e à permissão. Nada diz a respeito da figura da autorização. Portanto, conforme uma interpretação sistemática da Constituição, só seriam públicos os serviços prestados mediante concessão ou permissão, reservando-se a autorização para as atividades econômicas em sentido estrito presentes no art. 21, XI e XII da CF.

Veja-se a respeito a posição de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO:

A expressão “autorização”, que aparece no art. 21, XI e XII, tem em mira duas espécies de situações:

- a) uma, que corresponde a hipóteses em que efetivamente há serviço de telecomunicação, como o de radioamador ou de interligação de empresas por cabos de fibras ópticas, mas não propriamente serviço público, mas serviço de interesse privado delas próprias. Ai, então, a palavra “autorização” foi usada no sentido corrente em Direito Administrativo para exprimir o ato de “polícia administrativa”, que libera alguma conduta privada propriamente dita, mas cujo exercício depende de manifestação administrativa aquiescente para verificação se com ela não haverá gravames ao interesse público;
- b) outra, a de abranger casos em que efetivamente está em pauta um serviço público, mas se trata de resolver emergencialmente uma dada situação, até a adoção dos convenientes procedimentos por força dos quais se outorga permissão ou concessão.<sup>146</sup>

Quanto ao tema Marçal JUSTEN FILHO observa que a autorização é instrumento absolutamente incompatível com a delegação da exploração de serviços públicos a empresas privadas. A autorização é ato administrativo destinado a submeter atividades econômicas em sentido estrito que forem relevantes à Sociedade a uma fiscalização mais rigorosa pelo Estado. Portanto, a figura da autorização é incompatível com os serviços públicos. Dessa forma, em virtude do fato de ter a Constituição Federal albergado no seu art. 21, incisos XI e XII, hipóteses de concessão, permissão e autorização, leva a entender que as atividades presentes nesses

---

<sup>146</sup> BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p.617.

dispositivos comportam exploração sob ambas as modalidades jurídicas. Ora serão serviços públicos concedidos ou permitidos, ora serão atividades econômicas em sentido restrito, submetidas à autorização.<sup>147</sup>

Assim, o administrador público, de forma alguma poderá utilizar-se da figura da autorização para delegar serviços públicos a particulares objetivando, com isso, evitar-se os “inconvenientes” que os mecanismos da concessão e permissão trazem para a Administração Pública, entendendo-se por inconveniência os limites constitucionais ao Poder Estatal, bem como os direitos gerados aos delegatários e aos usuários dos serviços públicos.<sup>148</sup>

Portanto, serviços públicos somente podem ter sua prestação delegada a empresas privadas por intermédio de concessões e permissões, sendo absolutamente impossível e inconstitucional valer-se do instrumento da autorização para realizar tal objetivo.

#### 2.4.5 Prestação de Serviço Público em regime privado?

Tendo em vista tudo o que foi acima exposto, entende-se que é indefensável a tese de que haveria perante a Lei Maior serviços públicos com características menos severas e subordinadas a regime jurídico mais brando (eis que prestados em regime jurídico de direito privado e submetidos apenas à fiscalização do Poder Público) do que os vigentes para os serviços públicos propriamente ditos. Isso ocorre, porque, como afirmou-se no primeiro capítulo, para que a noção de serviço público seja um critério dotado de relevância jurídica, deve possuir contornos bem definidos. Portanto, conclui-se, só existirá serviço público quando o regime jurídico a que dada atividade subordinar-se for o regime jurídico- administrativo, consagrador de prerrogativas e sujeições especiais.

---

<sup>147</sup> JUSTEN FILHO, op. cit., p.45.

<sup>148</sup> Ibid., p. 130.

Neste sentido, Paulo Roberto Ferreira MOTTA assinala que entende “como destituída de cientificidade e eticamente contrária ao Direito, qualquer construção jurídica que considere ser possível a prestação de um serviço público sob regime privado. É a negação da essência do ser-usuário, a violação mais terrível, pelo desprezo, dos direitos fundamentais.”<sup>149</sup>

Portanto, em virtude dos interesses da Sociedade a que os serviços públicos estão intimamente relacionados, buscando a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana e, além disso, dada a própria noção de serviço público, entende-se que estão eivados da mais manifesta inconstitucionalidade os dispositivos legais que permitam a exploração de serviços públicos em regime de direito privado. Encontra-se nesse estado, certamente, o art. 65, §1º da Lei 9.472 de 1997 - Lei Geral de Telecomunicações – que determina que os serviços de telecomunicações de interesse geral, ou seja, as diversas modalidades de serviço telefônico fixo comutado, de qualquer âmbito, destinado ao uso do público em geral (obviamente serviços públicos) não precisam, necessariamente, ser prestados em regime público. O diploma legal em questão acrescenta que somente 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 o que, claramente, nega qualquer conceito de serviço público, haja vista que, se dada atividade de telecomunicação é essencial e sujeita à universalização, não é outra coisa senão serviço público sendo, portanto, o regime jurídico-administrativo o único admissível, não se permitindo de forma alguma a prestação em regime privado.

Da mesma forma, no que tange ao campo da eletricidade, a possibilidade de produção de energia elétrica por produtores-independentes e auto-produtores com o intuito de se atender interesses privados, não permite que o Estado venha omitir-se na manutenção de toda uma estrutura de serviço público (geração, transmissão e distribuição) para que os usuários sejam adequadamente atendidos.

---

<sup>149</sup> MOTTA, op. cit., p. 169.

Deve-se ainda ressaltar que, defender que as atividades dos incisos XI e XII do art.21 da CF prestados em regime privado são serviços públicos acarretará nítidos gravames ao Erário Público, pois tornará o Estado responsável pelo mau desempenho de atividades econômicas em sentido estrito (conforme o regime da responsabilidade extra-contratual de que trata o § 6º do art.37 da Carta Magna<sup>150</sup>).

---

<sup>150</sup> Dispõe o art. 37. §6º da Constituição Federal que: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

## A PROTEÇÃO DOS USUÁRIOS DE SERVIÇOS PÚBLICOS APÓS AS PRIVATIZAÇÕES

### 3.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Apesar de se ter afirmado no capítulo anterior o entendimento de Marçal JUSTEN FILHO de que a privatização só é legítima quando apta a assegurar ao usuário a fruição de prestações de melhor qualidade mediante remuneração inferior ou, no máximo, igual à praticada pelo Estado antes da entrega da execução dos serviços públicos a empresas privadas, facilmente percebe-se que, no plano fático, as promessas do discurso oficial que pregava a venda das estatais, o fim dos monopólios e a criação das agências reguladoras como meio adequado a garantir um futuro mais eficiente e de maior conforto para os brasileiros usuários de serviços públicos, está longe de concretizar-se.

O que se vê é a descontinuidade na prestação dos serviços, o não atingimento da universalização do acesso a atividades essenciais, reajustes exacerbados das tarifas, serviços inadequados e descontentamento geral por parte dos usuários<sup>151</sup>. Entretanto, para fins estatísticos e de propaganda, a vida dos usuários pós-privatização obteve inúmeros benefícios até então inexistentes.

Em suma, nestes primeiros anos que se seguiram às privatizações dos serviços públicos nota-se facilmente que a inobservância por parte dos concessionários e permissionários de serviços públicos ao regime jurídico principiológico aplicável às atividades por eles desenvolvidas tornou-se a regra geral.

Portanto, nesse capítulo, dois serão os objetivos fundamentais: ressaltar as principais violações aos princípios reitores dos serviços públicos por aqueles que

---

<sup>151</sup> Flávia Lefèvre Guimarães (Telesp. Telefônica. Abstenção de Reajuste de Tarifas Telefônicas. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: ano 8, n.32, out.-dez., 1999. p.235) compara a satisfação do usuário do serviço de telefonia antes e depois da privatização da Telesp. Conforme a pesquisa por ela efetuada, o Procon recebeu apenas 396 reclamações contra a Telesp no ano imediatamente anterior à privatização, passando a ocupar o primeiro lugar no *ranking* de reclamações do Procon nos anos seguintes.

estejam encarregados de prestá-los, como também traçar algumas diretrizes que obrigatoriamente devem pautar a atividade das agências reguladoras incumbidas de regular e fiscalizar serviços públicos para que possam vir a funcionar efetivamente como garante dos direitos dos usuários.

Deve-se observar ainda que, esse trabalho, apresenta como foco de análise a proteção dos usuários dos serviços públicos através das Agências reguladoras, haja vista que, tais entes, constituem uma das principais inovações trazidas pelos diplomas legais destinados a regular os setores privatizados. Assim, não se adentrará na polêmica questão a respeito da aplicabilidade ou não do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos, eis que a investigação, em maior profundidade, de cada um dos temas que tal estudo, com certeza suscita, não se mostra compatível nem com os propósitos e nem com os limites do presente estudo.

### 3.2 ATRIBUIÇÕES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Em virtude das privatizações efetuadas no decorrer dos últimos anos, culminando com a transferência da obrigação de prestar certos serviços públicos a empresas particulares, surgiu uma nova função atribuída ao Poder Público, qual seja, a de regular os serviços concedidos à iniciativa privada. O Estado, apesar da entrega da execução dessas atividades a empresas privadas, conservou a responsabilidade pelo cumprimento da obrigação transferida. Nesse sentido, observa Luís Roberto BARROSO que “o fato de determinados serviços públicos serem prestados por empresas privadas concessionárias não modifica a sua natureza pública: o Estado conserva responsabilidades e deveres em relação à sua prestação adequada. Daí a privatização haver trazido drástica transformação no papel do Estado: em lugar de protagonista na execução dos serviços, suas funções passam a ser as de planejamento, regulação e fiscalização.”<sup>152</sup>

---

<sup>152</sup> BARROSO, *Agências...*, p.293.

No entanto, a retirada do Estado da prestação direta de serviços públicos não importa apenas na regulação estatal sobre esses setores, mas constata-se também a intensificação da regulação estatal sobre atividades econômicas em sentido estrito<sup>153</sup>. Conforme assevera Floriano de Azevedo MARQUES NETO “é assim que verificamos o engrandecimento e a reestruturação estatal sobre setores como a saúde suplementar, vigilância sanitária, uso e exploração de recursos hídricos, transportes, entre outros.”<sup>154</sup>

Com o intuito de desempenhar a função regulatória sobre os setores de serviços públicos que tiveram sua execução delegada a particulares, bem como para regular atividades econômicas que o Estado entende relevantes para o bem-estar da coletividade, o legislador valeu-se, a partir da segunda metade da década de 90, da figura das Agências reguladoras. Estas, conforme ensina Romeu Felipe BACELLAR FILHO “são autarquias que integram a Administração Pública indireta, cuja competência reguladora envolve a tarefa de expedir normas sobre a prestação de serviços públicos ou sobre o exercício de atividades econômicas, sempre subordinada aos preceitos legais e regulamentares.”<sup>155</sup>

No que tange aos serviços públicos, Leila CUÉLLAR afirma que os objetivos imediatos das Agências reguladoras identificam-se com “a manutenção nas mãos do Estado, ainda que indiretamente, do controle dos serviços públicos.”<sup>156</sup> Por outro lado, quando são atividades econômicas em sentido estrito que estão submetidas à fiscalização e disciplina pelos entes reguladores, a autora salienta que, nesse caso “a missão das agências é regular, normatizar, controlar e fiscalizar as atividades desenvolvidas por particulares, tendo em vista o interesse público e a defesa dos interesses dos consumidores, almejando a manutenção da qualidade dos serviços e

---

<sup>153</sup> Deve-se observar que quanto às atividades econômicas propriamente ditas, o art. 174 da CF já previa a função reguladora a ser desempenhada pelo Estado. Dispõe o dispositivo citado que: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

<sup>154</sup> MARQUES NETO, A Nova..., p. 15.

<sup>155</sup> BACELLAR FILHO, op. cit., p.159.

<sup>156</sup> CUÉLLAR, op. cit., p.78.

produtos ofertados, os preços justos, o respeito aos menos privilegiados e às minorias, etc.”<sup>157</sup>

Já Paulo Roberto Ferreira MOTTA resume o objetivo a ser alcançado pela regulação dos serviços públicos à universalização. Por outro lado, assevera que no campo das atividades econômicas privadas o escopo almejado pela atividade regulatória é o da eficiência.<sup>158</sup>

Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO separa as atividades até então submetidas à disciplina e controle das Agências reguladoras no âmbito federal em vários blocos. Para o autor, além das agências que disciplinam serviços públicos propriamente ditos (ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica; ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações; ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres; ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários), estão presentes no direito brasileiro entidades destinadas a regular os serviços de saúde desempenhados pelos particulares no exercício da livre iniciativa (ANVISA<sup>159</sup> – Agência Nacional de Vigilância Sanitária e ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar), como também há a ANP – Agência Nacional do Petróleo, responsável pela fiscalização da exploração da indústria do petróleo pelos particulares que tiverem firmado contrato com o Estado; a ANA – Agência Nacional de Águas, cujo objetivo é a regulação do uso de bem público; a ANCINE – Agência Nacional do Cinema, que tem a seu cargo o fomento e a fiscalização dessa atividade. Por último o autor menciona ainda a CVM – Comissão de Valores Mobiliários, pois as funções por ela exercidas são de índole equivalente às das Agências reguladoras.<sup>160</sup>

---

<sup>157</sup> Ibid., p.79.

<sup>158</sup> MOTTA, op. cit., p.145.

<sup>159</sup> Ronaldo Porto Macedo Júnior (A Proteção dos Usuários de Serviços Públicos – A Perspectiva do Direito do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: ano 10, n.37, jan.-mar., 2001. p.83) atribui a criação da ANVISA principalmente ao mercado de produtos farmacêuticos, pois envolve produtos tecnologicamente sofisticados, dificultando demasiadamente a possibilidade do consumidor controlar a qualidade dos produtos.

<sup>160</sup> BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p.149-150.

No âmbito estadual também foram criadas Agências reguladoras. Porém, a maioria dos Estados-membros tem optado pela criação de agências multisetoriais<sup>161</sup>, ou seja, sem especialização e com competência para uma pluralidade de áreas de atuação.<sup>162</sup>

Portanto, de tudo que acima foi exposto, é importante destacar que o objetivo da criação de entes reguladores no direito brasileiro não está vinculado apenas à regulação de serviços públicos que tiveram seu exercício delegado a particulares. Como demonstrou-se, há Agências reguladoras cujos objetivos consistem na fiscalização e disciplina de atividades econômicas em sentido estrito.

Por outro lado, deve-se atentar para o fato de que nem todas as atividades afetas à regulação pelas Agências reguladoras de serviços públicos propriamente ditos (ANEEL e ANATEL, por exemplo) são serviços públicos. De fato, como pudemos observar no tópico 3.4.3 do presente trabalho, é pressuposto do modelo implantado pelas leis incumbidas de disciplinar cada setor, a separação e segmentação das várias fases que compõem determinada atividade, submetendo algumas etapas ao regime jurídico de direito privado. Dessa forma, se certo segmento de determinado setor não é pautado pelo regime jurídico administrativo, pois que não está imediatamente ligado ao princípio da dignidade humana, podendo ser prestado em regime de direito privado, não estaremos frente a um serviço público. Leila CUÉLLAR toma como exemplo a Lei Geral de Telecomunicações. A autora recorda que esse diploma tratou inúmeros serviços como se fossem atividade econômica privada.<sup>163</sup> Quanto a essas atividades, o objetivo das Agências reguladoras ao dirigi-las, fiscalizá-las e regulamentá-las consiste “na defesa do mercado e das liberdades econômicas das pessoas vinculadas à prestação

---

<sup>161</sup> Conforme Luís Roberto Barroso ( *Agências...*, op. cit., p.295), os Estados do Rio de Janeiro, Ceará, Rio Grande do Sul, Espírito Santo, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Rio Grande do Norte, Santa Catarina e Sergipe criaram uma única agência para a regulação dos serviços públicos estaduais em geral. Já São Paulo e Bahia optaram pela criação de agências especializadas, no âmbito de cada um dos serviços concedidos.

<sup>162</sup> SOUTO, *Agências...*, p. 153.

<sup>163</sup> CUÉLLAR, op. cit., p.79.

de atividades que até há algum tempo eram serviços públicos”<sup>164</sup> e que agora passam a ser desempenhados sob regime jurídico de direito privado.

Em síntese, afirma-se que diversas atividades atribuídas às Agências reguladoras de serviços públicos no direito brasileiro são, na verdade, atividades econômicas em sentido estrito.

### 3.3 O PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS FRENTE AO USUÁRIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Assevera Marcos Juruena Villela SOUTO que “as agências reguladoras constituem uma nova técnica de fiscalização e modelagem de mercados específicos diante de um projeto de Estado que busca investimentos privados para a execução de serviços públicos.”<sup>165</sup> No entanto, Luís Roberto BARROSO não vê grande novidade nas funções atribuídas às agências, quando incumbidas de regularem serviços públicos. Afirma o autor que o Estado sempre teve o encargo de zelar pela boa prestação dessas atividades.<sup>166</sup> Contudo observa que “quando os serviços públicos eram prestados diretamente pelo próprio Estado ou indiretamente por pessoas jurídicas por ele controladas (como as sociedades de economia mista e as empresas públicas), estas funções não tinham visibilidade e, a rigor, não eram eficientemente desempenhadas. Agora, todavia, a separação mais nítida entre o setor público e o setor privado revigora esse papel fiscalizador.”<sup>167</sup>

Note-se, porém, que a Agência reguladora tem por função básica articular e coordenar as ações do poder concedente e da concessionária, harmonizando os vários interesses envolvidos, sempre com a finalidade precípua de garantir a prestação de

---

<sup>164</sup> Id.

<sup>165</sup> SOUTO, *Proteção...*, p. 138.

<sup>166</sup> BARROSO, *Agências...*, p.293.

<sup>167</sup> Id.

serviço adequado ao usuário. Não é por outro motivo que Marçal JUSTEN FILHO ressalta que a concessão de serviço público não pode ser reduzida a uma relação jurídica entre Estado e concessionário.<sup>168</sup>

Com isso, entende-se que as Agências reguladoras devem pautar a sua atuação tendo como norte a defesa dos usuários dos serviços por ela regulados. Para que exerçam essa tarefa de forma adequada, deverão primar pela completa observância dos princípios vetores da atividade de prestação dos serviços públicos, coibindo e reprimindo ações dos concessionários que violem essas normas jurídicas.

Nesse sentido leciona Romeu Felipe BACELLAR FILHO: “...às Agências reguladoras de serviços públicos incumbe fiscalizar e reprimir, administrativamente, toda forma de atentado aos princípios que norteiam a exploração do serviço público.”<sup>169</sup>

Ademais, registre-se que o autor citado vislumbra como papel fundamental incumbido às Agências reguladoras o de “guardião do interesse público”.<sup>170</sup>

Faz-se mister salientar, então, que entendemos que a proteção ao usuário de serviços públicos se efetiva com a observância do regime jurídico de direito público, haja vista que os princípios que conformam esse regime, são instrumentos aptos a impedir que o concessionário viole os direitos daqueles que precisam valer-se dessas prestações para o atendimento de suas necessidades essenciais.

Para que o serviço público cumpra os objetivos a ele inerentes, mesmo quando prestado por particulares, Floriano de Azevedo MARQUES NETO anota a “impossibilidade de que a regulação se faça ao arpejo dos interesses e direitos dos usuários e, que essa regulação seja suficientemente forte e ativa para evitar a excessiva mercantilização destas utilidades (o que levaria a uma exclusão econômica da sua fruição, algo írrito à noção de generalidade e acessibilidade próprias a um serviço de

---

<sup>168</sup> JUSTEN FILHO, op. cit., p.15.

<sup>169</sup> BACELLAR FILHO, op. cit., p. 160.

<sup>170</sup> Ibid., p.161.

relevância coletiva)”.<sup>171</sup> O autor acrescenta, ainda, que essa regulação intensa sobre o explorador privado em regime público tem em vista assegurar o cumprimento dos pressupostos da outorga; garantir a perenidade e a universalidade da prestação, impondo que a atividade considerada serviço público seja explorada de modo contínuo e extensivo à maior parcela da população possível e ainda, visa assegurar a preservação dos bens vinculados à atividade.<sup>172</sup>

Ronaldo Porto MACEDO JÚNIOR lembra que,

...as agências regulatórias destinam-se, também, a realizar o equilíbrio dos contratos de serviço, pois sua atuação se dá no sentido de monitorar o processo de renegociação contratual entre os prestadores do serviço e os usuários do mesmo, agindo, neste contexto, como um terceiro imparcial que regula a relação de consumo do serviço público com a clara intenção de reequilibrar os interesses opostos, aumentando, assim, a função do Estado nos setores regulados.<sup>173</sup>

Portanto, a Agência reguladora funcionará, nesse caso, como mediadora dos interesses de todos os agentes envolvidos<sup>174</sup> em uma dada concessão ou permissão de serviço público. Sobressai aqui, o dever da Agência reguladora ouvir, apurar e solucionar as reclamações efetuadas pelo usuário do serviço público, haja vista que o Estado não pode omitir-se, diante da manifestação de insatisfação do usuário.<sup>175 176</sup>

---

<sup>171</sup> MARQUES NETO, A Nova..., p.24.

<sup>172</sup> Ibid., p.20.

<sup>173</sup> MACEDO JÚNIOR, op. cit., p.87.

<sup>174</sup> Interesses do Estado, interesses privados do concessionário ou permissionário e interesses dos usuários na fruição de dado serviço público pagando tarifa módica.

<sup>175</sup> Marçal Justen Filho ( op. cit., p.453) ressalta que “ a recusa explícita em apurar as reclamações, a omissão em adotar as providências cabíveis ou outras condutas equivalentes constituirão violação a deveres administrativos. Eventualmente, poderá caracterizar-se conduta penalmente reprovável. De todo modo, o agente público poderá ser civilmente responsabilizado pelos defeitos na prestação do serviço.

<sup>176</sup> Tratando do setor de telecomunicações, Duciran van Marsen Farena (Telefonia: Crise do Modelo e Desrespeito ao Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: ano 11, n.44, out.-dez., 2002. p. 110) traz interessante retrospecto a respeito da apuração de reclamações dos usuários pela Anatel. Assinala que “a Anatel claudica quando se trata da punição das concessionárias por irregularidades: notável é o fato de que, desde a constituição da Agência, jamais um só PADO – Processo de Apuração por Descumprimento de Obrigação – tenha transitado em

Contudo, para que o usuário possua meios de participar ativamente formulando reclamações e com isso estar a contribuir para a melhoria dos serviços públicos prestados à Sociedade, faz-se necessário que tenha a seu alcance informações técnicas, dados sobre a prestação do serviço, que viabilizem a fundamentação de suas reclamações levadas à apreciação pelas Agências reguladoras. Por isso, Ronaldo Porto MACEDO JÚNIOR entende ser fundamental a participação das Agências reguladoras no fornecimento ágil de informações ao usuário. Entretanto, o autor ressalta que “as atuais legislações não garantem uma publicidade e uma participação de qualidade do consumidor. Um mero representante que participe dessas entidades, mas que não disponha dessas informações técnicas, pouco terá a fazer, limitando-se a desempenhar apenas a função política de legitimar o processo ou ser um mero veículo de encaminhamento de irresignações ou reclamações.”<sup>177</sup>

Assim, cabe às Agências reguladoras assumir o compromisso com a efetivação do direito de participação do usuário, fornecendo as informações técnicas que estejam a sua disposição e que, obviamente, não constituam dados sigilosos do concessionário. Não poderão os entes reguladores escusar-se desse dever de prestar informações sob o argumento de que ainda não foi editada lei regulamentando o art. 37, §3º da C.F.<sup>178</sup>. Como há muito tempo leciona José Afonso da SILVA, a norma em questão é de eficácia contida. É, pois, norma dotada de eficácia, possuindo aplicabilidade imediata e direta. Apenas diferencia-se das normas de eficácia plena pelo fato de trazer um

---

julgado com aplicação de penalidade às prestadoras (a despeito da celeridade com que denúncias de terceiros são arquivadas por improcedentes). Contra uma grande concessionária, com mais de 100(cem) PADOS instaurados, somente em três houve decisão (sujeita a recurso) pela aplicação de multa, nos valores estapafúrdios de R\$ 13,26 ( treze reais e vinte e seis centavos); R\$ 55,90 (cinquenta e cinco reais e noventa centavos) e R\$ 15.371,90 (quinze mil trezentos e setenta e um reais e noventa centavos) donde se verifica a intensa preocupação das empresas com a instauração de tais procedimentos...”

<sup>177</sup> MACEDO JÚNIOR, op. cit., p. 89.

<sup>178</sup> Art. 37. §3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: ...

apelo ao legislador infraconstitucional para que restrinja seu conteúdo normativo, o que, entretanto, não lhe suprime a eficácia.<sup>179</sup>

Outra função que a Agência reguladora deve assumir para que o usuário receba serviço adequado relaciona-se com a observância do princípio da adequação do serviço público. Marçal JUSTEN FILHO destaca que “uma das peculiaridades da concessão reside na impossibilidade de cristalização do conteúdo da posição jurídica das partes na disciplina contemplada no ato convocatório e no contrato de concessão”.<sup>180</sup> Portanto, a delegação promovida ao concessionário não é estática, mas possui natureza dinâmica, cabendo à agência a tarefa de constantemente readequar as condições de prestação do serviço acordadas no contrato de concessão.<sup>181</sup>

No que tange ao princípio de adequação do serviço público, Marçal JUSTEN FILHO aduz que ele exige “a constante atualização e a permanente transformação das utilidades ofertadas, acompanhando o ritmo das alterações da realidade circundante.”<sup>182</sup>

Enfim, é dever fundamental da Agência reguladora zelar pela observância absoluta dos princípios da modicidade tarifária, da continuidade e da universalidade dos serviços públicos. Nesse sentido Romeu Felipe BACELLAR FILHO entende que “o grande desafio das Agências reguladoras está em impor a efetividade dos dois princípios basilares do regime jurídico do serviço público: a universalidade e a continuidade. Serviço acessível para todo o público, sem paralisações ou suspensões injustificadas ou irrazoáveis: trilhando esse caminho teremos condições de proteger e

---

<sup>179</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.116.

<sup>180</sup> JUSTEN FILHO, op. cit., p.426.

<sup>181</sup> Observe-se que aqui se está a tratar das cláusulas regulamentares e não das cláusulas contratuais, haja vista que ao concessionário é posto a salvo o direito ao equilíbrio econômico-financeiro.

<sup>182</sup> JUSTEN FILHO, op. cit., p. 426.

concretizar, cada dia mais, os direitos fundamentais do cidadão consagrados na Constituição Brasileira.”<sup>183</sup>

Assim, em virtude da grande importância dos princípios da continuidade, da universalidade e da modicidade tarifaria (imediatamente ligado ao princípio da universalização dos serviços públicos), passaremos a analisá-los detalhadamente nos três tópicos seguintes.

### 3.3.1 O princípio da continuidade dos serviços públicos

Conquanto o direito administrativo tenha sempre reconhecido que os serviços públicos devem obedecer ao princípio que determina a continuidade da prestação, essa norma foi inscrita pela primeira vez no Código de Defesa do Consumidor. Assim, dispôs o art. 22 do referido diploma: “Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.”

Esse princípio tem como núcleo central a finalidade de garantir ao usuário que atividades a ele essenciais não sejam interrompidas ou prestadas de forma descontínua em face dos graves danos que poderão ser causados se não houver a sua regular continuidade. Conforme assinala Marcos Juruena Villela SOUTO, “o dever de continuidade objetiva possibilitar aos usuários dos serviços sua fruição de forma ininterrupta, sem paralisações injustificadas, devendo os serviços estarem à disposição dos usuários, em condições adequadas de uso.”<sup>184</sup>

Posteriormente, a Lei de Concessões 8.987/95, que trata sobre concessão e permissão da prestação do serviço público definiu as hipóteses em que não há a caracterização da descontinuidade. Assim, reza o art. 6º §3º: “Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após

---

<sup>183</sup> BACELLAR FILHO, op. cit., p.162.

<sup>184</sup> SOUTO, *Proteção...*, op. cit., p.140.

prévio aviso, quando: I – motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e, II – por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.”

Flávia Lefèvre GUIMARÃES constata que no campo das telecomunicações há inobservância absoluta dos ditames legais, sendo que os problemas mais frequentes são: falta de avisos prévios para desligamento e consertos de telefones e reparos de cabos, linhas mudas e desligamento indevido de linhas.<sup>185</sup>

Porém, é a admissão da interrupção do serviço em virtude do inadimplemento do usuário que tem gerado ampla discussão na doutrina e jurisprudência, passando-se a questionar a própria validade da norma.

Cláudia Travi Pitta PINHEIRO observa que “no campo da jurisprudência, especialmente no STJ, verifica-se uma tendência majoritária no sentido de impedir, em qualquer caso, a interrupção do serviço em razão do inadimplemento.”<sup>186</sup>

A autora citada explica que essa corrente funda-se em três argumentos principais: “1) a suspensão no fornecimento de serviço público afronta o art. 42 do CDC<sup>187</sup> ; 2) caracteriza exercício arbitrário das próprias razões; 3) traduz atuação da Justiça privada, ferindo os princípios da inocência presumida e da ampla defesa.”<sup>188</sup>

Vale observar que, até mesmo em casos extremos como nos de desvio de energia elétrica, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido pela ilegalidade e abuso da suspensão do fornecimento de eletricidade.<sup>189</sup>

---

<sup>185</sup> GUIMARÃES, op. cit., p.234.

<sup>186</sup> PINHEIRO, Cláudia Travi Pitta. A Suspensão de Serviço Público em Virtude do Inadimplemento do Usuário à Luz dos Princípios da Boa-fé e da Proporcionalidade. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: ano 10, n.40, out.-dez., 2001. p. 66.

<sup>187</sup> Dispõe o art. 42 do Código de Defesa do Consumidor que: “Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

<sup>188</sup> PINHEIRO, op. cit., p. 66.

<sup>189</sup> *Ibid.*, p. 67.

Por outro lado, a doutrina parece inclinar-se pela possibilidade de interrupção no fornecimento, argumentando que o princípio da continuidade não justifica a prestação gratuita do serviço. Nesse sentido, Marçal JUSTEN FILHO entende que é dever do usuário remunerar o concessionário pela fruição do serviço. Assinala o autor que “é incompatível com o regime de concessão a utilização gratuita das utilidades fornecidas pelo concessionário, ressalvadas as hipóteses em que a remuneração seja arcada por terceiros.”<sup>190</sup> Da mesma forma, entende Edison Tetsuko NAMBA que o inadimplemento possibilita a interrupção dos serviços de água, energia elétrica e telefone. Fundamenta seu pensamento no princípio da igualdade dos usuários e na inviabilização da atividade se a inadimplência tomar rumos de generalidade.<sup>191</sup>

Já Marcos Juruena Villela SOUTO propõe uma solução intermediária, conciliando os interesses da concessionária e do usuário, “no sentido de que o Concedente ressarça o concessionário, após um período fixado no contrato, para que não haja quebra do equilíbrio contratual, subrogando-se nos direitos deste em face do usuário, dele cobrando em juízo; assim, atende-se o interesse público e a dignidade do consumidor sem afastar investidores.”<sup>192</sup>

Enfim, mesmo que se opte pela possibilidade da interrupção do serviço público em virtude do inadimplemento do usuário, o princípio da continuidade do serviço público demanda que se atente para duas ordens de situações. Em primeiro lugar, deve-se observar que a Lei 8.987/95 subordinou o direito de interrupção ao fato de que a ausência de determinado serviço não cause prejuízos aos interesses da coletividade. Dessa forma, em se tratando de hospitais, creches, asilos, orfanatos e demais locais de interesses transindividuais, ficará a concessionária adstrita a exigir seus créditos através de processo judicial de execução. Em segundo lugar, o princípio da continuidade determina que a interrupção do fornecimento de serviço essencial, por

---

<sup>190</sup> JUSTEN FILHO, op. cit., p.566.

<sup>191</sup> NAMBA, Edison Tetsuko. A Suspensão do Serviço Público pela Concessionária em Decorrente do não Pagamento das Contas pelo Usuário. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: ano 9, n.36, out.-dez., 2000. p.149.

constituir medida extremada e privar o ser humano da satisfação de necessidades essenciais a sua dignidade, só será possível inexistindo meios menos rigorosos para a solução do problema do inadimplemento, sob pena de violar-se os princípios da boa-fé e da proporcionalidade. De qualquer forma, obsta-se que a concessionária tome atitudes desarrazoadas e desproporcionais suspendendo-se o serviço em virtude, por exemplo, de débitos irrisórios, de débitos “antigos” (casos em que o usuário deixa de pagar por um ou alguns meses, mas torna a efetuar os pagamentos corretamente nos meses subseqüentes), ou o cancelamento do serviço de um imóvel cujas contas são pagas em dia, em razão de débitos concernentes a outra unidade, considerada de “responsabilidade” do residente.<sup>193</sup>

### 3.3.2 O princípio da modicidade tarifária

Quando o Estado delega determinada atividade a uma empresa privada, com ela celebrando contrato de concessão ou permissão, o serviço deixa de ser custeado pelo todo social, através dos impostos, passando a ser remunerado por cada usuário que dele se utiliza. Portanto, a tarifa é a contraprestação ao concessionário pelo serviço que ele desenvolve, devendo ser fixada num dado valor que possibilite o lucro da empresa prestadora do serviço, mas que, por outro lado, não tenha o condão de restringir o acesso ao serviço público apenas à casta mais abonada da população.

Entretanto, após as privatizações, o que mais se verificou foi uma escalada constante das tarifas cobradas pelos concessionários de serviços públicos. Tome-se, mais uma vez como exemplo o setor de telefonia. Flávia Lefèvre GUIMARÃES demonstra que mesmo antes da venda das Teles o usuário foi absurdamente onerado. Ocorre que, para viabilizar a privatização era necessário tornar atraentes as empresas a serem transferidas para a iniciativa privada, tendo sido nesse contexto que as tarifas telefônicas no Estado de São Paulo sofreram aumentos que chegaram a 369% de 1995

---

<sup>192</sup> SOUTO, *Proteção...*, p. 136.

<sup>193</sup> PINHEIRO, *op. cit.*, p. 68 et seq.

até junho de 1998, mês da venda da Telesp ao grupo espanhol da Telefónica.<sup>194</sup> Mais recentemente, nos meses de junho e julho de 2003, novamente o usuário da telefonia viu-se submetido a aumentos abusivos de tarifa, haja vista que a Anatel autorizou reajuste da ordem de 25% para a assinatura residencial e pulso e de 41,7% para assinatura não residencial e habilitação.

No âmbito da energia elétrica a situação não é diferente. Basta observar que a Light, no Rio de Janeiro, cobra US\$ 120 pelo megawatt/hora, enquanto na cidade americana de Idaho o megawatt/hora custa US\$ 20. Como se isso não bastasse, haja vista a desproporção entre o padrão aquisitivo do brasileiro comparado ao do americano, reserva-se ainda no decorrer do ano de 2003 reajustes na casa de 28% para os usuários residenciais.<sup>195</sup>

No entanto, os reajustes abusivos não são a única forma através da qual o princípio em questão vem sendo violado. Diversas práticas implementadas pelas empresas concessionárias têm tornado o direito à modicidade tarifária (art. 6º, §1º, Lei 8987/95<sup>196</sup>) uma declaração desprovida de qualquer eficácia jurídica ou fática.

Duciran van Marsen FARENA chama atenção para a inversão tarifária. Lembra que, realizada a privatização, consolidou-se o processo de “reestruturação tarifária”, isto é, transferência de ônus dos setores competitivos, ou seja, para os quais existe

---

<sup>194</sup> GUIMARÃES, op. cit., p. 233.

<sup>195</sup> ISTOÉ. São Paulo: Três, n.1763, jul. 2003. 90p.

<sup>196</sup> Art. 6.º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§1º. Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

disputa pela prestação do serviço<sup>197</sup> para os assinantes residenciais de telefone e usuários residenciais de energia elétrica.<sup>198</sup>

Então, esclarece o autor que “abriu-se, assim, uma brecha para o aumento de competitividade às custas de subsídios inversos (o pobre subsidia o rico – o segmento sem competição subsidia o segmento com competição).”<sup>199</sup>

Afirma ainda que no âmbito das telecomunicações “é inegável que os descontos para grandes usuários e o barateamento de ligações internacionais se fizeram acompanhar, no novo sistema, de aumentos de mais de 300% na assinatura básica, e outro tanto no pulso, de enorme impacto sobre o pequeno usuário, que se serve do telefone principalmente para ligações locais.”<sup>200</sup> Já no setor energético aduz que “ao mesmo tempo em que são eliminadas as tarifas de baixa renda, descontos são brindados no livre mercado energético a grandes usuários, basicamente empresas.”<sup>201</sup>

Constata-se, então, que a reestruturação tarifária privilegiando os grandes consumidores e os serviços competitivos de cada setor, tem contribuído amplamente pelo aumento da dificuldade do usuário residencial e de baixa renda em ter acesso aos serviços públicos essenciais.

Além dos subsídios inversos, vários encargos colaterais têm colaborado com o encarecimento das tarifas. Diversos exemplos podem ser lembrados a respeito: tarifas de bloqueio do serviço por falta de pagamento e tarifa de religação, obrigando o usuário a pagar para que a empresa suspenda o serviço e para que posteriormente

---

<sup>197</sup> Há disputa, por exemplo, pelos grandes consumidores de energia elétrica que podem optar pela compra de energia de produtor independente ou de auto-produtor com excesso de produção de energia, no campo da telefonia de longa distância e no segmento empresarial de telefonia.

<sup>198</sup> FARENA, Duciran Van Marsen. O Código de Defesa do Consumidor e os Direitos do Consumidor Usuário do Sistema de Telefonia Fixa. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: ano 10, n.40, out.-dez., 2001. p.100.

<sup>199</sup> FARENA, Duciran Van Marsen. Telefonia: Direito de Acesso nos Setores de Eletricidade e Telefonia. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: ano 10, n.37, jan.-mar., 2001. p.220.

<sup>200</sup> *Ibid.*, p.221.

<sup>201</sup> *Id.*

retorne com o fornecimento, cobrança de seguros<sup>202</sup> e, no campo do telefone, elevam abusivamente a tarifa a cobrança diretamente do usuário de tributos (Cofins e Pis/Pasep) em que o sujeito passivo da obrigação tributária são as concessionárias de telefonia<sup>203</sup> e nunca o consumidor do serviço.

Assim, essas são algumas das práticas que concorrem para desfigurar a obrigação da modicidade tarifária, privando o cidadão da utilização de serviços de que o Estado é titular e, além disso, facilidades, utilidades e comodidades que o ordenamento jurídico elegeu como imprescindíveis à realização do princípio da dignidade da pessoa humana.

### 3.3.3 O princípio da universalização dos serviços públicos (direito de acesso)

No que tange aos serviços públicos, a regra geral é a da obrigatoriedade da prestação e a acessibilidade universal. Rapidamente percebe-se que a efetividade do princípio da universalidade está umbilicalmente ligada ao princípio que prega a cobrança de tarifas módicas nas atividades erigidas ao patamar de serviços públicos. Realmente, de nada adianta ser possível a oferta do serviço pelas empresas que exploram dada atividade se grande parte da população não apresenta condições econômicas suficientes para pagar por ele. Portanto, o direito de acesso deve ser considerado tanto na sua vertente de direito de quem não tem o serviço, quanto de direito à manutenção do serviço por quem já o possui.

Nesse passo, cabe expor a lição de Floriano de Azevedo MARQUES NETO que distingue o consumidor efetivo do potencial. “Enquanto o consumidor efetivo

---

<sup>202</sup> Duciran van Marsen Farena (Ibid., p.223) lembra que recentemente, concessionária de energia elétrica de São Paulo lançou seguro “opcional” contra danos causados por variação de corrente elétrica, danos estes que já estão compreendidos na sua responsabilidade objetiva.

<sup>203</sup> Duciran van Marsen Farena (Telefonia: Crise..., p.180) anota que o cálculo do imposto na fatura é feito com base no valor do serviço prestado, enquanto os tributos Pis/Cofins são pagos pelas prestadoras com base no faturamento mensal, sujeito às exclusões e deduções previstas na legislação tributária.

reclama por qualidade, tarifas menores, cordialidade no atendimento, ou seja, valores que se somam à fruição do serviço, o consumidor potencial, de sua parte, tem expectativa de fruição. Este até possui o direito (formal) de pagar pela prestação; entretanto, por motivos de índole econômica, geográfica ou social, teria sérias e concretas dificuldades para obter acesso material ao serviço.”<sup>204</sup>

Não há dúvida de que, numa Sociedade tão desigual como a brasileira,<sup>205</sup> há um número expressivo de pessoas que sequer podem ter acesso a determinados serviços públicos, simplesmente porque na cidade em que residem eles não são ofertados à população. É certo que, como assevera o autor supra citado, o ordenamento jurídico “quer” que esses indivíduos possam beneficiar-se do serviço. E, por isso, o direito da regulação estabelece metas destinadas à transformação do consumidor potencial em efetivo. Sabe-se, contudo, que o atingimento dessas metas regulatórias implicarão um maior ônus econômico ao consumidor que já tem o serviço a sua disposição.<sup>206</sup>

Entretanto, não é possível admitir que a pretexto de expandir a outras localidades a prestação de certo serviço público, possibilitando a integração do consumidor potencial, a concessionária encareça demasiadamente a tarifa e com isso impeça o acesso ao serviço pelos usuários efetivos que não poderão mais por ele pagar. Duciran van Marsen FARENA expõe claramente o problema ao tratar do setor de telefonia. Relata que em dezembro de 2002 havia cerca de dez milhões de linhas desligadas por falta de pagamento, além de outras onze milhões de linhas ociosas, sem comprador, em virtude da incapacidade do usuário brasileiro arcar sequer com o pagamento da assinatura básica.<sup>207</sup>

---

<sup>204</sup> MARQUES NETO, A Nova..., op. cit., p.29.

<sup>205</sup> Segundo o Relatório de Desenvolvimento Humano divulgado pela ONU em 08. 07. 2003 o Brasil ocupava o 9º lugar no *ranking* dos dez países mais desiguais. Portanto, a concentração de riqueza no Brasil só é menor que a encontrada na Namíbia, Lesoto, Honduras, Paraguai, Serra Leoa, Botsuana, Nicarágua e República Centro-Africana.

<sup>206</sup> MARQUES NETO, A Nova..., op. cit., p. 29.

<sup>207</sup> FARENA, *Telefonia: Crise...*, p.106.

Assim, deve-se ressaltar que a universalização é dever do concessionário, não podendo servir de desculpa para que as tarifas sejam encarecidas e, com isso ocasionem a exclusão da fruição por aqueles a quem determinado serviço já encontra-se disponível.

Porém, apesar da elevação constante das tarifas, as concessionárias estão longe de cumprir as metas de universalização que regulam cada setor. Assim, sublinha FARENA que, segundo relatório da Anatel, ainda há diversos casos de cidades com mais de mil habitantes que não têm telefone, de locais com menos de um telefone público a cada 800 metros (a meta é que esteja à disposição da população um telefone público a cada 300 metros) e de escolas e hospitais sem sistema de comunicação.<sup>208</sup> Outro exemplo em que o princípio da universalização dos serviços públicos não vem tendo efetividade diz respeito ao acesso a água e saneamento. Conforme o relatório da Organização das Nações Unidas (ONU), em mais de uma década, o acesso da população brasileira a saneamento aumentou somente cinco pontos percentuais: em 1990 era de 71% e passou para 76% em 2001. Segundo as metas estabelecidas, o Brasil deveria chegar a 2015 com 86% da população ligada à rede de esgoto. A distribuição da água é outro problema complexo. A proporção da população brasileira com uma fonte de água limpa em suas residências era, em 2001, de apenas 87%.<sup>209</sup>

Portanto, é notório o descaso das concessionárias exploradoras de serviços públicos no que tange a efetividade do princípio da universalização. Roberto Augusto Castellanos PFEIFFER entende que “o descumprimento das metas de universalização gera, além das sanções administrativas, a possibilidade do consumidor pleitear judicialmente o seu cumprimento.”<sup>210</sup>

Logo, entende-se que é dever da Agência reguladora incumbida por determinado setor zelar pela observância ao princípio da universalização da prestação dos serviços. Deverá verificar se há oferecimento efetivo do serviço à totalidade da

---

<sup>208</sup> FARENA, *O Código...*, p.100.

<sup>209</sup> ISTOÉ. São Paulo: Abril, n.1763, jul. 2003. 90p.

<sup>210</sup> PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Serviços Públicos Concedidos e Proteção do Consumidor*. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: ano 9, n.36, out.-dez., 2000. p.164.

população interessada na sua fruição (disponibilidade de utilização do serviço de forma adequada e suficiente em todas as localidades sob responsabilidade da concessionária), como também deverá determinar tarifas módicas, aptas a possibilitar o acesso ao serviço pelo usuário de baixo poder aquisitivo.

Em suma, podemos concluir junto com Paulo Roberto Ferreira MOTTA que “o único resultado ético e legitimamente a ser perseguido pela regulação, em sentido estrito, é o da universalização dos serviços públicos (estes sem adjetivos que desnaturem a sua essência)”.<sup>211</sup>

#### 3.4 FUNÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS QUANTO ÀS ATIVIDADES POR ELA REGULADAS DESENVOLVIDAS SOB REGIME DE DIREITO PRIVADO

Conforme expusemos no decorrer do presente trabalho, o modelo adotado pelo Brasil nas legislações que regem as prestações de serviços públicos de energia elétrica e telecomunicações tem como premissa fundamental a desagregação das atividades integrantes de determinado setor, submetendo-as a regimes jurídicos distintos (regime de direito público e regime de direito privado). Todavia, não se pode olvidar que várias das atividades que passaram a ser concebidas como atividade econômica em sentido estrito estão relacionadas a interesses relevantes da Sociedade, demandando ampla regulação e fiscalização pelas Agências reguladoras. No entanto, nesse caso, será distinto o escopo da regulação desenvolvida pela agência. Terá por objetivo a defesa da livre iniciativa e da livre concorrência, princípios fundamentais para o desenvolvimento das atividades econômicas. Leila CUÉLLAR afirma que o objetivo da regulação, fiscalização e de direção será “a defesa do mercado e das liberdades

---

<sup>211</sup> MOTTA, op. cit., p.139.

econômicas das pessoas vinculadas à prestação de atividade que até algum tempo eram serviços públicos.”<sup>212</sup>

Com esse ideário, a Lei Geral de Telecomunicações, por exemplo, determina que a exploração de serviço de telecomunicações no regime privado 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 e a permanente fiscalização.<sup>213</sup>

Os princípios constitucionais vetores da atividade econômica a que a Lei Geral de Telecomunicações faz alusão estão consagradas expressamente na Constituição de 1988, tanto como princípios fundamentais regentes da República Federativa do Brasil, quanto no Capítulo I do Título VII que disciplina a Ordem Econômica e Financeira.

Assim, o art. 1º da Carta Magna, ao tratar dos fundamentos do Estado brasileiro, impôs no seu inciso IV a observância dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Já o art. 170 apresenta a seguinte redação:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;

VI – defesa do meio ambiente;

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

---

<sup>212</sup> CÚELLAR, op. cit., p.79.

<sup>213</sup> Lei 9.472/97 art.126 e art. 127(I, II, VIII e X).

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos por lei.

Note-se que o art. 170, *caput*, em consonância com o art. 1º, IV da Lei Maior elegeu a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano como pilares fundantes da ordem econômica. Deu guarida ainda ao princípio da dignidade da pessoa humana ao determinar que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna.

Quanto aos princípios elencados nos incisos I a IX do art. 170, em virtude da inexistência de homogeneidade funcional entre eles, Luís Roberto BARROSO os separa em dois grandes grupos: 1) princípios de funcionamento da ordem econômica, que estabelecem parâmetros básicos de convivência que devem ser observados pelos agentes da ordem econômica; 2) princípios-fins, que descrevem realidades materiais que o constituinte deseja sejam alcançadas. No primeiro grupo, estão os princípios da soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor e defesa do meio ambiente. Já no segundo encontram-se a redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Ressalte-se ainda que os princípios de funcionamento são endereçados à atividade do setor privado, enquanto os princípios-fins determinam a política econômica estatal.<sup>214</sup>

Portanto, entende-se que a Agência reguladora quando estiver incumbida de regular e fiscalizar atividades econômicas em sentido estrito relevantes para a Sociedade, utilidades que até pouco tempo eram consideradas serviços públicos, deverá buscar o atendimento dos princípios da livre iniciativa, da valorização do trabalho humano e dos princípios de funcionamento da ordem econômica.<sup>215</sup>

---

<sup>214</sup> BARROSO, A Ordem..., p.198.

<sup>215</sup> Tome-se como exemplo o princípio de funcionamento da ordem econômica que exige a defesa do meio ambiente. Neste caso, no que tange a telefonia celular, a ANATEL deverá determinar em que localidades as antenas poderão ser instaladas, haja vista as conseqüências que podem acarretar à saúde das pessoas e ao meio ambiente (p.e., danos à paisagem). MARCHESAN, Ana Maria Moreira. Implicações Jurídicas das Radiações Eletromagnéticas Emanadas das Estações de Rádio-Base de Telefonia Celular. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: ano 6, n. 24, out.-dez., 2001.

Porém, lembra Almiro do Couto e SILVA que a Agência reguladora ao exercer seus poderes de fiscalização, controle e de intervenção quanto às atividades prestadas em regime privado “deverá observar o princípio constitucional da proporcionalidade em senso estrito, daí resultando que o Poder Público, dentre as medidas interventivas possíveis, deverá sempre eleger a mais branda, o que significa dizer a que menos interfira na liberdade de concorrência e de fixação de preços.”<sup>216</sup>

Dessa forma, dentre todas as medidas capazes de atingir o resultado pretendido, o princípio da proporcionalidade determina que seja escolhida aquela que produz a menor restrição aos direitos consagrados na Constituição.

Observe-se ainda que, a pretexto de regular e fiscalizar determinadas atividades econômicas em sentido estrito, jamais a Agência reguladora poderá suprimir a liberdade de iniciativa, princípio fundamental da ordem econômica e o princípio da livre concorrência, seu corolário imediato.<sup>217</sup>

No que tange ao princípio da livre concorrência, Luiz Antonio Rizzato NUNES tece as seguintes considerações:

A livre concorrência é essencialmente uma garantia do consumidor e do mercado. Ela significa que o explorador tem que oferecer ao consumidor produtos e serviços melhores do que os de seu concorrente. Essa obrigação é posta *ad infinito*, de tal forma que sempre haja melhora. Evidente que esse processo de concorrência se faz não só pela qualidade, mas também por seu parceiro necessário: o preço. Todo elemento concorrencial na luta pelo consumidor é o duplo “qualidade/preço”.<sup>218</sup>

Portanto, conclui-se que a Agência tem como tarefa criar condições para a manutenção da concorrência e da competição entre os exploradores de dada atividade transferida para o âmbito privado, coibindo e penalizando os comportamentos abusivos e anticoncorrenciais dos agentes econômicos. Assim, assumindo

---

<sup>216</sup> SILVA, op. cit., p.68.

<sup>217</sup> BARROSO, *A Ordem...*, p.207.

<sup>218</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzato. Telesp. Telefônica. Abstenção de Reajuste de Tarifas Telefônicas. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: ano 8, n.32, out.-dez., 1999.

compromisso com a efetivação do princípio da livre concorrência, o ente regulador estará assegurando ao consumidor o recebimento de prestações de maior qualidade a preços menores.

---

## CONCLUSÕES

As considerações desenvolvidas nesta monografia permitem algumas conclusões, a seguir elencadas:

1. Não há uma fórmula exata capaz de determinar previamente quais atividades devem obrigatoriamente constituir serviços públicos. A noção de serviço público varia no tempo e no espaço, transformando-se conforme se modificam as necessidades presentes em uma determinada Sociedade.

2. A doutrina diverge na conceituação do serviço público. Parte dela adota conceito demasiadamente amplo, confundindo-o com as demais funções do Estado. Para que o conceito de serviço público apresente serventia como critério jurídico, faz-se necessário adotar conceito restrito, distanciando tal atividade administrativa das atividades jurisdicional e legislativa, como também das atividades administrativas de polícia e de fomento.

3. O serviço público configura-se pela conjugação de três aspectos: 1) material: instrumentalidade de uma atividade para a realização de valores essenciais; 2) subjetivo: titularidade do Estado, não deixando de haver serviço público quando determinada atividade é delegada mediante concessão ou permissão à prestação por particulares; 3) formal: identificando-se com o regime jurídico de direito público.

4. O regime jurídico do serviço público é informado por diversos princípios jurídicos que garantem ao usuário o recebimento de serviço adequado. Portanto, a obrigatoriedade de observância de tais princípios pelas empresas privadas responsáveis pela prestação de serviços públicos constitui-se em mecanismo eficaz a salvaguardar e proteger os interesses dos usuários.

5. A noção de serviço público está intimamente ligada à realização do princípio da dignidade da pessoa humana, vinculando-se ao atendimento de necessidades essenciais aos seres humanos. Portanto, não poderá o legislador infraconstitucional retirar do âmbito da iniciativa privada atividades econômicas em sentido estrito, caracterizando-as como serviços públicos. Se o Estado classificar como serviço público

atividade que não é essencial à existência digna dos indivíduos, incorrerá em inconstitucionalidade por violação aos princípios constitucionais informadores da Ordem Econômica.

6. O serviço público não se confunde com as atividades econômicas em sentido restrito. No entanto, ambos devem ser visualizados como espécies do gênero atividade econômica, haja vista que a prestação de serviços públicos envolve a utilização de recursos escassos.

7. Durante os anos 90, os brasileiros assistiram à promulgação de diversas leis e emendas constitucionais que, tendo como objetivo comum a diminuição do Estado, retirando-lhe o papel de protagonista principal no processo econômico, foram responsáveis pela reformulação da prestação dos serviços públicos, entregando a execução de tais atividades à iniciativa privada. Observe-se ainda que os diplomas normativos em questão atribuíram a regulação e fiscalização dos serviços públicos concedidos a entidades autárquicas, denominadas de Agências reguladoras.

8. O Estado brasileiro valeu-se das privatizações para diminuir o âmbito de suas atribuições. Quanto aos serviços públicos a titularidade permaneceu com o Estado, sendo apenas privatizado o seu exercício. Contudo, é preciso ressaltar que a privatização dos serviços públicos somente é legítima se não significar obstáculo à realização do princípio da dignidade da pessoa humana. Portanto, a prestação dos serviços públicos por particulares deverá fazer-se em condições no mínimo idênticas às existentes quando o serviço era prestado pelo Estado.

9. Constitui-se traço marcante dos diplomas legislativos que disciplinam a prestação dos serviços públicos a desagregação das etapas integrantes de determinado setor (*unbundling*), separando as fases competitivas do serviço daquelas em que a competição é inviável. Por outro lado, a fragmentação dos “blocos de serviços públicos” também ocorre mediante a submissão das atividades deles integrantes a regimes jurídicos distintos.

10. As Agências reguladoras constituem-se em instrumentos de fiscalização, regulação e disciplina de serviços públicos como também de atividades econômicas em sentido estrito. No entanto, deve-se observar que mesmo as Agências reguladoras

de serviços públicos não se destinam a regular apenas estas atividades, estando também encarregadas por determinar a orientação a ser seguida pelas empresas privadas exploradoras das atividades que deixaram de ser concebidas como serviços públicos.

11. As Agências reguladoras devem pautar a sua atuação tendo como norte a defesa dos usuários dos serviços por ela regulados.

12. A proteção ao usuário de serviços públicos se efetiva com a observância do regime jurídico de direito público, haja vista que os princípios que conformam esse regime, são instrumentos aptos a impedir que o concessionário viole os direitos daqueles que precisam valer-se dessas prestações para o atendimento de suas necessidades essenciais. Assim, o papel fundamental atribuído às Agências reguladoras consiste em velar pela completa observância dos princípios vetores da atividade de prestação dos serviços públicos, coibindo e reprimindo ações dos concessionários que violem essas normas jurídicas.

13. Quando a Agência reguladora estiver incumbida de regular e fiscalizar atividades econômicas em sentido estrito relevantes para a Sociedade, utilidades que até pouco tempo eram consideradas serviços públicos, deverá buscar o atendimento dos princípios da livre iniciativa, da valorização do trabalho humano e dos princípios de funcionamento da ordem econômica.

## REFERÊNCIAS

- AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Distinção entre Usuário de Serviço Público e Consumidor. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: n. 225, jul.- set., 2001.
- \_\_\_\_\_. Antônio Carlos Cintra do. As Agências Reguladoras de Serviço Público devem ser extintas?. **Interesse Público**. Porto Alegre: n.18, 2003.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Econômico**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: n.223, jan.-mar., 2001.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O Poder Normativo dos Entes Reguladores e a Participação dos Cidadãos Nesta Atividade. Serviços Públicos e Direitos Fundamentais: os Desafios da Regulação na Experiência Brasileira. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: n.230, out.-dez., 2002.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: n.229, jul- set., 2002.
- \_\_\_\_\_. Luís Roberto. A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços.**Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: n.226, out.-dez., 2001.
- COSTALDELLO, Ângela Cássia. O Regime Jurídico dos Agentes Públicos e a Emenda Constitucional nº19/98. **Interesse Público**. Porto Alegre: n.3, 1999.
- SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o Novo Exercício de Funções Públicas por Particulares. Serviço Público “à Brasileira”?. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: n.230, out.-dez.,2002.
- CUÉLLAR, Leila. **As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14.ed. São Paulo:Atlas,2002.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Terceirização dos Serviços Públicos. **Gênesis-Revista de Direito Administrativo Aplicado**. Curitiba: n. 8, março, 1996.

DUTRA, Pedro. Concorrência em Mercado Regulado: a Ação da ANP. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: n.229, jul.-set., 2002.

\_\_\_\_\_. Pedro. Desagregação e Compartilhamento do Uso de Rede de Telecomunicações. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: n.226, out.-dez., 2001.

FAGUNDES, Maria Aparecida de Almeida Pinto Seabra. Os Novos Rumos do Direito da Eletricidade. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: n.225, abr.-jun.,2001.

FARENA, Duciran Van Marsen. Telefonia: Crise do Modelo e Desrespeito ao Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: ano 11, n.44, out.-dez., 2002.

\_\_\_\_\_. Telefonia: Direito de Acesso nos Setores de Eletricidade e Telefonia. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: ano 10, n.37,jan.-mar., 2001.

\_\_\_\_\_. O Código de Defesa do Consumidor e os Direitos do Consumidor Usuário do Sistema de Telefonia Fixa. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: ano 10, n.40, out.-dez., 2001.

\_\_\_\_\_. Os Serviços de Valor Adicionado na Lei Geral de Telecomunicações- o caso do 0900. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: ano 10, n.38, abr.-jun., 2001.

FERRARI, Regina Macedo Nery. Tarifa Mófica – Serviços de Qualidade: Conceitos Jurídicos Indeterminados? **Interesse Público**:n.18, 2003.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. Ilegalidade de Aumento de Tarifas Telefônicas Promovidas pela TELPE Homologadas pela ANATEL.**Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: ano 9, n.33, jan.-mar., 2000.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 4. ed.São Paulo: Malheiros,2000.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Regime Jurídico das Telecomunicações: Autorização, Permissão e Concessão.**Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: ano 9, n. 37, out.-dez.,2001.

GUIMARÃES, Flávia Lefèvre. Telesp. Telefônica. Abstenção de Reajuste de Tarifas Telefônicas. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: ano 8, n.32, out.-dez., 1999.

- JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003.
- MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A Proteção dos Usuários de Serviços Públicos – A Perspectiva do Direito do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: ano 10, n.37, jan.-mar., 2001.
- MARCHESAN, Ana Maria Moreira. Implicações Jurídicas das Radiações Eletromagnéticas Emanadas das Estações de Rádio-Base de Telefonia Celular. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: ano 6, n. 24, out.-dez., 2001.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Nova Regulação dos Serviços Públicos. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: n.228, abr.-jun., 2002.
- \_\_\_\_\_. Aspectos Regulatórios em um Novo Modelo Para o Setor de Saneamento Básico no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: n.224, abr.-jun., 2001.
- \_\_\_\_\_. Universalização de Serviços Públicos e Competição o Caso da Distribuição de Gás Natural. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: n.223, jan.-mar., 2001.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Da Crise de Energia Elétrica e a Proteção do Consumidor dos Serviços Públicos Privatizados. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: n.225, jul.-set., 2001.
- NAMBA, Edison Tetsuko. A Suspensão do Serviço Público pela Concessionária em Decorrencia do não Pagamento das Contas pelo Usuário. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: ano 9, n.36, out.-dez., 2000.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MORAES, Alexandre de. Regime Jurídico da Concessão para Exploração de Petróleo e Gás Natural. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: ano 9, n. 36, jul.-set., 2001.
- MOTTA, Paulo Roberto Ferreira Motta. **Universalização e Regulação dos Serviços Públicos de Energia Elétrica e Telecomunicações**. Curitiba, 2003. 268 f. Tese (Doutorado em Direito)-Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.
- OLIVEIRA, Odília Ferreira da Luz. Situação Jurídica do Usuário do Serviço Público. **Revista do Direito Público**. São Paulo: ano 17, n. 69, jan.-mar., 1984.

ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de Derecho Público Económico**. Granada, 1999, p. 549-591.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Serviços Públicos Concedidos e Proteção do Consumidor**. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: ano 9, n.36, out.-dez., 2000.

PINHEIRO, Claudia Travi Pitta. **A Suspensão de Serviço Público em Virtude do Inadimplemento do Usuário à Luz dos Princípios da Boa-fé e da Proporcionalidade**. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: ano 10, n.40, out.-dez., 2001.

SILVA, Almiro do Couto e. **Privatização no Brasil e o Novo Exercício de Funções Públicas por Particulares. Serviço Público “à Brasileira”?**. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: n.230, out.-dez., 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Agências Reguladoras**. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: n.216, abr.-jun., 1999.

\_\_\_\_\_. **Gestão Alternativa de Serviços Públicos**. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: n.219, jan.-mar., 2000.

\_\_\_\_\_. **Proteção do Usuário de Serviços Públicos**. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: ano 8, n. 31, abr.-jun., 2000.

TÁCITO, Caio. **A Reforma do Estado e a Modernidade Administrativa**. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: n.215, jan.-mar., 1999.

\_\_\_\_\_. **Produtor Independente de Energia Elétrica**. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: n.225, jul.-set., 2001.