

A NATUREZA CONTRATUAL DAS CONCESSÕES E PERMISSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO Serviços Públicos. Na Constituição Federal de 1988

Romeu Felipe BACELLAR FILHO*

SUMÁRIO: I. A Concessão - Conceito (natureza jurídica. Antecedentes históricos. Concessão e permissão sob o ponto de vista legal) - institutos similares - art. 175, da Constituição brasileira; II. Serviços públicos na Constituição Federal de 1988. Administração pública e os serviços públicos. Entes reguladores. Poder normativo. Participação dos cidadãos nesta atividade. Direitos fundamentais: Os desafios da regulação na experiência brasileira.

I. A CONCESSÃO - CONCEITO (NATUREZA JURÍDICA. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. CONCESSÃO E PERMISSÃO SOB O PONTO DE VISTA LEGAL) - INSTITUTOS SIMILARES - ART. 175, DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

1. *Concessão - conceito*

A concessão define-se como a delegação a um particular, pessoa natural ou jurídica, da gestão ou execução de um serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, por sua conta e risco e remuneração pelos usuários. É uma forma indireta, pois, de prestação de um serviço público. Dela se excluem, desde logo, certas atividades que só o Estado pode desempenhar atividades típicas, como as que se situam dentro dos limites de suas atribuições originárias. De todo o modo, as atividades repassadas não perdem a sua concepção originária de serviço público, sendo certo que se re-

* Doutor em Direito do Estado. Professor da UFPR e da PUC/PR.

conhece ao Poder Público a prerrogativa de retomá-las quando presentes as alternativas legais de retomada do objeto do contrato.¹ É certo, também, que o concessionário ao assumir as obrigações constantes da delegação, quando no desempenho das atividades intrinsecamente ligadas ao objeto da outorga, assume a postura do Poder Público, não só quanto aos os bônus mas também em relação aos ônus. Entre outros, um marcante exemplo dessa evidência é a consagração pela Constituição Federal do Brasil (art. 37, § 6º) da extensão da *responsabilização objetiva* (sem necessidade da prévia perquirição de dolo ou de culpa) às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

Como bem assevera o jurista brasileiro Barros Júnior, o campo apropriado das atividades que podem ser oferecidas pela concessão circunscreve-se aos serviços de índole industrial que, pela sua natureza, implicam a utilização de bens do domínio público. “O uso da superfície, do subsolo e do espaço aéreo de bens públicos de uso comum. Sobre tais atividades tem o poder público um privilégio exclusivo. Os particulares para exercerem essas atividades, só podem fazê-lo mediante delegação do poder público”.²

2. *Concessão. Natureza jurídica. Antecedentes históricos. Concessão e Permissão sob o ponto de vista legal. Institutos similares - art. 175, da Constituição Brasileira*

Muitas teorias procuraram, ao longo da história, explicar a natureza jurídica dos contratos³ decorrentes de concessões de serviço público, notadamente, determinar a espécie de vínculo que une o particular ao Poder Público, desempenhando atividades que, em princípio, seriam próprias deste. Os alentados estudos a respeito dessas atividades, procuram enquadrá-las em teorias que podem ser enunciadas da seguinte forma: teorias unilaterais; bilaterais ou contratuais e a chamada teoria mista.

A concepção alemã que considera a concessão um ato unilateral de soberania é um exemplo típico da teoria unilateral. Parte do pressuposto que

1 Privatiza-se a entidade com a transferência do controle acionário para a iniciativa privada. O serviço público jamais sofre privatização.

2 *Revista de Direito Administrativo*, Renovar, 111/1973, p. 11.

3 Consultar, a propósito, as obras: Brewer-Carias, Allan, *Contratos administrativos*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1992; Chase Plate, Luis Enrique, *Los contratos públicos*, Asunción, Paraguay, Intercontinental Editora, 1992; e, *Contratos administrativos*, São Paulo, Saraiva Editora, 1981.

o objeto da concessão — *serviço público* — está fora do comércio, constituindo uma emanção do poder de império. Funda-se, por igual, na inexistência de contrato, interligando as relações entre a Administração Pública e os particulares. Outra corrente, professando a mesma doutrina, defende a idéia que a concessão resulta de dois atos unilaterais, desde que a manifestação da vontade do particular é fundamental na constituição do negócio. O que se verifica, para os que abraçam esta concepção é a tangência de duas vontades: de um lado a presença de ato administrativo praticado pelo Poder Público, e, de outro, um ato de direito privado, oriundo da vontade particular, sem que essas vontades se conjuguem, posto a diversidade de suas respectivas naturezas. Essas teorias, como se percebe, amparam-se na presença de um Estado autoritário, negando, sob outro estágio de análise, a existência de *contrato* no campo do direito público, sendo dissonante com a moderna concepção de Estado.

Os adeptos da teoria bilateral ou contratual, ao seu turno, defendiam a tese de que nos ajustes concernentes à outorga de uma obra ou serviço público, o Estado ficava adstrito às prescrições do direito privado. Alicerçados no pensamento de que há contrato quando há acordo de vontades, dada a natureza privada do vínculo, a Administração quando contrata, sustentavam, equipara-se ao particular. Essa idéia, ao tempo em que sugere inaceitável preocupação com os dogmas divisionários do direito, aceita, sem restrições, a existência de limites entre o chamado direito público e o direito privado, aquiessendo com a idéia de que a organização e o funcionamento de um serviço público sejam disciplinados por esse último ramo, olvidando-se das características inerentes ao instituto da concessão — próprias do regime jurídico administrativo a que se vincula, através do qual são podem ser repassadas ao agente delegado prerrogativas expropriatórias específicas, isenções tributárias, além do exercício do poder de polícia.

A teoria do contrato de direito misto, não passou de uma tentativa doutrinária para superar as dificuldades oriundas das críticas formuladas às idéias até então postas. Ao considerar a concessão, um contrato de direito privado, informado por preceitos de direito público, a teoria mista acabou por propiciar um grande avanço no estudo do tema, redundando na sedimentação da teoria do contrato de direito público, de que seria espécie o contrato administrativo.⁴

4 Allan Brewer Carias, sem, contudo, mencionar a existência de um contrato de direito misto pensa que “os contratos da administração, como em geral boa parte da atividade

Pensamos que o contrato é uma categoria jurídica que não pertence — em termos de exclusividade — nem ao direito privado nem ao direito público. Insere-se no direito e como tal deve ser estudado. Quando o estudo do contrato desenvolve-se na esfera do direito público, mais propriamente no campo de atuação do direito administrativo, é inobjetable a sua subordinação às regras e peculiaridades do regime jurídico administrativo, caracterizado, este, por um misto de prerrogativas e sujeições.

O contrato administrativo, não se liberta, porém, de algumas características próprias a qualquer avença, insista-se, da categoria contrato. Como consectário de uma obrigação, o contrato, resulta de um acordo de vontades. A autonomia da vontade é elemento imprescindível a ser observado em qualquer contratação. Do mesmo modo, os princípios *lex inter partem* e *pacta sunt servanda* fazem certo que o contrato é a lei entre as partes e que estas, devidamente ajustadas, devem observar o que foi pactuado. Evidente que o instrumento do contrato há de sujeitar-se aos ditames da lei, companheira inseparável do Administrador contratante, e, que as obrigações contratadas também haverão de postar-se submissas ao conjunto normativo, eis que ao Administrador não se confere nenhuma liberdade, antes, *um espaço de atuação dentro da lei*. Nas contratações administrativas vislumbram-se três elementos básicos de origem e constituição: (i) o Poder Público, Administração ou pessoa jurídica pública ou privada prestadora de serviços públicos; (ii) o particular, pessoa física ou jurídica com capacidade para contratar; (iii) o serviço, que pelas suas peculiaridades, integra-se nas esferas de competência administrativa e submete-se ao regime jurídico administrativo.

O regime alusivo aos contratos administrativos, de cunho jurídico-administrativo, impõe à Administração Pública um rol de sujeições que restringem a sua esfera de atuação, mas que, sob outro enfoque, lhe outorga algumas prerrogativas.

administrativa, estão submetidos a um regime jurídico misto, de direito administrativo e de direito privado. Portanto, sempre, os contratos da Administração se regem tanto por normas de direito público como por normas de direito privado. O que pode haver nesse regime, é uma preponderância de aplicabilidade de um ou de outro ramo do direito; assim, serão contratos administrativos, aqueles com uma preponderância no regime jurídico que lhes é aplicado do direito administrativo, e serão contratos de direito privado da Administração, aqueles com uma preponderância no regime que lhes é aplicado de normas de direito privado, *op. cit.*, n. 3, p. 71.

As sujeições são representadas, entre outras, pela própria imposição do procedimento licitatório antecedendo a contratação administrativa.⁵ O exemplo mais marcante das prerrogativas refletir-se-ia na presença, no corpo do contrato, ou do reconhecimento pela lei, do que uma parcela da doutrina houve por bem designar *cláusulas exorbitantes*.⁶ A rigor, estas cláusulas inexistem como criação ou estipulação das partes no instrumento do contrato. O que há de certo é que o regime jurídico administrativo faz exsurgir emanações decorrentes da preponderância do interesse público configuradoras de prerrogativas que a doutrina acostumou-se a denominar como exorbitantes do direito comum. Os “privilégios” reconhecidos pelo conjunto normativo afetam as contratações da Administração Pública deixando de ser uma imposição/característica exclusiva das “contratações administrativas” passando a estigmatizar todas as avenças do Poder Público (§ 3º, do art. 62, da Lei nº 8.666/93).

De todo o modo, quando se cuida da natureza jurídica das delegações e outorgas da Administração Pública, é imprescindível referir que a temática, foi elevada, no Brasil, à dignidade legislativa, a partir do advento do Decreto-Lei nº 2.300/86, mantida tal disposição no texto da Lei nº 8.666/93 (art. 54 e seguintes).

Sòmente em 13 de fevereiro de 1995, o Brasil passou a ter uma lei específica de Concessão de Serviços Públicos. Assim, passou merecer especial atenção a Lei nº 8.987/95, cognominada “Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos”. Esta lei, ansiosamente aguardada, foi sancionada

5 É imperioso referir a abalizada lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a propósito do tema Regime Jurídico Administrativo: “Basicamente, pode-se dizer que o regime jurídico administrativo resume-se a duas palavras apenas: *prerrogativas e sujeições*”, in *Direito administrativo*, 5a. ed., São Paulo, Atal, 1994.

6 A propósito das cláusulas exorbitantes, Brewer Carias, apoiado em Georges Vedel, expressa sugestiva opinião: “Dos cuestiones quedar claras en torno a estas llamadas cláusulas exorbitantes: en primer lugar, como se dijo, en general non cláusulas en sentido de que non son estipulaciones contractuales, sino que, en realidad, son manifestaciones del poder de acción unilateral próprio de la Administración Pública; y en segundo lugar, non son exorbitantes del derecho común, pues la Administración, por señalado anteriormente, puede utilizarlas aun en aquellas relaciones contractuales en las cuales exista una preponderancia de régimen de derecho privado. Además como lo há dicho G. Vedel, la tal exorbitância, en realidad no implica que las mismas pudieran ser ilícitas en contratos privados, sino que son desacostumbradas y poco verosímiles”, *op. cit.*, n. 3, p. 47.

Veja-se, por oportuno, a obra *Remarques sur la notion de cause exorbitante (Etudes en l'honneur de “Mestre, Paris, 1956, pp. 545 e segts.*

com o propósito de regulamentar o regime da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175 da Constituição Federal.

Caracterizando junto com a autorização,⁷ formas de transferência, à terceiros, de execução de atividades públicas, a *concessão* e a *permissão*, sempre foram tratadas com cuidado pela doutrina brasileira, cuja preocupação incluía o estabelecimento das respectivas distinções. A bem de ver, a primeira, como vínculo de natureza contratual e a segunda,⁸ retratando, tal como a *autorização*, um ato administrativo unilateral, discricionário e precário para atender necessidades coletivas instáveis ou de emergência transitória, dispensavam extensas tratativas envolvendo aspectos distintivos.

A Constituição Brasileira de 1988, cujo advento foi responsável por sensíveis modificações, tratou do assunto até com maior abrangência do que se esperava. Basta verificar que o artigo 175, da Carta Magna, alterou a natureza jurídica da permissão, outorgando-lhe cunho contratual e, eliminando, em princípio, qualquer distinção que pudesse ser feita entre esta e a concessão.

Prescreve o artigo 175 e seu inciso I, da Constituição Federal do Brasil:

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

Parágrafo único.

A lei disporá sobre:

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

Mesmo uma leitura gramatical do texto, evidencia as profundas alterações produzidas na natureza jurídica da permissão. Conceituada pela doutrina, como resultante de um “ato administrativo unilateral discricionário e precário”, a permissão, instrumentalizada por contrato de natureza especial, passou a ter, no Brasil, cunho bilateral, sendo incontroverso que a sub-

⁷ Muito embora a autorização não seja referida no art. 175 da CF, há uma expressa alusão ao instituto no art. 21, incisos XI e XII: “explorar, diretamente ou mediante *autorização*, concessão ou permissão...”).

⁸ De consulta obrigatória a obra de Grecco, Carlos M. e Munõz, Guillermo Andrés, *La precariedad en los permisos, autorizaciones, licencias y concesiones*, Buenos Aires, Depalma, 1992. De igual modo, a obra do notável Figueiredo Moreira Neto, Diogo de, *Mutações do direito administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2000, em especial a p. 136.

ordinação de sua existência à adrede licitação, impõe, para sua outorga, procedimento administrativo eminentemente vinculado. Sob o prisma constitucional, pois, a alteração produzida é visceral. Deixa a permissão de ser um ato discricionário para, assumindo cunho contratual, ganhar feição vinculada.

A Constituição Brasileira é notoriamente minudente. Ainda que não fosse, é curial observar que o estudo e a interpretação de qualquer instituto jurídico à luz do ordenamento posto, faz impender uma obrigatória passagem, pelo filtro constitucional. Consoante restará evidenciado no decorrer deste trabalho, a Lei Federal de Concessões e de Permissões (nº 8.987/95), no que pese a louvável preocupação de seus elaboradores em harmonizá-la com a Constituição Federal e, também, quanto à intenção de adoção de um rigor técnico, em algumas passagens, ostenta comandos que posicionam-se em desalinho com as prescrições da Lei Maior, evidenciando, ainda, em alguns momentos, certa incoerência terminológica.

Os deslizos, tanto do constituinte, quanto do legislador infra constitucional, têm propiciado sérios equívocos no manejo da norma. É imperioso que o administrador público ou qualquer aplicador da norma tenha em conta que toda a interpretação deve, necessariamente ser, uma interpretação conforme a Constituição. A interpretação conforme a Constituição, sustentam Eduardo García de Enterría e Tomás Ramón Fernández está no processo de constitucionalidade das leis.⁹

Não obstante a referência anterior possa parecer negativa, é imperioso não sejam olvidadas os aspectos benéficos da lei em exame. Cuida ela de possibilitar a implementação – nos termos de uma política sócio-liberal – da tão sonhada e decantada parceria entre o Poder Público e a iniciativa privada, propiciando a realização de empreendimentos que, sem dúvida, quanto aos seus objetivos finalísticos, podem atender às exigências do bem-comum.

A concessão de serviço público precedida de obra pública, por exemplo, vêm propiciando no aperfeiçoamento e a melhoria da prestação desse serviço, sendo certo que, em algumas áreas, a prestação diretamente pelo Poder Público não tem apresentado a qualidade exigível. O repasse da atividade de

⁹ Para estes autores o processo de constitucionalidade das leis significa que, antes de uma lei ser declarada inconstitucional, o juiz tem o dever de buscar, em via interpretativa, uma concordância de dita lei com a Constituição. García de Enterría, Eduardo; Ramón Fernández, Tomás, *Curso de direito administrativo*, São Paulo, RT, 1990, p. 139.

construção e exploração de obras viárias, ferrovias, portos e hidrovias, assim como de telecomunicações e serviços de energia elétrica e aproveitamento energético de cursos de água, à iniciativa privada, cujo investimento e lucro será assegurado pela cobrança de tarifas ou pedágio, tem aberto novas perspectivas, inclusive quanto à multifariedade de opções disponíveis para a comunidade usuária. Perceba-se, a título exemplificativo, sem que isso signifique um comprometimento com o assentimento às terceirizações generalizadas, a ocorrência de verdadeira democratização dos serviços de telefonia no País, possibilitando uma incomensurável ampliação no número de usuários, deixando o telefone de ser um privilégio de poucos.

Significativa é a constatação que a delegação, como repasse, como terceirização da atividade, não lhe retira a caracterização de “serviço público”, sendo plausível que, em caso de má prestação, desvirtuamento dos objetivos ou inadimplência do agente delegado, o Poder Público disponha de um verdadeiro arsenal para a retomada das atividades.¹⁰ De suma importância, pois, que os sistemas de controle, fiscalização e normatização das atividades — através das Agências Reguladoras — funcionem a contento, isto é, com eficiência.

A lei de concessões (Lei nº 8.987/95), no Brasil, quanto às suas *normas gerais* é dirigida a toda a Nação, não sendo restrita à uma ou mais entidades federadas (Estados e Municípios). Nestes termos, pode ser considerada, portanto, uma lei nacional, que tem a virtude de enunciar conceitos e definições, assumindo seus emissores, de plano, o entendimento que classe jurídica não é a única destinatária da lei quanto à sua interpretação e compreensão. Antes, seus comandos, redigidos de maneira intelegível, devem ser voltados para toda a coletividade, e, em especial para o cidadão.

Na seqüência foi editada a Lei Federal nº 9.074, de 07 de julho de 1995 que, consecutivamente à Lei nº 8.987/95, elenca as atividades econômicas sujeitas ao regime de concessão e permissão de prestação de serviços públicos, destacando-se: *a geração, transmissão e distribuição de energia elétrica*; vias federais; exploração de obras ou serviços federais de barragens, contenções, eclusas, diques e irrigações; estações aduaneiras e outros terminais alfandegados de uso público, não instalados em área de porto ou aeroporto.

¹⁰ A Lei n.º 8.987/95, além da intervenção (art.32) como atitude passageira ou preliminar da extinção da concessão, prevê, ainda a encampação e a caducidade como formas de extinção da concessão de iniciativa do Poder Concedente (art. 35 e seguintes).

Preocupa, sem exagero, que a lei de concessões, em seu texto, contenha inúmeros conceitos jurídicos indeterminados. Como bem acentua Antonio Francisco de Sousa, Pesquisador no Instituto de direito público da Universidade de Freiburg-RDA, os conceitos legais indeterminados, “serviço adequado”, “modicidade das tarifas”, “interesse público”, “bem comum”, “aptidão”, “idoneidade”, surgem com maior frequência no direito administrativo, dada à natureza das funções de administração, sobretudo em razão do fato de a administração se orientar à satisfação de necessidades sociais.¹¹ De qualquer modo é inegável que os chamados conceitos legais indeterminados,¹² notadamente quando genericamente lançados na norma, atribuem à autoridade administrativa “discrecionarietà”, uma “certa discrecionarietà” ou, nos limites da lei, “um espaço de apreciação”.¹³

Plagiando em alguns trechos, a Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), a Lei de Concessões Brasileira (nº 8.987/95), disciplina os direitos e obrigações dos usuários, a política tarifária, o procedimento licitatório e a contratação, os encargos do Poder Concedente e da Concessionária.

Não obstante a lei de licitações e contratos administrativos — a já mencionada Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1.993 — silencie acerca do tema concessão e permissão, é indiscutível que, aplicam-se às concessões e permissões, as disposições gerais alusivas às licitações e aos contratos administrativos em geral.¹⁴ Os preceptivos constantes da lei das licitações, seguindo a orientação expressa na legislação anterior e, sobretudo, na Constituição Federal, porque ampliam os direitos do contratado, oferecem ao Poder Público a possibilidade de, em hipóteses diversas, modificar, unilateralmente, contratos em vigor, mediante atos formalmente motivados.

¹¹ RDA, vol. 166, pág. 276.

¹² A valoração quanto ao alcance de tais conceitos, sempre deve preocupar, na medida em que se reconhece a existência de criaturas humanas que, ao alcançarem as prerrogativas do poder, esquecem-se de que este deve ser utilizado na exata medida que o interesse público exigir, nem mais, nem menos: a justa conta. E que o uso dessa prerrogativa denominada poder, não admite comportamentos movidos por interesses outros que não representem a estrita obediência aos princípios básicos da Administração Pública, no Brasil, elencados no artigo 37, do Texto Constitucional.

¹³ Discordamos daqueles que conceituam discrecionarietà como um espaço de “liberdade”, pois comungamos do entendimento que ao Administrador Público não é oferecida nenhuma margem de liberdade, senão um espaço de atuação dentro da lei.

¹⁴ O art. 14 da Lei nº 8.666/95, ao significar que toda concessão será precedida de licitação.

Contudo, em respeito aos direitos do contratado, é assegurada a revisão das cláusulas econômico - financeiras para que seja mantido o equilíbrio contratual inicialmente verificado.

Quanto à política tarifária, a Lei nº 8.987/95, prescreve:

Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

§ 1º A tarifa não será subordinada à legislação específica anterior, e somente nos casos expressamente previstos em lei, sua cobrança poderá ser condicionada à existência de serviço público alternativo e gratuito para o usuário.¹⁵

§ 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão de tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

§ 3º Ressalvados os Impostos sobre a Renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

Perceba-se, pelo teor do dispositivo legal retro transcrito, a preocupação do legislador em manter hígida a proposta apresentada pelo vencedor da licitação, assim como de evidenciar a ausência de submissão à legislação específica anterior. De todo o modo, ao tratar da política tarifária, a legislação federal assegura a fixação da tarifa pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de previsão descritas na Lei, no Edital e no contrato. Prevê, ainda, mecanismos assecuratórios do equilíbrio econômico-financeiro e ressalva que qualquer tributo ou encargo legal,¹⁶ criado, alterado ou extinto após a apresentação da proposta, quando comprovado o seu impacto, implicará a revisão da tarifa.¹⁷

¹⁵ Com a redação dada pela Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998.

¹⁶ Tem sido constante a outorga de benesses através de leis estaduais e municipais específicas, sem se dar conta o legislador que esses rasgos de despreendimento podem implicar num aumento de tarifas.

¹⁷ Dissentimos de reduzida parte da doutrina especializada que entende ser o pedágio uma espécie do gênero tributo (“taxa”). O elenco de considerações produzidos no corpo do trabalho, somados aos estudos que vêm sendo produzidos, tanto no campo do direito admi-

As prescrições legais aventadas, longe de representar um excessivo protecionismo à iniciativa privada, coadunando-se com a Constituição (art. 37, inciso XXI, “*mantidas as condições efetivas da proposta*”), prestam-se a demonstrar a preocupação do legislador em estabelecer uma política tarifária justa, de um lado, coerente com os elevados investimentos feitos pelo concessionário ou permissionário, de outro, compatível com interesse coletivo. É mister que o relacionamento envolvendo a Administração Pública e os Agentes Delegados (Concessionários e Permissionários) - muito embora àquela procure resguardar o interesse público e estes objetivem o retorno e a remuneração do investimento - seja marcado pela coerência, lealdade e pela transparência nas atitudes reciprocamente tomadas. O contrato firmado, deve retratar, quanto aos encargos do contratado e a remuneração a este paga, uma balança em nível. O próprio texto constitucional brasileiro, pela redação do artigo 37, inciso XXI, determina que se observe a manutenção das condições efetivas da proposta, durante toda a contratação. Daí porque, ser absolutamente desarrazoado, uma vez constatado o desequilíbrio na avença em detrimento da Administração ou do contratado, retardar as providências indispensáveis ao ajustamento do contrato frente às vicissitudes enfrentadas. Sempre atual e de consulta obrigatória, o admirável estudo pelo Prof. Caio Tácito sobre o equilíbrio financeiro na concessão de serviço público.¹⁸ A responsabilidade civil do concessionário ou do permissionário deve ajustar-se aos termos do art. 37, § 6º da Constituição Federal, pelo que deve ser corretamente interpretada a regra do art. 70 da Lei nº 8.666/93.

No mais, apresentou-se como novidade trazida pela lei, a admissão expressa da subconcessão,¹⁹ uma espécie de transferência, antecedida de licitação, de todos os direitos e obrigações ao sub-concessionário, que se sub-rogará, dentro dos limites do contrato originário.

Espera-se, sinceramente que, mercê de um relacionamento honesto, transparente e objetivando preponderantemente o bem comum, a lei editada, continue a merecer uma aplicação à altura das justas expectativas da co-

nstrativo, quanto na esfera do direito administrativo evidenciam *quantum satis* a assertiva. Confira-se, v.g., o valioso estudo de Antonio Carlos Cintra do Amaral “Concessão de Rodovias e Cobrança de Pedágio”, in *Direito constitucional e administrativo*, São Paulo, Malheiros, 1997, vol. II, pp. 127 e seguintes.

¹⁸ RDA 64/15 e 65/1.

¹⁹ Art. 26 da Lei nº 8.987/95.

munidade, sem perder de vista que *serviço público* é atividade imune à privatização, admitindo-se, no máximo, o seu repasse ou delegação à iniciativa privada, mediante, todavia, à onipresente regulação e fiscalização pelo Estado. Não se perca de vista, a importância sempre presente da noção de serviço público, inobstante se reconheça que um significativo número de trabalhos produzidos proponha a rediscussão do conceito, diante das naturais dificuldades encontradas de diferenciá-lo das atividades econômicas exercidas de pelo Estado²⁰ (art. 173 da CF). Carmen Lúcia Antunes Rocha, notável constitucionalista brasileira, com a autoridade de sempre, manifesta entendimento no sentido de *serviço público* é o que

cada povo o diz em seu sistema jurídico, que é onde se definem as atividades como tal consideradas. Constitui ele uma atividade que não é incompatível nem contrária à atividade econômica, como se chegou a supor e a encarecer anteriormente na doutrina. A atividade pode ser considerada econômica e nem por isso deixar de arrolar-se entre aquelas tidas como serviço público.²¹

Atento à essa preciosa lição é inegável, contudo, que pela irrecusável submissão ao regime jurídico administrativo, qualquer atividade, seja de cunho público ou privado, submete-se ao poder regulador e fiscalizatório do Estado, através da Administração Pública, cuja existência, entre outros, mantém-se e justifica-se pelo atendimento à esses superiores fins.

3. *A exploração dos serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água*

A República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal (Capital da República).²² A Constituição Federal brasileira estabelece como competência da União Federal a exploração direta ou mediante autorização, concessão e permissão os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais energéticos (art. 21, inciso XII, alínea b).

20 Verificar a obra *Concessão de Serviço Público no Regime da Lei nº 8987/95*, de autoria do Professor Benedicto Porto Neto, São Paulo, Malheiros, 1998, p. 29.

21 *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 507.

22 Art. 1º da Constituição Federal.

A base legal do Programa Nacional de Desestatização foi a Medida Provisória nº 115, que converteu-se na Lei n.º 8.031/90. De suma importância a edição da Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995, estabelecendo normas para a outorga e prorrogação de concessões e permissões, notadamente dos serviços de energia elétrica (art. 4º e seguintes), definindo os casos de concessão mediante licitação distinguindo-os daqueles dependentes de autorização, instituindo a figura do produtor independente de energia elétrica, das opções de compra de energia elétrica por parte dos consumidores, das instalações de transmissão e dos consórcios de geração, além das prorrogações das concessões atuais. Segue-se, em ordem de importância relativamente ao tema a Lei nº 9.427, de 26 de Dezembro de 1996, instituindo a Agência Nacional de Energia Elétrica –ANEEL, disciplinando o regime das concessões de serviços de energia elétrica e dando outras providências.

De excelente monografia produzida pela advogada Fernanda Schulli Borges,²³ extrai-se que a energia elétrica constitui o resultado da integração matemática da potência²⁴ em um intervalo de tempo, é a capacidade de realização de trabalho utilizando eletricidade. Já a eletricidade é o fenômeno físico de movimentação de elétrons (corrente), obtido por um condutor (fio), quando submetido a uma tensão (voltagem).

A energia pode ser ativa, reativa e aparente, dependendo da finalidade da medição. Para o usuário do serviço o que importa é a energia ativa. A energia é calculada em watt-hora (Wh) e seus múltiplos são Kwh e o Mwh.

Existem três grandezas relevantes para o controle da qualidade da energia fornecida ao usuário: voltagem (sinônimo de tensão), que possui a unidade volt (V); frequência, que possui a unidade hertz (Hz)²⁵ e potência, cuja unidade é o watt (W).

Os usuários do serviço de energia podem ser cativos ou consumidores livres. Os cativos são aqueles que só podem contratar com a concessionária da região onde se encontram; já os consumidores livres, de acordo com a própria nomenclatura, são aqueles que podem contratar com outras concessionárias que não pertençam à região onde eles se localizam.²⁶

23 “O Estado Regulador e a necessidade de estabelecer padrões de qualidade no fornecimento de energia elétrica”, 2002, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

24 Potência é a medida da capacidade de um equipamento ou instalação capaz de gerar ou produzir trabalho mecânico ou calor.

25 No Brasil a frequência convencional é de 60 Hz.

26 Os consumidores livres foram previstos na Lei nº 9.074/95 e 9.648/98. Importante conferir as Resoluções nºs. 264 e 265 da ANEEL.

II. SERVIÇOS PÚBLICOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS SERVIÇOS PÚBLICOS. ENTES REGULADORES. PODER NORMATIVO. PARTICIPAÇÃO DOS CIDADÃOS NESTA ATIVIDADE. DIREITOS FUNDAMENTAIS: OS DESAFIOS DA REGULAÇÃO NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

1. *Serviços públicos na Constituição Federal de 1988*

Não há como abordar o tema referido neste título, sem antes discorrer sobre a questão de fundo que diz respeito à própria noção de serviço público. No Direito brasileiro, a atividade administrativa de prestação de serviços públicos encontra-se intimamente ligada aos postulados constitucionais. A Constituição Federal de 1988, tendo em vista o princípio federativo, divide a competência administrativa em matéria de serviços públicos entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios. O artigo 21 elenca, dentre as competências da União, variados serviços públicos, dispostos notadamente nos incisos X e XI;²⁷ no § 2º, do art. 25 que atribui aos Estados-Membros a competência para exploração de gás local canalizado²⁸ e no inc. V, do art. 30, que confere aos Municípios a prerrogativa para explorar os serviços públicos de interesse local, inclusive o de transporte coletivo urbano, que tem “caráter essencial”.²⁹

Geraldo Ataliba já afirmava, com precisão, que embora não haja uma “definição ecumênica de serviço público, há indicadores na Constituição, revelados pela doutrina e pela jurisprudência, que são as balizas que permi-

27 “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: a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens; b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária; d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; f) os portos marítimos, fluviais e lacustres...”.

28 “§ 2º - 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”.

29 “Art. 30 - Compete aos Municípios: V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial...”.

tem ao intérprete, em cada caso, saber se está diante de serviço público ou não”.³⁰ Essas balizas constitucionais decorrem notadamente, do art. 175, da Constituição Federal, segundo o qual “Incumbe ao Poder Público diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.” O parágrafo único desse dispositivo prescreve, ainda que,

A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Com efeito, o art. 1.º, da Constituição pátria estabelece que a “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos a soberania; a cidadania, a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; o pluralismo político”. Se a cidadania e a dignidade da pessoa humana constituem fundamentos no Estado, o interesse perseguido no exercício da função administrativa encontra seu princípio e fim no interesse dos próprios cidadãos, tanto numa perspectiva individual, quanto coletiva.

Constituindo a Administração Pública aparelhamento do Estado voltado, por excelência, à satisfação cotidiana das necessidades coletivas,³¹ a legitimidade do Estado-Administração depende da sua eficiência na prestação de serviços essenciais para a proteção dos direitos fundamentais. Como lembra Carlos Alberto da Mota Pinto, os serviços oferecidos pelo Estado ao cidadão constituem “meios de Direito Público, como aliás o próprio Estado, são, numa visão personalista, estruturas instrumentais a serviço da

³⁰ Ataliba, Geraldo, “Empresas estatais e regime administrativo: serviço público – inexistência de concessão – delegação – proteção ao interesse público”, *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 4, p. 61, 1993. OBS. Conquanto não exista uma definição universal de serviço público é coerente supor a existência de um núcleo duro, mínimo, fundamental, que possa servir de parâmetro para uma conceituação que atenda a todas as aspirações.

³¹ Segundo Jorge Miranda, a função administrativa identifica-se, a partir do critério material, como a atividade de “satisfação constante e quotidiana das necessidades coletivas; prestação de bens e serviços”. Miranda, Jorge, *Manual de direito constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 23, t. V: *Actividade constitucional do Estado*.

pessoa humana. Toda a sua aparelhagem visa criar condições que facilitem ou melhorem a realização da personalidade na vida dos homens”.³²

É imperioso retomar os parâmetros da definição clássica de serviço público³³ cunhada por Léon Duguit — serviços indispensáveis à interdependência social, de tal modo que não podem ser prestados sem a intervenção da força governante³⁴ — Gastón Jeze — processo técnico para a satisfação de interesses gerais, submetido a um regime jurídico especial de prerrogativas de autoridade³⁵ — e Maurice Hauriou — serviço técnico prestado ao público de maneira regular e contínua, para satisfazer a ordem pública e por uma organização pública³⁶ — a fim de acentuar a *instrumentalidade do serviço público* em relação aos direitos fundamentais, *meio* que, ao possibilitar o exercício de direitos fundamentais, encontra seu *fim* na realização prática do valor máximo do sistema jurídico brasileiro: a dignidade da pessoa humana. Daí porque, revelar-se desarrazoado inadmitir, sob qualquer pretexto, a participação do cidadão no controle das atividades públicas.

A doutrina administrativa brasileira tem caminhado no sentido de reconhecer, no inciso IV, do artigo 175, da Lei Fundamental de 1988,³⁷ o *direito fundamental ao serviço público adequado*, como direito a exigir do Estado-Administração prestações positivas, de fornecer “utilidades ou comodidades materiais”³⁸ consideradas necessárias, imprescindíveis para a pessoa e para a coletividade. Assim, Carmem Lúcia Antunes Rocha, defen-

32 Mota Pinto, Carlos Alberto, *Teoria geral do direito civil*, 3. ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1992, p. 43.

33 Segundo Juan Carlos Cassagne, a concepção de serviço público concebida por Hauriou volta a constituir um dos pontos centrais do Direito Público moderno, despojado da ideologia socialista que lhe imprimiu a Escola de Burdeos. Cassagne, Juan Carlos, *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1995, p. 99.

34 Duguit, Leon, *Traité de droit constitutionnel*, 2. ed., Paris, Fontemoing e C. Editeurs, 1923, vol. II, p. 55.

35 Jéze, Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, 3. ed., Paris, Marcel Giard, 1934, vol. II, p. 2.

36 Hauriou, Maurice. Apud Cassagne, *op. cit.*, n. 33, p. 99.

37 “Art. 175. Parágrafo único. A lei disporá sobre: IV - a obrigação de manter serviço adequado”.

38 Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o substrato material do serviço público consiste na prestação de utilidades ou comodidades materiais fruíveis diretamente pelos administrados. Bandeira de Mello, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, 13a. ed., São Paulo, Malheiros, 2001, p. 479.

de 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”.³⁹ No mesmo sentido, Adílson Abreu Dallari afirma que “o direito ao uso dos serviços é um dos direitos fundamentais do cidadão”.⁴⁰

É com esse espírito — sob a influência do direito fundamental ao serviço público adequado — que deve ser levada 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 transferência da execução do serviço público a particulares que podem ser usadas como subterfúgio à *fuga para o Direito Privado*.⁴¹

No direito brasileiro, a discussão sobre o regime jurídico do serviço público tem suscitado acalorados debates, principalmente a partir da Lei 9472/97 que, ao regulamentar o inciso XI, do artigo 21 da Constituição Federal — “Compete à União 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” — estabeleceu que os serviços de telecomunicações podem ser prestados no regime público ou no regime

39 Rocha, Carmen Lúcia Antunes, *Estudos sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 32.

40 Dallari, Adílson Abreu, “Direito ao uso dos serviços públicos”, *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, no. 13, p. 215, 1996.

41 Sobre o assunto, a bela monografia portuguesa de Maria João Estorninho que, analisando o tema, afirma que “ao longo dos tempos, a Administração Pública passou de uma fuga quase ‘inocente’ a uma fuga ‘consciente e perversa’ para o Direito Privado, procurando escapar às vinculações jurídico-públicas que normalmente enquadram a sua actuação.” Ainda, explica que no Estado Absoluto, o Direito Privado era a ‘cara boa’ da Administração porque era sua face do ‘Fisco’ que se sujeitava a regras jurídicas, ao lado da ‘cara má’ representada pelo ‘Estado propriamente dito’ que, dotado de soberania, não se sujeitava ao Direito. Hoje, o Direito Privado é a ‘cara má’ da Administração porque é o mecanismo encontrado para fugir das vinculações jurídico-públicas. A atual promiscuidade entre o Direito Público e o Direito Privado tem acarretado a perda da consciência da unidade física do corpo administrativo — é o fenómeno do ‘fantasma do corpo desconjuntado’. Estorninho, Maria João, *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, Coimbra, Almedina, 1996, p. 355.

privado, isolada ou concomitantemente, definição do Presidente da República.⁴²

Cumpra, portanto, traçar, em linhas gerais, os princípios constitucionais do serviço público, impressos na Constituição Federal de 1988, que serão determinantes para a interpretação do seu regime jurídico. Neste ensaio, o tema será tratado com referência à competência regulatória exercida pela Administração Pública na execução de serviços públicos por particulares.

2. *Administração pública e serviços públicos*

O ordenamento jurídico brasileiro admite a participação de particulares na execução de atividades administrativas ligadas ao oferecimento de utilidades ou comodidades materiais aos administrados. O Estado pode prestar *diretamente* o serviço público (mediante órgãos ou pessoas jurídicas criadas para esta finalidade mediante delegação legal), ou *indiretamente*, por meio de concessão ou permissão a empresas particulares.⁴³

42 Conferir, nesse sentido, os artigos 63 a 67, da Lei 9472/97. Cumpra citar, para a clareza da exposição, os artigos 63 a 66: “Art. 63. Quanto ao regime jurídico de sua prestação, os serviços de telecomunicações classificam-se em públicos e privados. Parágrafo único. Serviço de telecomunicações em regime público é o prestado mediante concessão ou permissão, com atribuição a sua prestadora de obrigações de universalização e de continuidade. Art. 64. Comportarão prestação no regime público as modalidades de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, cuja existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se assegurar. Parágrafo único. Incluem-se neste caso as diversas modalidades do serviço telefônico fixo comutado, de qualquer âmbito, destinado ao uso do público em geral. Art. 65. Cada modalidade de serviço será destinada à prestação: I - exclusivamente no regime público; II - exclusivamente no regime privado; ou III - concomitantemente nos regimes público e privado. § 1º Não serão deixadas à exploração apenas em regime privado as modalidades de serviço de interesse coletivo que, sendo essenciais, estejam sujeitas a deveres de universalização. Art. 66. Quando um serviço for, ao mesmo tempo, explorado nos regimes público e privado serão adotadas medidas que impeçam a inviabilidade de sua prestação no regime público”.

43 Nesse sentido, a doutrina de Adilson Abreu Dallari: “haverá uma concessão de serviço público, nos termos do art. 175 da CF, quando o Poder Público decidir pela prestação de serviços públicos de maneira indireta, conferindo sua execução a uma terceira pessoa, a uma entidade que não é um prolongamento personalizado do próprio concedente, a uma entidade que, exatamente por não estar sob seu controle, pode contratar com o Poder Público. Por outro lado, não haverá concessão quando o Estado criar uma entidade para funcionar especificamente como instrumento de sua ação, para desincumbir-se precipuamente de prestar um serviço cuja execução cabe ao próprio Estado criador desta entidade”. Dallari, Adilson Abreu, “Empresa estatal prestadora de serviços públicos: natureza jurídica: repercussões tributárias”, *Revista de Direito Público*, São Paulo, no. 94, p. 103 e 104, abr./jun. de

A outorga a particulares do exercício de serviços públicos não produz modificação no regime jurídico que preside a sua prestação. Não importa transformação do serviço em privado. O prestador do serviço trava com o Estado uma relação jurídica de colaboração,⁴⁴ permanecendo com o Poder Público a titularidade do serviço. Como captou a pena arguta de Celso Antônio Bandeira de Mello, “para o concessionário, a prestação do serviço é o meio através do qual obtém o fim que almeja: o lucro. Reversamente, para o Estado, o lucro que propicia ao concessionário é meio por cuja via busca sua finalidade, que é a boa prestação do serviço”.⁴⁵

O prestigiado jurista brasileiro, tem defendido, fervorosamente, que o traço formal, que caracteriza o serviço público, é a submissão ao regime jurídico administrativo. Por essa razão, o autor é categórico em asseverar que a sua exploração por particulares não tem o condão de transformá-lo em atividade econômica. Afinal, o serviço público não é passível de privatização. Nestas circunstâncias, a concessão e a permissão são institutos regidos pelas regras e princípios do Direito Administrativo.⁴⁶

De outro lado, Maria Sylvia Zanella di Pietro e Lúcia Valle Figueiredo, destacadas cultoras do Direito, ao referirem-se ao regime do serviço público, tornam a submissão ao Direito Administrativo mais elástica. Di Pietro define o serviço público como “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”.⁴⁷ Lúcia Valle Figueiredo, ao seu turno, como

1990. Ressalte-se que há também a possibilidade de concessão a empresas públicas quando esta seja criatura de pessoa política não titular do serviço. Por exemplo, uma empresa de um Estado-Membro que presta serviços públicos federais. Assim, a lição de Geraldo Ataliba (*op. cit.*, n. 31, p. 67).

44 Para Agustín Gordillo, “o contrato de concessão é um contrato administrativo de colaboração porque seu objeto é a realização, pelo concessionário, de uma atividade que se relaciona diretamente ao interesse público”. Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, 5a. ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1998, t. I, pp. XI-46.

45 Bandeira de Mello, *op. cit.*, n. 39, p. 508.

46 Conferir, principalmente: Bandeira de Mello, Celso Antônio, “Privatização e serviços públicos”, *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, no. 22, 1998.

47 Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo*, 12a. ed., São Paulo, Atlas, 2000, p. 98.

atividade material fornecida pelo Estado, ou por quem esteja a agir, no exercício da função administrativa, se houver permissão constitucional e legal para isso, com o fim de implementação de deveres consagrados constitucionalmente relacionados à utilidade pública, que deve ser concretizada, sob regime prevalente do Direito Público.⁴⁸

No outro vértice, 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:

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 qualitativo 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.⁴⁹

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,⁵⁰ a Lei Fundamental optou por consagrar um regime jurídico constitucional-administrativo, fundado em princípios constitucionais expressos: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37,

48 Figueiredo, Lúcia Valle, *Curso de direito administrativo*, São Paulo, Malheiros, 1994, pp. 54 e 55.

49 Sundfeld, Carlos Ari, “Serviços públicos e regulação estatal”, *Direito administrativo econômico*, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 33.

50 Oviedo, Carlos García, *Derecho administrativo*, 5a. ed., Madrid, Pizarro, 1955, p. 476.

caput).⁵¹ Estes 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.

3. *Regulação e Princípios do Serviço Público*

Segundo Luís Roberto barroso, a privatização das empresas estatais que exploravam serviços públicos acarretou uma drástica transformação no papel do Estado porque “em lugar de protagonista na execução dos serviços, suas funções passaram a ser as de planejamento, regulamentação e fiscalização das empresas concessionárias. É nesse contexto que surgem, como personagens indispensáveis, as *agências reguladoras*”.⁵²

As Emendas Constitucionais nº 8 e nº 9 de 1995 previram, respectivamente, a criação de um “órgão regulador”⁵³ dos serviços de telecomunicações e das atividades elencadas no art. 177, relativas à exploração do petróleo, que constituem monopólio da União. A Lei 9472/97 criou a ANATEL — Agência Nacional de Telecomunicações — e a Lei 9478/97, a Agência Nacional do Petróleo. Leis posteriores previram a criação de outras Agências Reguladoras.

A competência reguladora das Agências, autarquias que integram a Administração Pública indireta, 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.⁵⁴ Revela-se bastante discutível a posição adotada por alguns juristas brasileiros que

⁵¹ O princípio da eficiência foi inserido pela recente reforma administrativa, operada pela Emenda Constitucional 19, de 1998.

⁵² Barroso, Luis Roberto, “Natureza jurídica e funções das agências reguladoras de serviços públicos. Limites da fiscalização a ser desempenhada pelo Tribunal de Contas do Estado”, *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, no. 25, p. 77, 1999.

⁵³ Há uma evidente imprecisão técnica da Constituição envolvendo a distinção entre órgão (centro despersonalizado) de entidade (dotada de personalidade jurídica própria).

⁵⁴ Regulamentos que o Presidente da República expede para fiel execução das leis mediante decretos (atos administrativos normativos), conforme o inc. IV, do art. 84, da Constituição Federal (“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: IV sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”).

vêm na competência reguladora da Agência uma capacidade para produção de atos normativos primários, dotados de força para inovar, de forma originária, o ordenamento jurídico. Afinal, aceitar a transferência de funções legislativas ou mesmo regulamentares à pessoas jurídicas que integram a Administração Pública poderia importar, no regime brasileiro, quebra do princípio da separação de poderes, erigido à cláusula pétreia e verdadeiro limite material ao poder de reforma constitucional (inc. III, § 4º, do art. 60).⁵⁵ Perceba-se, como refere com rara oportunidade Leila Cuéllar,⁵⁶ que inicialmente, os próprios tribunais norte-americanos entenderam que o poder legislativo, conferido ao Congresso pela Constituição, não poderia ser delegado.

Consagrou-se, assim, o princípio da não delegação (*non delegatio*), segundo o qual qualquer delegação de poder normativo pelo Poder Legislativo seria inconstitucional. Aduz a prestigiada autora, ainda aludindo ao direito norte-americano, que a doutrina da não delegação cedeu à razão prática. Além da necessidade que tinham as agências de editar normas para implementar as políticas públicas, o Poder Legislativo, em diversas oportunidades, não detinha aptidão para legislar sobre todas as matérias atinentes às agências, em face do volume e especificidade das mesmas.

Concordamos com Leila Cuéllar, quando esta autora afirma que a natureza da competência legislativa das agências reguladoras no Brasil não retribui e nem importa em delegação de poderes legislativos. A própria concepção constitucional do ato de delegar (outorga excepcional e temporária) não seria compatível com a natureza jurídica das agências reguladoras.

Malgrado reconheçamos que a competência regulamentar não é exclusiva das Chefias de Executivo (Presidente da República, Governadores dos Estados e Prefeitos Municipais), é curial seja observado que os órgãos da Administração detentores do poder regulamentar, o exercem sob certos limites.

No Brasil o que existe é um poder normativo/regulamentar diverso daqueles que existem em outros países. Trata-se de um poder temperado, adaptado ao sistema jurídico brasileiro, não podendo (i) inovar de forma absoluta, ab ovo, na ordem jurídica, (ii) contrariar a lei e o direito, (iii) desrespeitar o princípio da ti-

55 “§4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: III - a separação dos poderes”.

56 Cuéllar, Leila, *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*, São Paulo, Dialética, 2000, p. 72.

picidade, (iv) impor restrição à liberdade, igualdade e propriedade ou determinar alteração do estado das pessoas, (v) ter efeito retroativo (em princípio). Ademais a expedição de regulamentos deve ser fundamentada, precisa respeitar a repartição de competências entre os entes da Federação, e se submete a controle pelo Poder Judiciário.⁵⁷

Inexiste no conjunto normativo brasileiro, lei definindo o que seja agência reguladora ou agência administrativa. A própria lei criadora da agência se encarrega de tentar oferecer uma definição que, geralmente, acaba se circunscrevendo à própria atuação do ente que houve por bem criar.

De todo o modo, às Agências reguladoras de serviços públicos incumbe fiscalizar e reprimir, administrativamente, toda forma de atentado aos princípios que norteiam a exploração do serviço público. É importante reforçar o seu papel de “guardião do interesse público”. Como acentua o jurista carioca Luis Roberto Barroso,

as funções transferidas para as agências reguladoras não são novas: o Estado sempre teve o encargo de zelar pela boa prestação dos serviços.⁵⁸ Ocorre, todavia, que quando eles 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 este papel fiscalizador.⁵⁹

4. *Participação dos cidadãos na atividade dos entes reguladores*

Na Constituição brasileira de 1988, ganha relevo a costura de princípios explícitos e implícitos que se assentam numa base antropológica comum: o princípio da dignidade da pessoa humana. Em vários de seus dispositivos a Carta brasileira consagra a participação dos cidadãos em atividade desempenhadas pelo Poder Público e seus desdobramentos. Confira-se, v.g. o disposto no art. 37, § 3º, da Constituição Federal assegurando a edição de lei para regular as formas de participação do cidadão usuário na Adminis-

⁵⁷ *Op. cit.*, n. 56, p. 142.

⁵⁸ Aduzimos nós: Até pela própria atuação que lhe cabe mediante a utilização do Poder de Polícia.

⁵⁹ Barroso, *op. cit.*, n. 53, p. 77.

tração Pública, direta ou indireta, através de reclamação quanto à prestação de serviços público em geral, impondo a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica externa e interna, da qualidade dos serviços. O direito de reclamação, vinculado à idéia de participação do cidadão na Administração Pública, no entender de Adriana da Costa Ricardo Schier “apresenta-se, assim, como um mecanismo de controle social dos serviços públicos, permitindo nesta perspectiva, concretizar o direito de participação administrativa na sua dimensão decorrente do princípio do Estado de Direito”.⁶⁰ O mesmo preceptivo constitucional garante o acesso do cidadão usuário a registros administrativos e a informação sobre atos de governo e impõe a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública. Acresça-se à estas constatações, a previsão, na Carta Constitucional, da responsabilidade objetiva do Estado extensiva às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos (art. 37, § 6º). Por evidente que, todas essas prerrogativas reconhecidas aos usuários do serviço público no Brasil, estendem-se, em termos de obrigação, às Agências reguladoras.

No plano da legislação ordinária, existe previsão de controle social como meio de garantir a participação popular na Administração Pública. Várias são as formas de participação popular nas Agências reguladoras, sendo imperioso referir: a) a criação de Ouvidorias, para receber e analisar as reclamações e sugestões formuladas por agentes regulados e usuários e consumidores, bem como propor medidas para atendê-las;⁶¹ b) a previsão de audiências públicas que ao mesmo tempo que concretizam o princípio da publicidade, viabilizam a participação de indivíduos ou grupos determinados expondo suas idéias, preferências e sugestões que propiciem à Administração Pública decidir com maior probabilidade de acerto;⁶² c) a previsão de contrato de gestão a possibilitar o controle da ação administrativa da agência, bem como da avaliação de seu desempenho junto à comu-

⁶⁰ Schier, Adriana da Costa Ricardo, *A Participação Popular na Administração Pública: O Direito de Reclamação*, Renovar, 2002, p. 3.

⁶¹ Ver, entre outros, os arts. 50 e seguintes do Regulamento da Anatel; art. 8º § 1º do Regulamento da Aneel, arts. 25 e seguintes do Regulamento da Anvisa; arts. 18 e seguintes do Regulamento da ANS.

⁶² Ver, entre outros, o art. 21 do Regulamento da Aneel; art. 22 do Regulamento da ANP; o Regulamento da Anatel, refere a possibilidade de consultas públicas a propósito das minutas de atos normativos.

nidade destinatária de sua atuação;⁶³ d) finalmente, a previsão da existência de um Conselho Consultivo, com função opinativa, onde se denota a representação e participação da sociedade.⁶⁴

A Administração Pública, como visto, tem por função precípua gerir a *res publica*, a coisa pública. O grande desafio das Agências reguladoras está em impor a efetivação 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 concretizar, cada dia mais, os direitos fundamentais do cidadão consagrados na Constituição brasileira.

63 Ver art. 7º da Lei nº 9.427/96 e art. 20 do Regulamento da Aneel.

64 Ver, entre outros, o art. 21 do Regulamento da Aneel; art. 22 do Regulamento da ANP; o Regulamento da Anatel, refere a possibilidade de consultas públicas a propósito das minutas de atos normativos.