Número 19 – agosto/setembro/outubro - 2009 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

OS SERVIÇOS PÚBLICOS TRADICIONAIS SOB O IMPACTO DA UNIÃO EUROPEIA

Prof. Vital Moreira
Professor associado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Membro do conselho do European Master's Degree in Human Rights and Democratization.

1. A NOÇÃO TRADICIONAL DE SERVIÇO PÚBLICO

1.1. A TRADIÇÃO FRANCESA DO SERVIÇO PÚBLICO

Em 1805 Napoleão Bonaparte, imperador dos franceses, determinou a criação de um "fundo de perequação" para permitir que as empresas de posta pudessem proporcionar um serviço de transporte e entrega de cartas em todo o território nacional, a preços uniformes, independentemente da distância. Ainda não era o serviço público, mas era o começo da ideia dele, na medida em que o poder público cuidava da existência de um serviço universal de correio com uma tarifa idêntica em toda a França.

Depois, ao longo do século XIX, veio o serviço público do transporte ferroviário, mais tarde do abastecimento de água, da electricidade, do telefone, etc. Na sua concepção moderna a noção de serviço público vai desenvolver-se desde o fim do século XIX, com a assumpção pelos municípios do encargo de organizar e proporcionar aos seus habitantes um conjunto de prestações inerentes à vida urbana.

Na tradição francesa, designam-se por serviços públicos em sentido estrito, aquelas prestações organizadas e proporcionadas pelo poder público aos particulares, destinadas a satisfazer necessidades colectivas essenciais susceptíveis de fruição individual. Entre elas contam-se serviços tão básicos como o abastecimento de água, a energia, o saneamento básico, os transportes colectivos, os correios e as telecomunicações.

1.2. A FILOSOFIA DO SERVIÇO PÚBLICO

Na sua concepção clássica, o serviço público representa a responsabilidade do poder público pelo bem-estar colectivo. É a ideia de que a iniciativa privada e o mercado não podem responder a essas necessidades colectivas em termos satisfatórios, já porque não garantem sequer a existência dos serviços, já porque o não asseguram em termos de igualdade e acessibilidade a todos os cidadãos. Trata-se, portanto, de uma obrigação pública, uma prestação administrativa *fora do mercado* (exclusivo público; tarifas administrativas, não preços; obrigação de fornecimento a todos; centralidade dos utentes, que são a "razão de ser" dos serviços públicos).

Em termos jurídicos, o serviço público pertence ao Direito Administrativo, não ao Direito Comercial ou Civil. Marcelo Caetano – o grande administrativista português do século passado – recusava-se mesmo a ver um contrato nos títulos de fornecimento de água, electricidade, etc., mas sim uma "apólice de fornecimento", visto que o fornecedor não tinha liberdade de recusa de fornecimento a quem não oferecesse idoneidade financeira (M. Caetano, 1973: 1082).

1.3. PRINCÍPIOS DO REGIME CLÁSSICO DO SERVIÇO PÚBLICO

A jurisprudência administrativa francesa, seguida da doutrina, desenvolveu ao longo do tempo aqueles que vieram a ser designados os *princípios clássicos do serviço público*. A sua formulação não é unívoca. Mas entre eles contam-se os seguintes:

– garantia de provisão, ou seja, garantia de que não deixará de haver oferta do serviço;

– continuidade, ou seja, garantia de fornecimento sem interrupções (salvo em caso de força maior), o que justificou quer a proibição da greve nos serviços públicos, quer ao menos a sua limitação;

– universalidade, ou seja, direito de acesso de todos os potenciais utentes, independentemente do seu lugar de residência;

– igualdade de tratamento dos utentes;

– retribuição uniforme, independentemente dos custos de fornecimento diferenciados de cada utente, e estabilidade das tarifas, sem responderem às variações da procura ou variações conjunturais nos custos;

– tarifas sociais abaixo do custo de produção, para certas categorias de utentes (pessoas de baixos rendimentos, reformados, deficientes, etc.) ou mesmo para toda a gente;

- adaptabilidade, ou seja, permanente ajustamento do serviço público às necessidades sociais.

1.4. ORGANIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Na sua apresentação tradicional os serviços públicos eram fornecidos directamente pelos poderes públicos, frequentemente em regime de monopólio, sem concorrência privada. Valia aí a equação *serviço público = sector público = exclusivo público*.

A prestação directa: por parte dos poderes públicos podia porém revestir diversas formas organizatórias:

a) A *"régie" directa,* se o serviço público era organizado e fornecido pelos serviços administrativos directos do poder público;

b) A *administração indirecta*, se o serviço público era organizado e fornecido por um estabelecimento, instituto ou autarquia pública, com certa independência;

c) A *empresa pública*, se o serviço público era organizado e prestado por uma entidade pública de natureza empresarial.

Mas desde o início se admitiu a organização e fornecimento dos serviços públicos por delegação dos poderes públicos a outras entidades, nomeadamente a empresas privadas.

No princípio foi a figura da *concessão* que presidiu à organização dos poucos serviços públicos até à 1ª guerra mundial, por efeito da proibição do envolvimento do poder público na esfera económica (concepção do Estado liberal). A passagem à "régie" directa mediante estabelecimentos públicos desvalorizou a importância da concessão, passando os serviços públicos a incumbir predominantemente aos próprios poderes públicos, Estado ou municípios (neste sentido, a lei francesa de 1926 relativa aos serviços públicos locais e o Código Administrativo de 1936-40 em Portugal).

A concessão pode ser efectuada quer em favor de empresas privadas, como normalmente sucede, quer em favor de empresas públicas, podendo estas pertencer a outros poderes públicos (por exemplo, concessão de um serviço público municipal a uma empresa pública estadual), ou até ao mesmo poder público que é "dono" do serviço público concessionado (por exemplo, concessão de um serviço público estadual a uma empresa pública pertencente ao próprio Estado). No primeiro caso, quanto a Portugal, está o metropolitano de Lisboa; no segundo caso está o serviço público do transporte ferroviário.

1.5. TIPOS DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Não existe nenhum elenco "natural" de serviços públicos. Os serviços públicos são fruto da história e da geografia. Embora exista um conjunto de serviços públicos comuns à generalidade dos países, nem por isso deixa de haver diferenças mais ou menos acentuadas.

Por outro lado, os serviços públicos são muito diversificados. Podemos estabelecer a seguinte tipologia:

a) Serviços públicos nacionais e serviços públicos locais

A distinção está no ente público que é titular de cada serviço público. Isso varia de país para país. No caso português, podemos estabelecer o seguinte quadro: são serviços públicos nacionais, a cargo do Estado, a rádio e a televisão, as telecomunicações e os serviços postais, o gás natural, os transportes ferroviários e aéreos; são serviços públicos locais, a cargo dos municípios, a água e o saneamento, a electricidade e os transportes urbanos[1].

b) Serviços públicos económicos e serviços públicos sociais e culturais

A distinção tem a ver com o seu objecto. Os serviços públicos económicos têm a ver com prestações materiais (água, saneamento, transportes colectivos, etc.), enquanto os segundos têm a ver com prestações de outra índole, como a saúde, o ensino, as bibliotecas, os museus, os teatros, etc.. Os primeiros são normalmente onerosos, enquanto os segundos são muitas vezes gratuitos.

c) Serviços públicos gratuitos e serviços públicos onerosos

Muitos serviços públicos são gratuitos, não implicando nenhum pagamento por parte dos beneficiários. Assim sucede, por exemplo, com o ensino básico e secundário, com o serviço público de saúde, com as bibliotecas e muitos museus nacionais e municipais. Outros são onerosos, implicando a necessidade de uma contraprestação por parte dos utentes, como sucede, por exemplo, com as "utilities" (água, energia, telecomunicações) e outros serviços públicos, como os serviços postais, transportes colectivos, etc.

d) Regime administrativo e regime empresarial

A distinção tem a ver com o regime jurídico da prestação dos serviços públicos. Nuns casos eles estão sujeitos a um regime de Direito administrativo, noutros casos estão sujeitos a um regime empresarial. Normalmente os primeiros são prestados em "régie" directa ou indirecta e são gratuitos, enquanto os segundos são prestados por empresas públicas, sendo onerosos.

[1] No caso das regiões autónomas dos Açores e da Madeira encontram-se regionalizados os serviços públicos que no resto do País são incumbência do Estado.

1.6. SERVIÇOS PÚBLICOS E CONCEPÇÃO DO ESTADO E DA ECONOMIA

Os serviços públicos foram a expressão mais manifesta do Estado intervencionista e do Estado social do século XX, em contraposição ao Estado liberal do século XIX, essencialmente votado às tarefas da defesa e da manutenção da segurança e da ordem pública. Enquanto o Estado liberal era quase exclusivamente um Estado legislativo e administrativo, o Estado de serviços públicos é também um Estado proprietário, um Estado empresário e um Estado prestador. Ao lado da *"Eingriffsverwaltung"* clássica vai surgir uma *"Leistungsverwaltung"*, apostada em assegurar a todos um mínimo de prestações consideradas essenciais à vida individual e colectiva *("Daseinsvorsorge")*.

Por outro lado, os serviços públicos são testemunho também de uma relação diferente do Estado com a economia e com a sociedade. Enquanto o Estado liberal se abstinha de interferir na vida económica e na vida social, que eram considerada do foro privado, e sujeitas às leis do mercado, o Estado de serviços públicos assume expressamente a responsabilidade na organização e no fornecimento de bens e serviços aos particulares, muitas vezes à margem da iniciativa privada, do mercado e da concorrência.

Não devem, porém, confundir-se os serviços públicos com o *sector empresarial públic*o. Por um lado, o Estado pode dedicar-se a actividades económicas fora de objectivos de serviço público, por exemplo, para obter rendimentos (os antigos "monopólios fiscais" do tabaco, dos fósforos e do álcool) ou para assegurar posições de comando da economia e/ou garantir centros nacionais de decisão económica (por exemplo, os bancos públicos). Por outro lado, como se viu, os serviços públicos não têm de ser fornecidos por via do sector público, podendo sê-lo pelo sector privado, através de mecanismos de delegação, *lato sensu,* incluindo à cabeça a concessão de serviços públicos.

2. SERVIÇOS PÚBLICOS E UNIÃO EUROPEIA

2.1. A "CONSTITUIÇÃO ECONÓMICA" DA UE

A ordem económica fundamental da Comunidade Económica Europeia (CEE), origem da actual União Europeia, é baseada na economia de mercado e na concorrência.

O Tratado de Roma de 1957, que continua a ser a espinha dorsal da ordem económica comunitária, assegura a neutralidade em matéria de regime económico, no que respeita ao envolvimento do Estado na actividade económica, sendo os Estados-membros livres de criar ou manter empresas públicas ao lado das empresas privadas Como estipula o art. 295º (antigo art. 222º), *"o presente Tratado em nada prejudica o regime de propriedade dos Estados-membros"*.

No entanto, o sector público da economia não pode pôr em causa duas ideias fundamentais: (i) a garantia da *liberdade de iniciativa privada* e (ii) a primazia das regras da *concorrência*. O Estado pode manter-se como proprietário e empresário, mas não pode em princípio estabelecer exclusivos públicos nem furtar-se às regras do mercado e da concorrência com as empresas privadas. A ordem económica da CEE não proscreve a economia pública, mas proíbe, em princípio, os exclusivos públicos e os privilégios das empresas públicas.

Por outro lado, o objectivo fundamental da CEE foi o estabelecimento de um "mercado comum" e mais tarde de um "mercado único", o que pressupunha a liberdade de circulação dos "factores" económicos dentro do espaço comunitário, bem como a liberdade de estabelecimento em qualquer dos Estados-membros, em pé de igualdade com os nacionais (proibição de discriminação por motivo de nacionalidade).

Daí as *quatro liberdades fundamentais* da ordem económica comunitária:

– a liberdade de circulação de bens e capitais dentro do território da Comunidade;

– a liberdade de circulação de pessoas, nomeadamente dos trabalhadores;

– a liberdade de prestação de serviços em qualquer Estado-membro, incluindo designadamente as profissões liberais;

– a liberdade de estabelecimento profissional e empresarial em qualquer Estado-membro.

Estas quatro liberdades fundamentais não são isentas de restrições e de reservas, mas estas não prejudicam a regra. Ora é evidente que estas regras fundamentais da "constituição económica" da UE não são facilmente conciliáveis com os princípios tradicionais dos serviços públicos, já porque estes eram muitas vezes prestados em regime de monopólio público e à margem do mercado, já porque, em todo o caso, implicam uma fuga maior ou menor às regras da concorrência, bem como a existência de sectores económicos fora da livre circulação comunitária.

2.2. O LUGAR DOS SERVIÇOS PÚBLICOS NO TRATADO DE ROMA

O Tratado de Roma, que continua a ser o texto fundamental da ordem económica comunitária, desconhece praticamente a noção de serviço público (salvo uma referência de passagem no capítulo dos transportes)[2].

[2] Dispõe o art. 73º (ex-artigo 77º) do Tratado: "São compatíveis com o presente Tratado os auxílios que vão ao encontro das necessidades de coordenação dos transportes ou correspondam ao reembolso de certas prestações inerentes à *noção de serviço público*".

Em contrapartida aparece nele uma nova noção, a de "serviços de interesse económico geral" (SIEG) (art. 86º do Tratado CEE). Prevê-se aí a derrogação aos princípios da concorrência em homenagem às exigências dos serviços de interesse económico geral. Vale a pena transcrever essa disposição:

> ***Artigo 86º (ex-artigo 90º)***
>
> *1. No que respeita às empresas públicas e às empresas a que concedam direitos especiais ou exclusivos, os Estados-Membros não tomarão nem manterão qualquer medida contrária ao disposto no presente Tratado, designadamente ao disposto nos artigos 12º e 81 º a 89º , inclusive.*
>
> *2. As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto no presente Tratado, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afectado de maneira que contrarie os interesses da Comunidade.*
>
> *3. A Comissão velará pela aplicação do disposto no presente artigo e dirigirá aos Estados-Membros, quando necessário, as directivas ou decisões adequadas.*

Em abstracto o Tratado consente excepções susceptíveis de salvaguardar a organização tradicional dos serviços públicos: limitações à entrada na actividade em causa (inclusive exclusivos públicos); fixação de preços; regulação da quantidade e da qualidade, e sobretudo as ajudas de Estado, cuja proibição constitui uma das traves-mestras do Direito Comunitário da concorrência. Porém, a medida em que os serviços públicos na sua concepção tradicional eram salvaguardados dependia da interpretação desse preceito do Tratado de Roma.

Havia duas interpretações possíveis do art. 86º:

a) No caso dos SIEG, as regras da concorrência só valem quando não coloquem em causa as missões de interesse público (interpretação favorável aos SIEG, na medida em que estes prevalecem em princípio sobre as regras da concorrência):

b) No caso dos SIEG, as regras da concorrência só podem ser afastadas ou restringidas se e na estrita medida em que tal seja necessário para assegurar as missões daqueles (interpretação desfavorável aos SIEG, na medida em que as regras da concorrência prevalecem em princípio sobre eles).

A atitude das instituições comunitárias em relação aos SIEG, e em especial da Comissão – que é o principal órgão executivo da CEE –, passou por diversos períodos bem distintos.

De acordo com Pierre Bauby, podemos delimitar três períodos suficientemente distintos:

a) A *fase da indiferença* (1957-1986), em que se verificou a manutenção do "status quo" a nível nacional, sem que o Tratado tivesse sido invocado contra os serviços públicos tradicionais e sem que a Comissão tivesse adoptado qualquer directiva no sentido de os liberalizar;

b) A *fase do confronto e da ofensiva contra os serviços públicos* (1986-1993/94), em que a Comissão aprovou um conjunto de directivas em diversas áreas tendentes à liberalização de vários serviços públicos tradicionais (transportes aéreos, telecomunicações, electricidade, gás natural, serviços postais, etc.) ;

c) A *fase do compromisso e transacção instável* (1993/94 até ao presente), em que os avanços na liberalização dos serviços públicos foram conjugados com medidas de salvaguarda dos serviços de interesse económico geral, mediante a fixação ou autorização de fixação pelos Estados de "obrigações de serviços público" no novo quadro dos sectores liberalizados e portanto sujeitos à abertura do mercado.

2.3. A OFENSIVA CONTRA O SISTEMA TRADICIONAL DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DESDE OS ANOS 80

No período acima assinalado deu-se aquilo que alguém já designou como o *"choque frontal do direito francês dos serviços públicos com o Direito Comunitário"* (Simonian-Gineste, 1997).

O principal factor foi o rigor da Comissão Europeia e do Tribunal de Justiça das Comunidade Europeias (TJCE) na interpretação do art. 86º do Tratado CEE, em desfavor dos serviços públicos e em favor das regras do mercado e da concorrência. Um exemplo entre outros foi o acórdão *British Telecom* do TJCE (1986), que contestou o regime de monopólio público. Seguiu-se-lhe o "Livro verde" da Comissão Europeia sobre o serviço de telecomunicações (1987), propondo uma certa liberalização desse sector. O Acto Único Europeu (1986), que procedeu à revisão do Tratado de Roma, acentuou as liberdades económicas fundamentais, enfatizando a ideia da economia europeia como economia de mercado. Seguem-se as directivas da Comissão de 1988 e 1990, liberalizando o mercado de telecomunicações.

Os factores da mudança de atitude das instituições comunitárias em relação aos serviços públicos tradicionais foram diversos:

a) O programa do *"mercado único europeu"*, visando criar um genuíno mercado sem fronteiras internas, que era obstaculizado pelos exclusivos públicos ligados aos serviços públicos, que eram outras tantas reservas nacionais, impedindo portanto uma interpenetração plena das economias nacionais;

b) A campanha pela *desintervenção do Estado na economia*, que surgiu na Europa no princípio dos nos 80 vinda dos Estados Unidos, acompanhada da crítica neoliberal do modelo do serviço público e da economia pública em geral, acusando um e outra de ineficiência, desperdício e ausência de liberdade de escolha;

c) A *crise fiscal e financeira do Estado "social"* herdado das "décadas de ouro" do após guerra (anos 50, 60 e 70), a qual potenciou as pressões para a privatização das empresas públicas, incluindo as encarregadas da prestação de serviços públicos.

O resultado foi a sucessiva liberalização e privatização dos serviços públicos tradicionais. A *liberalização* implicou a abertura ao mercado de sectores anteriormente regidos em monopólio público, permitindo e fomentando o aparecimento de empresas privadas ao lado das empresas públicas. A *privatização*, que pode ser simultânea ou posterior à liberalização, traduziu-se na alienação das empresas públicas ao sector privado.

A liberalização foi necessariamente precedida da *empresarialização* das formas tradicionais de organização dos serviços públicos ("régie" directa, institutos públicos, etc.), de modo a permitir-lhes concorrer no mercado com as novas empresas privadas. Juridicamente a empresarialização traduziu-se na adopção de formas de direito privado (regime laborístico das relações de emprego, regime comercial da gestão económica e financeira, etc.), em substituição do Direito administrativo (regime da função pública, regime das finanças públicas, etc.).

Por sua vez, a privatização tornou necessária uma prévia *societarização* das empresas públicas *(corporatization)*, transformando o seu capital institucional em capital social, titulado em acções, susceptíveis de serem alienadas em bolsa.

De facto, o processo de transformação jurídico-institucional-económica dos serviços públicos tradicionais seguiu sucessivamente estas fases: empresarialização, liberalização, societarização e privatização.

É de notar que, como se viu acima, a "constituição económica" da UE não reclamava a privatização (dado o princípio da neutralidade em matéria do regime de propriedade), mas somente, como regra, a liberalização, mediante a abertura ao mercado e a sujeição às regras da concorrência. Que a liberalização tenha sido acompanhada frequentemente da privatização imediata ou subsequente, isso tem a ver com outras razões que não as exigências das normas comunitárias.

2.4. A DEFESA DOS "SERVIÇOS DE INTERESSE ECONÓMICO GERAL"

Como se viu, depois de uma primeira fase assaz agressiva contra os serviços públicos tradicionais, seguiu-se uma nova fase de contemporização e de compromisso. As razões devem-se por um lado à resistência de alguns países mais apegados à "cultura do serviço público", nomeadamente a França, e por outro lado a um certo esfriamento do entusiasmo neoliberal dos anos 80.

A mudança de atitude começou pelo próprio TJCE. As decisões *Corbeau* (1993) e Co*mmune d'Almelo* (1994), hoje justamente célebres, vieram admitir exclusivos públicos para a salvaguarda de SIEG. Depois seguiram-se diversos pronunciamentos da Comissão Europeia em favor dos SIEG (1996, 2000, 2001). Finalmente é de assinalar o Tratado de Amesterdão (1997), que procedeu a uma nova revisão do Tratado de Roma, tendo acrescentado no capítulo dos "princípios"uma disposição especificamente dedicada aos SIEG. Diz o novo art. 16º:

> ***Artigo 16º (ex-artigo 7º-D)***
>
> *Sem prejuízo do disposto nos artigos 73º, 86º e 87º, e atendendo à posição que os serviços de interesse económico geral ocupam no conjunto dos valores comuns da União e ao papel que desempenham na promoção da coesão social e territorial, a Comunidade e os seus Estados-Membros, dentro do limite das respectivas competências e no âmbito de aplicação do presente Tratado, zelarão por que esses serviços funcionem com base em princípios e em condições que lhes permitam cumprir as suas missões.*

Era a consagração definitiva dos SIEG na ordem comunitária e um sinal eloquente do novo equilíbrio entre eles e os requisitos da economia de mercado e da concorrência.

Foi nesse contexto que as directivas comunitárias de liberalização de serviços públicos vieram estabelecer elas mesmas ou permitir que os Estados-membros estabelecessem *"obrigações de serviço universal"* e *"obrigações de serviço público"*. Assim sucedeu no caso das telecomunicações e dos serviços postais, em que as respectivas directivas liberalizadoras definiram desde logo as obrigações de serviço universal, bem como no caso da electricidade e do gás natural, em que as correspondentes directivas permitem aos Estados estabelecer obrigações de serviço público nesses sectores.

No final desta evolução seis coisas podem dar-se por adquiridas:

a) O poder público pode e deve tomar como incumbência sua assegurar que certas prestações essenciais à vida colectiva sejam proporcionadas a todos as pessoas, podendo por isso afastar mais ou menos intensamente as regras do mercado, na medida em que isso seja necessário para esse objectivo;

b) Porém, para esse efeito não se torna necessário ser o próprio poder público a encarregar-se directa ou indirectamente de prestar esses serviços ao público, podendo limitar-se a velar por que eles sejam prestados pelas empresas privadas submetidas a "obrigações de serviço público" apropriadas;

c) Os modos de prestação dos serviços públicos podem variar de sector para sector, podendo nuns casos exigir-se um exclusivo público e noutros bastar-se com a imposição de obrigações de serviço público aos diversos operadores privados em regime de concorrência, ou somente a um deles.

d) Em qualquer caso, os serviços públicos constituem uma limitação ou restrição do princípio da concorrência e do mercado, que deve reger toda a economia, incluindo nos serviços de interesse económico geral, pelo que elas devem limitar-se ao necessário para assegurar as missões do serviços público (princípio da proporcionalidade);

e) Em princípio, a definição dos serviços públicos bem como dos modos de assegurar a sua prestação cabe aos Estados-membros, definindo o âmbito e a natureza das prestações inerentes ao serviço, as obrigações de serviço público exigidas, as limitações ao acesso à correspondente actividade, as eventuais regras de fixação de preços ou tarifas, os padrões de qualidade e segurança, e finalmente os modos de financiamento ou de compensação devida aos operadores de serviço público;

f) Porém, tudo isso fica sob controlo da UE, nomeadamente da Comissão, quanto a verificar se no exercício dessa função os Estados violam as regras comunitárias, nomeadamente quanto a limitações desnecessárias ou desproporcionadas do mercado e da concorrência.

3. O NOVO QUADRO NORMATIVO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

3.1. O NOVO PARADIGMA ECONÓMICO E POLÍTICO

A transformação dos serviços públicos no espaço da UE (e também fora dela) ocorreu no contexto de uma verdadeira mudança de paradigma quanto ao regime económico, quanto à relação do Estado com a economia e à definição das suas tarefas e incumbências, e finalmente quanto à gestão pública.

No que respeita à vertente económica, as linhas da mudança passaram pelas seguintes figuras:

a) A *liberalização* dos antigos exclusivos públicos (abertura ao mercado, fim dos monopólios públicos);

b) A *privatização* do sector público (transferência de empresas para o sector privado), tornando a economia uma questão essencialmente privada;

c) A *concorrência* como princípio universal, mesmo entre empresas públicas, obrigado à transparência da gestão empresarial, nomeadamente quanto às ajudas de Estado.

No que respeita ao novo papel do Estado, a mudança passou pelas seguintes linhas:

a) A *desintervenção do Estad*o, com redução considerável da sua função como proprietário e empresário, deixando à economia privada a satisfação das necessidades individuais e colectivas;

b) A concentração do papel do Estado na sua função reguladora *(Estado regulador*), na sua tripla função de legislador, de fiscalizador e de entidade sancionadora das infracções às regras.

No que respeita à mudança de paradignma da gestão pública ("nova gestão pública" ou *New Public Management*), as linhas de mudança passam pelas seguintes notas:

a) A introdução de uma *lógica empresarial na gestão pública*, com ênfase nos critérios da rendibilidade e da eficiência dos serviços, bem como na avaliação do desempenho e na responsabilidade dos gestores;

b) O financiamento dos serviços públicos remanescentes pelo lado da procura *(demand oriented)* em vez de um financiamento pelo lado da oferta *(suply oriented)*, o que implicou a generalização do pagamento dos serviços pelos utentes;

c) A crescente utilização de *mecanismos de direito privado* e de instrumentos de gestão privada (gestão financeira e contabilística, etc.) na gestão de serviços públicos.

3.2. AS GRANDES DIFERENÇAS ENTRE OS SERVIÇOS PÚBLICO E OS SIEG

Estas mudanças de paradigma económico e político conduziram necessariamente à reelaboração do próprio conceito de serviço público.

De facto, verificaram-se algumas mudanças de fundo, principalmente as seguintes:

a) A *"mercadorização" dos serviços públicos*, que passaram a ser prestações disponíveis no mercado por um preço, muitas vezes em concorrência;

b) A consequente transformação dos *utentes* de serviços públicos em *consumidores* ou *clientes*;

c) A *liberdade de escolha de fornecedor ou prestador*, passando o serviço público a ser uma figura subsidiária do mercado, no caso de o interessado não encontrar neste condições de fornecimento adequadas.

Onde existia monopólio público passou a existir mercado e concorrência entre operadores (públicos e privados ou somente privados). Onde havia uma prestação pública de natureza administrativa, passou a existir uma mercadoria transaccionada no mercado. Onde havia utentes passou a existir clientes/consumidores.

O serviço público tradicional era uma figura institucional integrada, fora do mercado, ao serviço do interesse público, ao passo que os SIEG são expressão de uma contradição dualista entre o mercado (lógica mercantil) e as obrigações de serviço público que o limitam (lógica do interesse público).

Em termos jurídicos, enquanto os serviços públicos tradicionais relevavam do Direito Administrativo, os SIEG passam a pertencer ao Direito Civil, Comercial e Laboral.

3.3. A VERSATILIDADE DAS FORMAS DE ORGANIZAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

O modelo clássico do serviço público comportava duas únicas modalidades de organização:

a) A *gestão pública*, directa ou indirecta (por meio de organismos ou estabelecimentos públicos relativamente autónomos, em regime de Direito administrativo);

b) A *concessão* temporalmente limitada a entidades privadas (ou a empresas públicas), sob controlo do Estado.

A nova perspectiva consente uma enorme diversificação e multiplicidade de fórmulas, desde o exclusivo público tradicional (onde consentido, a título excepcional) até à concorrência entre empresas privadas. No entanto, é visível a preferência por formas de tipo empresarial e pelo Direito privado, mesmo quando o serviço público continua a ser assegurado pelo Estado.

Daí resulta a empresarialização e "corporatização" dos serviços públicos "administrativos" (correios, telefones, etc.), incluindo os tradicionalmente gratuitos (hospitais, escolas). A empresarialização dos serviços públicos gratuitos pode ocorrer mediante a técnica dos “vouchers” (cheque-ensino, por exemplo) ou das tarifas ou portagens ("pedágios”) virtuais, em que elas são pagas pelo Estado, em vez dos utentes. Tal é o caso recente dos hospitais do serviço nacional de saúde

na Itália e em Portugal. Com essa técnica cria-se a possibilidade de estender o mercado virtual a todos os serviços públicos.

3. 4. PROBLEMAS DA PRIVATIZAÇÃO E LIBERALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

A submissão dos antigos serviços públicos à lógica do mercado não é isenta de dificuldades e de problemas. Importa assinalar os mais importantes.

a) Os serviços de rede como limites à liberalização

Muitos serviços públicos tradicionais (electricidade, gás natural, transportes ferroviários, água, saneamento, etc.) assentam em infra-estruturas de rede, que revelam os traços do "monopólio natural", já por motivos económicos (enormes investimentos iniciais, custos decrescentes de utilização), quer por motivos ambientais. Por isso, não podendo haver uma pluralidade de redes paralelas em concorrência, esta só pode estabelecer-se a montante e a jusante da rede. Desse modo, importa separar a gestão da rede da actividade de produção e fornecimento do serviço, de modo a estabelecer a concorrência quanto a estes segmentos da antiga fileira verticalmente integrada, garantindo a todos os operadores um acesso equitativo às redes (direito de passagem), em condições de igualdade de tratamento.

b) A selecção da empresa encarregada do serviço público

No caso de liberalização do respectivo mercado, há que estabelecer mecanismos de selecção da empresa ou empresas que ficam incumbidas das obrigações de serviço público. Na concepção tradicional, a concessão de serviço público era considerada uma relação fiduciária entre o poder público e o concessionário, pelo que a escolha deste era discricionária, sendo efectuada por negociação directa. Porém, no novo paradigma do mercado, essa concepção encontra-se naturalmente superada, sendo considerada essencial a adopção de métodos transparentes de concorrência, pelo que se torna obrigatório, por via de regra, o concurso público (licitação).

No caso da UE a adopção de métodos públicos e concorrenciais de selecção dos concessionários e demais delegatárias de serviços públicos torna-se também uma condição de não favorecimento das empresas nacionais e de não discriminação contra as empresas estrangeiras, pois de outro modo os governos tenderiam a privilegiar as empresas nacionais, em contradição com um dos princípios chave da "contribuição económica" comunitária.

c) O financiamento das obrigações de serviço público

Na organização clássica dos serviços públicos estes eram financiados ou pelo orçamento do Estado ou pelos utentes, ou de uma forma mista. Quando pagos pelos utentes, dado que se tratava de tarifas administrativas, fixadas por

via autoritária, era fácil estabelecer tarifas uniformes para todos os utentes, sem consideração pela diferença de custos consoante a localização geográfica dos beneficiários. O caso mais clássico é o dos selos postais, que dependem do peso das cartas ou encomendas mas não da distância a percorrer. O mesmo se passa com outros serviços, nomeadamente a electricidade e a água e com os transportes colectivos urbanos em regime de tarifa única. Nesses casos verifica-se portanto um princípio de *perequação* entre os utentes, pagando uns pelos outros.

Porém, no caso de concorrência no mercado é evidente que as "obrigações de serviço público" se traduzem necessariamente em prestar serviços por preços abaixo do custo (por exemplo, a obrigação de levar ligações eléctricas ou telefónicas, ou condutas de água ou de gás a locais afastados; ou a obrigação de manter carreiras de transportes colectivos para destinos não tentáveis). Nessas condições torna-se necessário compensar a empresa incumbente (ou empresas) pelos encargos adicionais provocados pelas obrigações de serviço público.

Existem três mecanismos principais para responder a este problema. Um deles consiste em criar uma *taxa ou contribuição especial*, a pagar por todos os presumíveis utentes em favor da empresa incumbente do serviço público, que lhe permite ser ressarcida pelos custos das obrigações de serviço público. É a solução vigente em Portugal para o serviço público de rádio (a impropriamente chamada "taxa de rádio").

Outra solução típica consiste em obrigar todos os operadores desse mercado a contribuírem equitativamente para um *fundo de financiamento* das obrigações de serviço público, do qual será indemnizado o operador incumbente. É este o mecanismo previsto em Portugal para o caso do "serviço universal"de telecomunicações.

Outro mecanismo corrente é naturalmente o *subsídio público*, através de transferências do orçamento do Estado em favor do operador ou operadores incumbidos das obrigações de serviço público. É esta a solução para a generalidade dos casos, nomeadamente, quanto a Portugal, o caso do serviço público de transportes públicos e do serviço público de televisão. Esta solução é a mais discutida na UE, dado que ela constitui uma excepção à proibição genérica das ajudas de Estado às empresas, que é uma das garantias da concorrência. Por isso, uma das regras essenciais deste tipo de financiamento é a de que a compensação de serviço público deve ser adequadamente comprovada quanto aos custos adicionais em que a empresa encarregada das obrigações de serviço público incorre por causa delas, para assim evitar o favorecimento dessa empresa, com esse pretexto.

d) A regulação dos serviços públicos

Como se viu acima, a liberalização e privatização dos antigos serviços públicos tem como consequência uma importante mudança do papel do Estado, o

qual de prestador do serviço público passa a simples regulador (e eventualmente financiador).

No caso das actividades de "interesse económico geral" a regulação torna-se necessária para vários efeitos. Primeiro, para implementar e monitorizar a abertura ao mercado *(market building)*. Segundo, no caso dos serviços baseados em rede, para garantir o acesso em termos equitativos de todos os operadores às redes. Terceiro, para justamente fazer observar as obrigações de serviço público e os demais direitos dos utentes do serviço público.

Mesmo quando o Estado permanece como prestador directo dos serviços públicos, através de empresas públicas, dá-se uma separação entre as funções de operador público e de regulador público, para que desse modo a regulação seja a mesma, tanto para operadores públicos como privados. Por isso, em muitas situações a regulação dos sectores liberalizados passa a ser efectuada por *organismos reguladores sectoriais*, como por exemplo, no caso português, o regulador das telecomunicações, o regulador da electricidade e do gás natural, o regulador dos transportes ferroviários, o regulador da água e dos resíduos, entre outros.

Para acentuar essa separação entre regulador e regulado, bem como para "despolitizar" as funções técnicas de regulação, verificou-se em muitos países um fenómeno de *desgovernamentalização da regulação*, que se traduziu na criação de *autoridades reguladoras independentes,* caracterizadas por uma considerável independência dos reguladores em relação ao Governo, que se manifesta, entre outros traços, na inamovibilidade dos membros da entidade reguladora e na não sujeição a qualquer forma de dependência de ordens ou orientações do executivo.

No caso português as entidades reguladoras mais tipicamente independentes são, além do Banco de Portugal e da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM), ambos no sector financeiro, também a Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE), que é o regulador da electricidade e do gás natural, e a Autoridade Nacional das Comunicações (ANACOM).

3.5. O NOVO PAPEL DO ESTADO

Como se viu, o Estado deixou em grande parte de ser o prestador dos serviços públicos, como outrora. A despublicização é um dos traços da nova concepção dos SIEG, na perspectiva comunitária europeia. Mesmo quando ainda é responsável pelos serviços públicos, estes estão crescentemente entregues a empresas concessionárias privadas.

Todavia, o Estado não passou a ser indiferente aos serviços públicos. Pelo contrário. Cabem-lhe essencialmente três funções. Assim, ele é:

a) O *legislador* que determina os sectores sujeitos a obrigações de serviço público e que define estas (salvo quando definidas directamente pelas instituições da UE);

b) O *regulador* e que fiscaliza o cumprimento das obrigações de serviço público por parte das empresas a elas sujeitas e pune as respectivas infracções;

c) Eventualmente, o *financiador das obrigações de serviço público*, seja por via de subsídios directos às empresas, seja por via de financiamento directo dos consumidores *(vouchers)*, seja por via de pagamento de "tarifas virtuais".

4. O PROBLEMA CONSTITUCIONAL DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

4.1. OS SERVIÇOS PÚBLICOS NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA

É surpreendentemente exíguo o lugar dos serviços públicos na Constituição portuguesa. Na versão originária estava totalmente ausente qualquer referência aos serviços públicos no extenso capítulo constitucional dedicado à economia. Falta nomeadamente algo como o art. 175º da Constituição brasileira de 1988.

Todavia, eram de assinalar os direitos fundamentais à segurança social, à saúde, à educação, todos eles a serem assegurados directamente mediante serviços públicos estaduais (serviço público de segurança social, serviço nacional de saúde, serviço público de ensino).

Só mais tarde é que a expressão "serviço público" apareceu na Constituição, a propósito do "serviço público de rádio e de televisão" (CRP, art. 38º, na redacção oriunda da revisão constitucional de 1989[3]). Mais tardiamente ainda foi inserida no texto constitucional a expressão "actividades de interesse económico geral", já sob nítida influência da nomenclatura comunitária europeia, como fundamento de regulação e supervisão pública da iniciativa económica privada nessas áreas[4].

Os serviços públicos constituem seguramente uma componente integrante da cláusula do "Estado social" compreendida no princípio da "democracia económica e social", referida no art. 2º da CRP. Os serviços públicos pertencem à infra-estrutura material do princípio do Estado social. Por isso, para além dos direitos sociais que requerem a existência de serviços públicos (de saúde, de educação, de segurança social, etc.), também os serviços público

[3] Diz o nº 5 desse preceito: "O Estado assegura a existência e o funcionamento de um *serviço público de rádio e de televisão*".
[4] Diz o nº 1 do art. 86º da CRP: "O Estado incentiva a actividade empresarial, em particular das pequenas e médias empresas, e fiscaliza o cumprimento das respectivas obrigações legais, em especial por parte das *empresas que prossigam actividades de interesse económico geral*".

económicos gozam de garantia constitucional por aquela via, o que impede a sua total despublicização, pelo menos quanto à garantia legal de "obrigações de serviços público", que assegurem a todas as pessoas certas prestações materiais, como condição de um mínimo garantido de bem-estar existencial.

4.2. OS SERVIÇOS PÚBLICOS NA "CONSTITUIÇÃO" DA UNIÃO EUROPEIA

Como vimos acima os "serviços de interesse económico geral" têm hoje um lugar seguro, se bem que não unívoco, nos princípios fundamentais da "constituição europeia", através do art. 16º do Tratado da Comunidade Europeia, introduzido pelo Tratado de Amesterdão. Os serviços públicos são hoje considerados cimento essencial da "coesão económica, social e territorial" da UE.

Mas, além disso, eles obtiveram também reconhecimento na Carta de Direitos Fundamentais da UE (art. 36º), aprovada no ano 2000, na cimeira do Conselho Europeu de Nice. Se bem que a Carta não seja um texto juridicamente vinculativo, o seu valor simbólico é muito grande. E não é de excluir, antes é muito provável, a sua incorporação nos tratados num futuro próximo, tornando-se então Direito comunitário primário, como convém à sua natureza de "bill of rights" da UE.

Por último, é de esperar que os SIEG não sejam ignorados na futura "constituição" da UE, que está a ser preparada pela "Convenção sobre o futuro da Europa", criada na cimeira de Laeken. Se a futura Constituição europeia deve ser fiel aos traços fundadores da identidade europeia e do "modelo social europeu", então ela não pode esquecer os "serviços de interesse económico geral".

5. FIM DA CIVILIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS NA EUROPA?

Como se argumentou acima, a noção de SIEG surgiu como forma de compatibilizar a ideia de serviço público com o mercado. Ela foi a porta por onde o mercado invadiu muitas esferas dos serviços públicos que antes estavam fora dele. Mas como derrogação que sempre continuam a ser ao princípio da concorrência (exclusivos públicos remanescentes, restrições ao acesso, subsídios cruzados, ajudas de Estado, etc.), os SIEG estão sempre sob pressão da aplicação dos princípios da necessidade e da proporcionalidade. O "ónus de prova" fica sempre do lado das obrigações de serviço público. Só devem admitir-se as restrições ao mercado que sejam necessárias e proporcionais às exigências do serviço público. As pressões para a redução das obrigações de serviço público são evidentes.

Na verdade, a partir do momento em que os serviços públicos ficarem reduzidos a "obrigações de serviço público" impostas às actividades privadas

funcionando de acordo com as regras do mercado, eles passam a ser vulneráveis à crítica de que se trata de restrições ao funcionamento do mercado, em homenagem a um conceito antiquado de serviço público, contrário à racionalidade económica. Se o paradigma tradicional do serviço público assentava na equação *serviço público = sector público = exclusivo público*, então o abandono do exclusivo público tende a implicar também a abolição do sector público e da própria ideia de serviço público. Tal é o ponto de vista geral dos economistas. E como se sabe na moderna teoria da governação os economistas tomaram o lugar dos juristas e dos politólogos...

Será então de dizer um réquiem pelos serviços públicos? Não falta quem o pense. Por enquanto, porém, tal conclusão seria precipitada. Hoje ainda mantêm o seu figurino tradicional vários serviços públicos[5]. E nos demais casos as obrigações de serviço público têm provado bem, como alternativa válida aos serviços públicos tradicionais, tanto mais que, em vários casos, a liberalização e privatização dos antigos serviços públicos resultou em baixa de preços e diversificação da oferta de serviços (telecomunicações, transportes aéreos e marítimos, electricidade). Logo, maior satisfação dos consumidores.

Se essa circunstância forneceu argumentos no sentido da desnecessidade dos serviços públicos numa economia de mercado eficaz, já alguns conhecidos problemas com serviços públicos liberalizados (o “apagão” eléctrico na Califórnia, a insegurança da rede ferroviária na Grã-Bretanha) vieram lembrar que os "monopólios naturais" e outras “falhas do mercado” limitam a capacidade de resposta da liberalização e da concorrência como alternativa ao serviço público.

É incontornável o persistente atrito entre a concepção tradicional de serviço público, centrada sobre a responsabilidade pública pela sua prestação, e a concepção comunitária europeia da ordem económica, centrada sobre a universalização da concorrência e do mercado. Mas a extinção dos serviços públicos não significaria somente o fim da ideia de Estado social e do modelo social europeu, tal como nos habituámos a pensá-lo. Sobretudo no caso dos serviços públicos baseados em redes, a privatização dos serviços públicos implicaria também uma verdadeira "desubstancialização" e desnacionalização da soberania do Estado, pela necessária entrada das empresas estrangeiras nesses domínios após a sua liberalização e privatização.

A batalha que se trava desde há anos na Europa à volta dos serviços públicos e dos SIEG está longe de ter um vencedor anunciado. Seja como for, ela não interessa apenas aos países europeus, dada a globalização do fenómeno da liberalização e da privatização de serviços públicos. Mãe que foi dos serviços públicos, seguramente que o fim dos mesmos na Europa não deixaria de se repercutir negativamente também naqueles países, entre os quais o Brasil, onde

[5] Assim no caso português está longe de estar consumada a liberalização dos serviços públicos. Entre os sectores liberalizados contam-se os transportes aéreos e as telecomunicações. Sectores parcialmente liberalizados (em diversos graus) são a electricidade (prestes a completar a liberalização integral), o transporte ferroviário e os serviços postais. Sectores por liberalizar são a água, os resíduos, e o gás natural.

os serviços públicos são, além do mais, uma condição material da própria democracia.

Por isso o tema aqui tratado talvez não seja um tema exclusivamente europeu. Citando a frase clássica *"De te fabula narrantur"*, a "guerra" pelos serviços públicos na Europa também diz respeito ao lado ocidental do Atlântico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

Alain Fiquet, "Vers une réconciliation entre l'Europe et les services publics: l'exemple de l'électricité", in Claude HENRY (1997), *Concurrence et services publics dans l'Union Européenne*. Paris: PUF (=AJDA, 1998, p. 864 e ss);

Claude Henry, *Concurrence et services publics dans l'Union européenne,* Paris 1998;

Christian Stoffaes (dir), *Services publics comparés en Europe: exception française, exigence européenne*, Paris: La Documentation Française, 1997;

François Rachline, *Services publics, économie de marché*, Paris: Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, 1996;

Gaspar Ariño Ortiz, *Princípios de Derecho Público Económico*, 2ª edição, Granada, 2001;

Georg Haibach (ed.), *Services of General Interest in the EU: Reconciling Competition and Social Responsibility*, EIPA, Maastricht, 1999;

Halen Sominian-Gineste, "Service public, service d'interêt économique général, service universel", in *L'Administration à l'épreuve des mutations économiques, Annales de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse*, 1997;

Initiative pour des services d'utilité publique en Europe (1996), *Modifier le Traité*?. Bruxelas; ISUPE;

Initiative pour des services d'utilité publique en Europe (1995), *The European Union and the Public Services*, Bruxelas; ISUPE Surveys;

Jacques Chevalier, *Le service public*, PUF, 1991;

Jean Bergougnoux, *Services publics en reseau: perspectives de concurrence et nouvelles regulations*, Paris, 2000;

J.-M. Chevalier *et allii* (dir), *L'idée de service public est-elle encore soutenable?*, Paris, 1999;

José María Gimeno Feliú, *El servicio público eléctrico en el mercado interior europeo*, Madrid, 1994;

Kieron WALSH (1995), *Public Services and Market Mechanisms*. London: Macmillan Press;

Marcelo Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, 10ª ed. 1973, vol. II;

M. M Leitão Marques & Vital Moreira, "Desintervenção do Estado: Privatização e regulação dos serviços públicos", *Economia e Prospectiva*, vol. II, nº 3, 1998-99, pp. 133 ss;

Pedro Gonçalves, *A Concessão de serviços públicos*, Coimbra, 2000;

Pierre Bauby, *Les services publics*, Paris Flammarion, 1997;

Stéphane Rodrigues, "Les services publics et le Traité d'Amsterdam", *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, nº 414, 1998, pp. 37 ss.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

MOREIRA, Vital. OS SERVIÇOS PÚBLICOS TRADICIONAIS SOB O IMPACTO DA UNIÃO EUROPEIA. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 19, agosto/setembro/outubro, 2009. Disponível na Internet: < http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-19-AGOSTO-2009-VITAL-MOREIRA.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br

4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323

6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa / Informações adicionais:

O presente texto tem por base a comunicação que apresentei no "IV Simpósio Nacional de Direito Constitucional", que decorreu em Curitiba, PR, nos dias 14 a 16 de Outubro de 2002, organizado pela Academia Brasileira de Direito Constitucional.