Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

R DAE | Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Número 23 – agosto/setembro/outubro - 2010 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

PREMISSAS PARA UMA LEITURA INTEGRADA DA INDÚSTRIA DA ENERGIA NA CONSTITUIÇÃO E PARA A IDENTIFICAÇÃO DE UMA POLÍTICA ENERGÉTICA CONSTITUCIONAL - A PROPÓSITO DOS ARTS. 173 E 175 DA CARTA

Luiz Gustavo Kaercher Loureiro
Professor de Direito Administrativo da Universidade de Brasília UnB. Doutor em direito.

Introdução

O tratamento aqui proposto para a sempre presente questão acerca do papel que a Constituição atribuiu ao Estado no âmbito das atividades de produção e circulação de bens e serviços aparta-se parcialmente daquele tradicional, que distingue entre "serviços públicos"e "atividades econômicas" e que está, no plano normativo, centrada em torno de uma suposta contraposição entre os arts. 173 e 175 da Carta.

Sustenta-se aqui que há, sim, uma diferença entre dois tipos constitucionais de atividades econômicas[1]: (i) as tarefas que foram reservadas ao Estado pela Constituição, como *competências públicas* (na maior parte dos casos de natureza *prestacional*) e (ii.) as demais, que são, em princípio, livres aos privados e realizadas em regime de competição. No âmbito dessas últimas, o Poder Público poderá atuar apenas em paralelo com os "senhores naturais" (privados), legitimado por ato específico do legislador ordinário que individua casos de "imperativos de segurança nacional" ou "relevante interesse coletivo" após 1988. Em particular, nega-se a suposta contraposição entre os arts. 173 e 175 e se afirma a *centralidade constitucional do art. 173, que* – estabelecendo esta dicotomia - *enuncia os modos de ação estatal direta.*

Dentre os corolários desta leitura, há um que importa particularmente nesta sede, qual seja, a possibilidade de um discurso constitucional unitário em torno da indústria

1 Tomada a expressão "atividade econômica"em sentido empírico, descritivo.

energética: esta proposta permite falar da "indústria da energia" na Constituição, como categoria específica e (relativamente) unitária e, mais do que isso, fornece as condições de possibilidade para que se identifique uma "*política energética constitucional*" que congrega – e não separa, como é habitual entre nós – as atividades relacionadas ao petróleo, gás (art. 177, incs. I a IV) energia elétrica (art. 21, inc. XII, b; art. 176) e energia nuclear (arts. 21, inc. XXIII e 177, inc. V). Esta consequência hermenêutica será apenas sugerida neste sede; aqui se trata de construir uma sua premissa fundamental[2].

O ponto de partida

O ponto de partida do entendimento aqui exposto e defendido – e primeiro elemento de divergência com a leitura habitual – é, como dito, o art. 173 da Carta. Nesse dispositivo está a base da disciplina constitucional da ação econômica estatal direta, e é *nele próprio que está a dicotomia fundamental*.

> Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Por força de vários dispositivos constitucionais (art. 3º, inc. IV; 5º, inc. XIII, art. 170, incs. II e IV e mesmo o próprio art. 173), a regra em nosso ordenamento jurídico é que as ações ordenadas à produção e/ou circulação de riqueza estejam atribuídas primária e preferencialmente aos particulares, indivíduos e empresas privadas.

Consoante com isso, o art. 173 explicita essa idéia diretriz, indicando quando poderá ocorrer a ação estatal econômica. Tomando a expressão "atividade econômica" em sentido genérico e não técnico-jurídico, o dispositivo enuncia que o Estado só agirá na economia como agente produtivo quando habilitado *constitucionalmente*, ou, sob certas e severas condições, quando legitimado por uma *lei ordinária*. Desconsiderando de momento as demais exigências para que o Estado atue como empresário, a circunstância a ser destacada é a necessidade de uma norma jurídica habilitante (Constituição ou lei em sentido próprio).

A segregação a ser feita, à luz apenas do art. 173, aparta as *atividades econômicas imputadas ao Estado pela Constituição* ("ressalvados os casos previstos nesta Constituição") e o *restante do universo econômico*, em princípio entregue à livre iniciativa e onde o Estado só poderá atuar *quando legitimado por lei* ("a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei").

Pelo texto do art. 173, é o tipo de fonte de direito que legitima, de modo diferenciado, a presença estatal[3]. Em um caso, o ordenamento jurídico, via Constituição, segrega um *gênero* de atividades, em geral e abstratamente ("os serviços de energia elétrica", "os serviços de telecomunicações", "a refinação do petróleo nacional" etc.); em

2 De modo mais detalhado, este esforço foi feito em minha obra *Constituição, energia e setor elétrico*, Porto Alegre: Fabris, 2009, Cap. II.

3 Não há qualquer necessidade de restringir-se (por qual motivo constitucional?) a primeira parte do art. 173 ao art. 177 (os "monopólios"), como se costuma fazer em uma leitura que reduz o alcance da cláusula "ressalvados os casos previstos nesta Constituição" por força de uma "automática" (quase que reflexa) remissão ao art. 175 que dela excluiria os "serviços públicos".

outro, o ordenamento jurídico, via lei ordinária, habilita uma ação estatal específica e pontual. Em cada hipótese, diferentes condições e regimes de atuação.

As atividades imputadas ao Estado pela Constituição

Percorrendo a Carta para detectar os "casos previstos nesta Constituição", constata-se que tal categoria contém um número variado de atividades (ex.: arts. 21, incs. X, XI, XII e XXIII; 25, § 2º; 30, inc. V; 176; 177, dentre outros), acomunadas, num primeiro exame, unicamente por isso, i.e., por terem sido atribuídas ao Poder Público pela Constituição.

E isto não é pouco numa Constituição que consagra, como regra, a livre iniciativa. São vários casos e importantíssimos, alguns envolvendo oferta de utilidades aos indivíduos no mercado, outros envolvendo atividades preliminares a este fim. Nesse contexto, a "mera" reserva da atividade para o Poder Público é fato de primária e extrema importância e se coloca "antes" e "acima" de eventuais (muito discutíveis, cfe. infra) ulteriores especificações dentro desse universo ("serviços públicos", "monopólios", "atividades econômicas de relevante interesse coletivo" etc.).

Vale a pena, por isso, fazer uma perfunctória exploração desses "casos previstos nesta Constituição" para mostrar que antes de formarem subgrupos bem determinados, estas atividades estão marcadas pela heterogeneidade e fragmentação no plano da disciplina constitucional e mesmo no âmbito de suas características técnicas e econômicas.

Hipóteses há em que não existe qualquer indicação ulterior sobre o regime jurídico da tarefa de titularidade pública: a Constituição limitou-se a afirmar, de modo totalmente indeterminado, que tal ou qual empresa econômica compete ou é de responsabilidade do Poder Público, nada dispondo sobre a disciplina normativa ou o papel de eventuais agentes privados (é, por exemplo, o caso do tão discutido art. 21, inc. X).

Há também atividades que são qualificadas de modo explícito pela Constituição como "serviços públicos". São assim tidos os serviços de transporte coletivo de âmbito municipal (art. 30, inc. V). Antes do advento da Emenda Constitucional n. 8⁄95, também eram qualificados expressamente como públicos os serviços de telecomunicações.

Entre a total ausência de diretrizes e a expressa qualificação de "serviço público", há casos previstos na Constituição em que se indica uma parcial disciplina jurídica. Aqui está o maior número:

3. Serviços de telecomunicações (art. 21, inc. XI).
4. Serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens (art. 21, XII, *a* e 223).
5. Serviços de energia elétrica (art. 21, XII, *c*).
6. Serviços de navegação aérea e aeroespacial (art. 21, inc. XII, *c*).
7. Serviços de infra-estrutura portuária (art. 21, inc. XII, *c*).
8. Serviços de transporte ferroviário (art. 21, inc. XII, *d*).
9. Serviços de transporte aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais ou que transponham os limites de Estado ou Território (art. 21, inc. XII, *d*).
10. Serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (art. 21, inc. XII, *e*).
11. Serviços relativos aos portos marítimos, fluviais e lacustres (art. 21, inc. XII, *f*).

12. Serviços e atividades nucleares de qualquer natureza (art. 21, inc. XXIII; art. 177, inc. V).
13. Pesquisa, lavra, enriquecimento, reprocessamento, industrialização e comercialização de minérios nucleares e seus derivados (art. 21, inc. XXIII; art. 177, inc. V).
14. Serviços locais de gás canalizado (art. 25, § 2º).
15. Atividades de lavra e exploração de jazidas minerais (art. 176).
16. Pesquisa e lavra de petróleo, gás e outros hidrocarbonetos fluidos (art. 177, inc. I).
17. Refinação de petróleo nacional ou estrangeiro (art. 177, inc. II).
18. Importação e exportação de petróleo, gás natural e seus derivados (art. 177, inc. III).
19. Transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no país (art. 177, inc. IV).
20. Transporte, por conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem (art. 177, inc. IV).

Aqui a Constituição, além de investir o Estado da qualidade de *dominus* da competência econômica, usa conceitos e institutos jurídicos que alguma coisa informam sobre o modo de realização da tarefa. Em particular, esses conceitos e institutos indicam – com muito poucas exceções, como no caso das atividades nucleares – que a participação privada em sua execução é possível, de modo derivado (um vínculo jurídico subsequente, de natureza voluntária, entre o titular da atividade e o privado – o "título").

Quanto a esse último ponto, a Constituição serve-se de uma plêiade de termos isolados, tais como "concessão" e "permissão", mas também "autorização", "contrato" (art. 177) ou, simplesmente, "delegação" (art. 236)[4]. E à variedade de termos acrescentam-se outras indeterminações que parecem sugerir ausência de coordenadas jurídicas estritas e uniformes que envolvam as diferentes ações econômicas estatais diretas deste subgrupo.

Em particular, a referência aos títulos "concessão" e ˜permissão" *não obriga concluir que se trata, em todos esses casos, de serviços públicos*, dada a existência de variados tipos, no direito administrativo, de "concessões" e de "permissões".[5]

No âmbito do regime jurídico encontra-se, novamente, a mesma heterogeneidade. Assim é que - a título de mero exemplo - enquanto o art. 236 determina que os serviços notariais e de registro, de titularidade pública, sejam executados *necessariamente* por agentes privados e em regime de *direito privado*, os arts. 21, inc. XXIII e 177, inc. V, *excluem essa participação privada*, sob qualquer regime[6]. Entre esses dois extremos, situa-se a ação privada *delegada,* para a qual, porém, continua faltando um inequívoco denominador comum. Assim é que os serviços de radiodifusão sonora e de sons e

4 Não se vislumbra qualquer ordem ou premeditação na aplicação dos diferentes títulos às diferentes atividades. Além disso, não parece haver observância de critérios na combinação entre os diferentes títulos. Os três primeiros – de longe os mais freqüentes – são usados ora em conjunto (art. 21, incs. XI e XII, ns. 1 a 8), ora em duplas ("autorização" e "concessão" no caso do art. 176), ou mesmo isoladamente ("permissão" para o art. 21, inc. XXIII – "concessão" para o art. 25, § 2º).

5 Cfe., *Constituição, energia e setor elétrico*, cit., cap. IV.
Todos esses termos possuem uma multiplicidade de significados que não permite uma singela identificação deles com títulos de delegação de serviço público.
Essa ambigüidade poderia ser evitada se a Constituição tivesse acrescentado a eles qualificativos correntes na teoria do direito administrativo. Notadamente, quanto à concessão e à permissão a própria Carta cuidou, em outras ocasiões, de acrescentar-lhes a especificação "de serviço público" (além do art. 175, também art. 30, inc. V; art. 54, inc. I; art. 202, § 5o e art. 66 do ADCT), quiçá para extremar a figura de outras semelhantes, como aquelas que, atentas à atividade, incidem, porém, diretamente, sobre o uso de bens públicos.

6 À exceção de certas atividades relativas aos isótopos de meia-vida.

imagens serão concedidos, permitidos ou autorizados aos particulares observando-se um princípio inexistente para as demais delegações, qual seja, aquele da *complementaridade dos sistemas privado, público e estatal* (art. 233).

Os exemplos, observações, aproximações e afastamentos poderiam prosseguir ainda em muitas direções[7], mas quanto já dito serve para alertar contra leituras generalizantes e totalizantes. Em particular, serve para tornar ao menos problemática aquela que habitualmente se faz a partir do conceito de "serviço público", ou mesmo aquela que vislumbra, genericamente, dois tipos de atividade, "serviços públicos" e "atividades econômicas monopolizadas", nessa miríade heterogênea de "casos previstos nessa Constituição".[8] Ou, o que é ainda mais problemático, só vê aí o art. 177.

Convém, agora, procurar apanhar o *significado jurídico mínimo* dessa *publicatio* assim tão fragmentariamente feita pela Constituição. Como dito, já o simples fato haver esta "reserva" em favor do Estado há de ter uma relevância de não pouca monta, em uma Carta que decididamente escolheu o regime da livre iniciativa como elemento fundante da Ordem Econômica.

Atividade econômica estatal reservada: competência pública

Esta relevância começa a avultar a partir da constatação de que se está diante de *competências públicas.*

Em termos muito genéricos e pouco técnicos, no âmbito do direito público a idéia de *competência* envolve, primeiro, a imputação de tarefas a um determinado sujeito e, segundo, o reconhecimento a ele de poderes de ação (para a realização a contento da tarefa acometida):

> Por **competência** entender-se-á o poder de ação e de atuação atribuído aos vários órgãos e agentes constitucionais com o fim de prosseguirem as tarefas de que são constitucional ou legalmente incumbidos.
> A competência envolve, por conseguinte, a atribuição de determinadas *tarefas*, bem como os *meios* de ação ('poderes') necessários para a sua prossecução. Além disso, a competência delimita o quadro jurídico de atuação de uma unidade organizatória relativamente à outra.[9]

Considerando a vastíssima gama de "competências públicas" atribuídas ao Poder Público (ao fim e ao cabo, é disso que se ocupa uma Constituição), ocorre tentar

7 Enquanto as atividades de telecomunicações e exploração de petróleo e gás – as primeiras executáveis por privados mediante "concessão, permissão ou autorização" e as segundas mediante "contrato" – são supervisionadas por um "órgão regulador", aquelas de radiodifusão sonora envolvem um outro esquema de controle, consubstanciado em uma complexa articulação entre o Poder Executivo e o Legislativo (arts. 21, inc. XII, a; 49, inc. XII e 223).
O art. 177, ao disciplinar a execução por entes privados das tarefas elencadas em seus primeiros quatro incisos, exige que certas condições para tanto sejam dispostas em lei, dentre elas as bases da contratação e a garantia de abastecimento dos derivados de petróleo. Preocupação semelhante, que leve a Constituição a referir expressamente uma Lei geral dessa natureza, não se encontra em outros dispositivos que igualmente regulam a ação privada (à exceção do art. 175 da Constituição).

8 **Reitere-se, porém, o exato alcance desta afirmação.** Com ela quer-se significar que tais atividades não devem ser, automaticamente, consideradas serviços públicos apenas porque de titularidade pública. Como se verá, poderão vir a sê-lo. De outro lado, dizer que não se trata necessariamente de serviço público não significa que a atividade não seja de competência estatal. Muito antes pelo contrário.

9 CANOTILHO, Direito constitucional, p. 543 (grifos do autor).
No caso da indústria energética em geral e daquela elétrica em particular, a competência delimita o espaço da União Federal em face dos demais entes públicos políticos e em face dos agentes privados.

identificar alguns traços distintivos dessa espécie particular, cruzando classificações oriundas tanto do direito constitucional quanto do administrativo.

Em primeiro lugar, trata-se de uma *competência material ou administrativa,* entendida, por tradicional contraposição à legislativa, como aquela cujos deveres correspondentes são satisfeitos por atos concretos realizados pelo Poder Público (e não abstratos).[10] Dentro da classe, várias são as classificações ulteriormente possíveis, tal aquela que distingue entre competência material econômica, social, político-administrativa, financeira e tributária.[11]

Identifica-se nelas, ainda, um indiscutível traço de *positividade*. Aqui o contraste ocorre em face de atividades administrativas em que a utilidade pública almejada dá-se indiretamente, por meio de atos que impõem *abstenções* aos seus destinatários. Nesses casos, a competência é *limitadora*, e o exemplo mais candente dela está no âmbito da "polícia administrativa".[12]

As competências com as quais a Constituição dota o Estado neste âmbito envolvem a *positiva atuação deste* – por si ou por privados, cfe. adiante − *na produção de determinadas utilidades economicamente apreciáveis* (normalmente de modo individualizável) *que ou são direta e imediatamente oferecidas "no mercado", ou são preparatórias desta oferta*.

Em grande parte dos casos, essa *positividade* configura, dogmaticamente, *prestações*, daí poder dizer-se que as competências em estudo são *materiais, positivas* e *prestacionais*. E no conceito de prestação, está ainda a idéia de fruição *individual*, *específica*, da utilidade oferecida (pelos diferentes sujeitos que conformam o "público em geral" ou por determinados agentes econômicos que, por sua vez, servem-se da utilidade para seus processos produtivos e prestacionais).[13]

Se a isto se acrescenta o fato de que estas competências prestacionais são tais que permitem a organização empresarial da atividade, tem-se, em termos analíticos, o seguinte quadro[14]:

a.) As atividades indicadas nos diversos artigos constitucionais são *competências públicas.*

b.) Essas competências não se manifestam (primariamente) em atividade *jurídica* do Estado, mas em atividade *técnica* ou *material*.

---

[10] A definição do texto é baseada nas sugestivas idéias de ITIBERÊ RODRIGUES, "Fundamentos dogmático-jurídicos do sistema de repartição das competências legislativa e administrativa na Constituição Federal de 1988", in *Revista diálogo jurídico*, n. 15, jan./2007. Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf/ITIBERE.pdf.

[11] AFONSO DA SILVA, *Curso*, cit., p. 480-1 e também p. 496 e segs.

12 BANDEIRA DE MELLO, Curso, cit., p. 805 e segs.

13 "Invero, Il concetto di prestazione, inteso in senso tecnico, si collega essenzialmente con la sussistenza di un concreto rapporto giuridico intercorrente tra due soggetti, del quale rapporto la prestazione costituisce appunto l'oggetto. Prestazione, infatti, in senso tecnico, come si sa, è una attività (naturalmente in senso ampio) personale, che un soggetto è tenuto a porre in essere a vantaggio di un altro soggetto in virtù di un rapporto giuridico (rapporto di natura obbligatoria) intercorrente tra i due." RENATO ALESSI, Le prestazioni amministrative rese ai privati – Teoria generale, Milão: Giuffrè, 1956, p. 28.

Em um primeiro momento, a identificação da prestação como o objeto da competência envolve extremá-la, novamente, da função de polícia e também daquelas de regulação, fomento ou planejamento. Estas podem existir em tal contexto – e de fato existem –, mas são decorrências, derivações daquela que talvez seja a mais densa competência estatal: atuar diretamente na área em questão, prestando.

14 Estas notas são inspiradas em PEDRO GONÇALVES, Concessão, cit., p. 37 e segs. e ALESSI, passim.

c.) Estas prestações importam na organização, de modo estável e sistemático, de um complexo de bens, capitais e pessoas (atividade material *empresarial*).

d.) Mais precisamente, o objeto da competência envolve o alcance aos indivíduos (beneficiários), de *prestações* de natureza econômica (bens e/ou serviços).

Propositalmente, evitou-se falar aqui de "serviços públicos" ou "atividades econômicas monopolizadas" (ou outra coisa qualquer que a isso se contraponha): é que *antes* de empreender tal análise, é importante ter em mente que as atividades em questão são passíveis de uma abordagem *prévia* e *independente* daquela tradicional.

Por ora, convém deixar claro que, pelos motivos que serão expostos adiante, ao qualificar-se certa atividade econômica imputada ao Estado como *competência pública (prestacional)* não se está, *ipso facto*, a considerá-la como *serviço público*. Este, conforme se extrai do art. 175 da Constituição (a ser analisado adiante) é um procedimento técnico-jurídico posto à disposição do legislador para que o aplique, se for o caso, à realização de certas competências públicas econômicas que envolvam prestações (sobretudo aquelas destinadas ao público em geral). Nem toda atividade econômica imputada ao Estado (competência pública) será, apenas por isso, "serviço público". Tal assertiva − assim, genericamente enunciada − não é repudiada pela doutrina[15], embora os motivos pelos quais seja afirmada e o modo como vem desenvolvida sejam passíveis de crítica. Ao reverso, nenhuma destas atividades - sendo ou não serviço público - poderá deixar de ser considerada *competência estatal*[16].

Estreitamente relacionada à cautela no identificar "competência pública administrativa (prestacional)" com "serviço público", está a questão relativa ao *regime jurídico* de execução destas atividades. Podem incidir diferentes regimes em diferentes atividades acometidas ao Poder Público e, por ora, convém não fechar questão quanto a isso nem assumir inflexíveis compromissos.

É que não há uma *a priori* relação unívoca entre regime de direito público e interesse público. Institutos e instrumentos do direito privado, se manejados finalisticamente, também podem alcançar finalidades públicas (do contrário sequer seriam compreensíveis alguns parágrafos do art. 173 da Constituição).[17]

---

15 Por todos, GRAU, Eros. A Ordem Econômica, p. 128.

16 O problema é particularmente agudo no âmbito da autorização, cfe. adiante. Sua presença em dispositivos constitucionais que tratam de competências públicas econômicas tem servido à parte da doutrina para uma exegese que provoca, contrato o texto da Constituição, uma *depublicatio* da atividade que porventura venha a ser tratada pelo legislador como autorizada (cfe. infra).

17 Em trecho clássico, ensina JÉZE: "Consideremos las necesidades de interés general que son satisfechas en un momento determinado, en un momento determinado, ya solamente por la Administración, ya por ésta y por la acción particular, conjuntamente. Dos procedimientos suelen emplearse a este efecto, a saber: 1°) El procedimiento de derecho privado, o sea el que utilizan los simples particulares cuando proveen a la satisfación de las necesidades de interés general; 2°) El procedimiento del servicio público." (JÉZE, Gaston. *Los principios generales del derecho administrativo*, trad. Carlos Garcia Oviedo, Madri: Reus, 1928, p. 283-284).

Estas idéias foram generalizadas e sintenticamente expressas por LAUBADÈRE, que as elevou a "princípio geral de direito administrativo", segundo o qual "les collectivités publiques, dans la réalisation de leurs activités juridiques, emploient parallèlement tantôt les procédés de la gestion publique, tantôt ceux de la gestion privée." (LAUBADÈRE, Andre de. *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris: LGDJ, 1956, T. I., p. 9).

Não é necessário, como se faz entre nós, reservar o regime de direito público às atividades reservadas ao Estado e aquele de direito privado às atividades em que atua de forma paralela. A equação titularidade/regime deve ser, em parte, colocada em questão (cfe. infra).

Em termos mais concretos e menos dogmáticos, a incapacidade – material, financeira – de ação do Estado em certos setores que lhe foram imputados, com o conseqüente chamamento da iniciativa privada, e as inovações tecnológicas que permitem a atuação competitiva em setores antes tidos por monopólios naturais explicam e mesmo justificam a adoção de regimes jurídicos cujas características são diferentes daquelas preconizadas pelo art. 175.

Atividade econômica estatal reservada: rudimentos de disciplina jurídica

Se não é chegado o momento de assumir tais compromissos, é, sim, necessário reconhecer que a circunstância de se estar em face de uma *tarefa estatal* por si só é geradora de algumas básicas conseqüências normativas.

Neste caso, não se deveria falar, propriamente, em "regime", para não dar a idéia de que se cuida de um sistema bem ordenado e completo de princípios e regras incidentes, *en bloc*. Em verdade, são preceitos normativos que se limitam a definir o conceito de *competência pública*, mas que deixam grande margem de conformação para o legislador ordinário construir o regime jurídico da indústria ou das indústrias (respeitando as peculiaridades de cada qual). Como diretrizes que pautam a imputação de competências ao Poder Público, a doutrina costuma elencar as seguintes:

> a competência pode ser conceituada como o *círculo compreensivo de um plexo de deveres públicos a serem satisfeitos mediante o exercício de correlatos e demarcados poderes instrumentais, legalmente conferidos para a satisfação de interesses públicos. (...)*
>
> *As competências são:*
>
> a.) de exercício *obrigatório* para os órgãos e agentes públicos. Vale dizer: exercitá-las não é questão entregue à livre decisão de quem as titularize.(...)
>
> b.) *irrenunciáveis*, significando isso que seu titular não pode abrir mão delas enquanto as titularizar;
>
> c.) *intransferíveis*, vale dizer, não podem ser objeto de transação, de tal sorte que descaberia repassá-las a outrem, cabendo tão-somente, nos casos previstos em lei, delegação de seu exercício, sem que o delegante, portanto, perca, com isso, a possibilidade de retomar-lhes o exercício, retirando-o do delegado;
>
> d.) *imodificáveis* pela vontade do próprio titular, a quem não é dado dilatá-las ou restringi-las, pois sua compostura é a que decorre de lei (...);[18]
>
> e.) *imprescritíveis*, isto é, inocorrendo hipóteses de sua utilização, não importa por quanto tempo, nem por isso deixarão de continuar existindo.[19]

Assim, salvas as competências mínimas indicadas na próxima secao, não há óbice constitucional para a adoção, no exercício das atividades delegadas, de regras de direito privado, dosadas conforme as decisões do legislador ordinário.
Por mais paradoxal que pareça, por vezes é o próprio regime de direito público que pode não ser o adequado para a consecução dos objetivos do Estado brasileiro. Isto ocorreria provavelmente caso se insistisse em aplicar instrumentos jurídicos que retratam concepções econômicas ultrapassadas acerca do modus operandi de certas atividades. Caso típico seria a imposição de uma política tarifária cogente ditada pelo Estado – e construída em base ao puro preço do serviço – em atividades que, face às inovações tecnológicas, poderiam hoje ser realizadas em regime de competição.

18 Neste caso, da Constituição.
19 BANDEIRA DE MELLO, Curso, cit., p. 141-142.

Obrigatoriedade de exercício[20]; caráter irrenunciável; impossibilidade de transferência (não impossibilidade de *delegação,* porém); impossibilidade de *modificação*[21]*;* e, imprescritibilidade. Essas as notas jurídicas fundamentais de toda e qualquer competência pública. Já com isso muito se diz acerca do desenvolvimento daquelas atividades econômicas imputadas ao Estado[22]. Mas há mais.

Ainda que heterogêneo ou não constitucionalmente indicado o regime jurídico, convém notar que desde o ponto de vista finalístico, tais atividades possuem uma relação mais próxima com os fundamentos da República brasileira do que o restante universo das ações empresariais – pois de outro modo não se explicaria a sua reserva pública, em ambiente capitalista - e devem ser consideradas capazes de, em maior grau, realizar os seus objetivos.[23]

Com efeito, tratando-se de *competências públicas,* não é difícil concluir que tais atividades estão, sim, vinculadas teleologicamente: de modo geral, devem ter por objetivo concorrer intensamente para a realização das finalidades que justificam a própria existência do Estado brasileiro.[24] De tal sorte, os princípios próprios (setoriais) de uma

---

20 No caso de que se trata (competências de atuação em determinado segmento da economia), o traço genérico apontado acima, acerca da obrigatoriedade de exercício da competência, assume uma conformação técnica específica, que pode ser expressa dizendo que o titular da competência possui uma responsabilidade de execução, em contraposição à responsabilidade (apenas) de garantia da execução ou de controle da execução da tarefa. Com isso não se diz, porém, que lhe incumba, sempre e necessariamente, executar diretamente a atividade em questão, nem que deva ela ser realizada (integralmente) em regime de direito público.

21 Este è um ponto importante que merece atenção. È impossível, por lei ordinária, modificar a extensão das competências outorgadas a um ente público pela Constituição.

È, isto, porém, o que vem acontecendo em certos casos e em certos setores, especialmente por um equivocado uso e entendimento do conceito de autorizaçáo. Esse problema foi tratado no estudo Constituição, energia e setor elétrico, cit., e ali foi descrito como decorrente de um "feticismo jurídico" associado aos conceitos de "concessão", "permissão" e "autorização".

22 Neste passo, caberia lembrar aqui o art. 37, caput, da Constituição, segundo o qual a "administração pública direta e indireta... obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência".

Esta norma, embora tenha um alcance subjetivo, i.é, dirige-se primariamente ao conjunto orgânico das administrações direta e indireta, pretende colher, por essa via, a função administrativa, enunciando uma série de princípios que devem pautar a conduta de quem a realiza. Por esse motivo, pode fornecer diretrizes que inspiram o exercício de toda e qualquer espécie de competência pública não legislativa ou judiciária, como é o caso aqui.

Seria bastante problemático assumir que o Estado (ou seu delegado) não tem que respeitar, p.ex., a exigência de impessoalidade ou isonomia no desenvolvimento de uma atividade econômica sua apenas porque tal tarefa é executada em um ambiente concorrencial; ou que pode prescindir da legalidade quando submetido a um regime de direito privado. A Constituição não atribuiu esse tipo de competência ao Estado para que ele pudesse agir episodicamente, em busca de "interesses (públicos) secundários", mas sim, pelo contrário, para que algumas atividades econômicas (em princípio, privadas) fossem tisnadas por um elemento publicístico (ainda que aproximando o modo de agir estatal daquele privado), em vista de certas exigências sociais relevantes. A forma de, concretamente, conciliar estas exigências com aquelas de um ambiente competitivo é sumamente complexa, mas também sumamente importante. Tendo em mente que os comandos aí presentes são princípios, cuja aplicação não se faz na base do tudo ou nada, a técnica da ponderação de interesses e princípios há de ser convocada para auxiliar na tarefa (sobre isso, CANOTILHO, *Direito constitucional*, cit., p. 1.236 e segs.).

23 Se é certo que os ditames dos arts. 1º e 3º da Constituição alcançam e vinculam todos os sujeitos que operam no âmbito do Estado brasileiro (privados e públicos), é também certo que as atividades (exclusivamente) privadas possuem um componente egoístico que tendencialmente antepõe à satisfação das necessidades coletivas aquelas de seu titular. E esse é mesmo o modo como operam os sujeitos privados para realizar os objetivos da República: ao estabelecer a ordem capitalista na economia (cfe. supra) a Constituição brasileira esposou a convicção de que a soma das buscas de satisfação pessoal (a ação egoística), realizada segundo as regras jurídicas estabelecidas, é um elemento promotor do bem-estar de todos. Daí a constatação de que são muito diferentes as finalidades de uma ação pública e uma privada: o Estado não age em seu próprio interesse. As competências públicas, quaisquer que sejam elas, não foram instituídas para o locupletamento do seu titular.

24 É que, na medida em que consagra a forma capitalista de organização da economia, é lícito supor que a Constituição só excepciona certas atividades produtivas do jogo da livre iniciativa para atribuí-las ao Estado quando há motivos fundamentais para tanto. E esses motivos fundamentais estão, necessariamente, relacionados com os valores e princípios máximos elencados pela Constituição, considerando que são muito diferentes as finalidades de uma ação pública e uma privada e que o Estado não age em seu próprio interesse (as competências públicas, quaisquer que sejam elas, não foram instituídas para o locupletamento do seu titular). Em síntese, quanto mais forte e abrangente for o princípio da organização

política energética, por exemplo, são, em verdade, instâncias e densificações daqueles mais amplos presentes no texto constitucional, como os que constam dos arts. 1º e 3º. É sobretudo de uma vinculação a *princípios e objetivos gerais* que se trata aqui.

Convém, porém, não avançar demasiado na construção constitucional do regime jurídico deste complexo heterogêneo de atividades: a Carta deixa notável espaço de liberdade para o legislador ordinário. É momento de prestar atenção ao segundo grupo de atividades que decorre da parte final do *caput* do art. 173.

Atividades econômicas não imputadas pela Constituição ao Estado – condições para sua intervenção

Diante do disposto no art. 173, as atividades econômicas que o Estado realiza para além daquelas indicadas na Constituição possuem as seguintes características:

(a.) configuram hipóteses *futuras* de atuação estatal direta, a serem individuadas, segundo as necessidades sociais, *depois* da feitura da Constituição.

(b.) a determinação das suas instâncias concretas é deixada ao arbítrio de um *poder juridicamente inferior* ao Poder Constituinte , i.é, ao Poder Legislativo (ordinário).

(c.) Ademais, a lei ordinária deve respeitar os limites e formas dessa intervenção, delineados no próprio art. 173. Em particular,

a. deve individuar apenas ações empresariais específicas e concretas e *não pode* reservar inteiras classes de atividades, abstrata e genericamente consideradas (como faz a Constituição) para o Estado (o regime jurídico de atuação é concorrencial e privado, como se encarregam de esclarecer os parágrafos do art. 173).

A segunda parte do dispositivo é mais densa normativamente, pois fornece um conjunto de importantes diretrizes e limitações para o legislador ordinário.

Isso se explica na medida em que aqui, diferentemente do que ocorre no grupo anterior, a seleção das hipóteses é feita por um veículo normativo de hierarquia inferior (lei) que se aventura em território demarcado pela Constituição como, em princípio, de âmbito privado (atividade econômica, em sentido “empírico”, não “estrito”).

Nesse caso, trata-se de uma atividade que o Estado, via legislador, *não retira do comércio jurídico*, i.é, da *esfera privada*, monopolizando-a. O art. 173 dá ao legislador apenas a competência para excepcionar o princípio geral da não-atuação estatal direta na economia, como já o fez a Constituição, apenas que, na hipótese agora em consideração, essa ação será levada a efeito, *necessariamente,* com instrumentos jurídicos típicos do direito privado, como a indicar que a intervenção, aqui, é *paralela à atuação privada.* O legislador, diferentemente do Constituinte, não pode criar monopólios, revistam eles a forma de serviços públicos ou de outra categoria jurídica.[25]

---

capitalista da economia, mais cheias de significado jurídico devem ser as exceções a ele, como é o caso aqui para as indústrias cuja titularidade foi reservada ao Poder Público.

25 Razão parece assistir a FERNANDO HERREN AGUILLAR, *Controle social dos serviços públicos*, São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 133, quando diz que não pode o Estado instituir serviços públicos por lei ordinária, se com tal está implicado o monopólio jurídico da atividade.

O elemento *publicístico* agora é dado, como não poderia deixar de ser, pela *finalidade*: os fins genéricos do Estado brasileiro, *que pautam toda e qualquer manifestação estatal,* concretizam-se aqui nos "imperativos de segurança nacional" ou no "relevante interesse coletivo" razão pela qual as empresas estatais que agem nesse campo possuem uma *função social* (art. 173, § 1º, inc. I), são fiscalizadas pela sociedade, e sobre elas incidem regras jurídicas típicas do exercício de tarefa pública, em tudo aquilo que não significar vantagem competitiva para o agente integrante da Administração Indireta.[26]

Calha observar - e este é ponto muito importante - que as motivações invocadas pela Constituição para que se legitime a atuação estatal nessa seara não exclusiva – i.é, *imperativo de segurança nacional* e *relevante interesse coletivo* – são, tradicionalmente, *aquelas que justificariam a criação de serviços públicos*, o que demonstra a artificialidade da distinção postulada pela doutrina que − salvo exceções muito importantes mas em reduzido número[27] - insiste em enxergar no art. 173 atividades com um *quid* essencialmente distinto daquele existente nas atividades supostamente indicadas pelo art. 175 (cfe. adiante), ficando obrigada a complexas e não verificáveis distinções dentro da categoria geral do "interesse público[28]".

Como quer que seja e sintetizando: a leitura ora proposta do art. 173 dá a entender que, em 1988, foram individuadas e cristalizadas, pela própria Carta, hipóteses de atuação econômica estatal direta[29] que prescindem de qualquer decisão legislativa ordinária (imputação da atividade ao Estado). Depois de 1988, circunstâncias supervenientes poderão ocorrer e recomendar a ação estatal em área que, embora constitucionalmente afeita à iniciativa privada, tenha se tornado crucial para a segurança nacional e para o atendimento de relevante interesse coletivo. Nesses casos excepcionais, o legislador ordinário poderá instituir criaturas estatais dotadas de personalidade jurídica de direito privado para atuar na satisfação dessas necessidades (e

---

Note-se a profunda diferença entre o art. 173 e o seu equivalente na Carta de 1967, que fala explicitamente em instituição de monopólio por Lei Ordinária, caso em que a atuação estatal não poderia ou não teria razão de dar-se nos moldes dos parágrafos do art. 173: "Art. 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: I - liberdade de iniciativa; II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana; III - função social da propriedade; IV - harmonia e solidariedade entre os fatores de produção; V - desenvolvimento econômico; VI - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. (...) § 8º - São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei da União, quando indispensável por motivos de segurança nacional, ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficiência no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais (...)."

26 Sobre isso, v. a resenha feita por BANDEIRA DE MELLO, acerca das regras constitucionais que mitigam a afirmação categórica do art. 173, de que estas pessoas jurídicas estariam integralmente submetidas ao regime de direito privado (*Curso*, cit., p. 178 e segs.).

27 É a voz isolada de ALMIRO DO COUTO E SILVA: "Sempre me pareceu discutível a distinção radical que muitos administrativistas brasileiros fazem entre prestação, pelo Estado, de serviços públicos e de atividade econômica. Os primeiros estariam regidos pelo art. 175 da Constituição e a última pelo art. 173. Ora, essa separação absoluta – que melhor seria dizer oposição absoluta – entre as duas noções talvez tenha existido no século XIX. A partir, no entanto, do momento em que o Estado tomou para si a execução direta, ou mediante delegação de atividades econômicas de interesses coletivo, dando nascimento ao conceito de serviços públicos de natureza industrial e comercial, a linha divisória entre atividade econômica e serviço público tornou-se menos nítida, uma vez que a atividade econômica, até então reservada aos particulares, tornou-se a matéria de que eram feitos aqueles serviços públicos. Assim, será forçoso convir que o art. 173 da Constituição Federal refere-se exclusivamente a serviços públicos de natureza industrial e comercial, uma vez que a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. Na verdade, se o Estado só pode atuar diretamente nessas duas hipóteses, que deverão ser ainda definidas em lei, não há dúvida de que quando tais atividades consistem em prestações feitas ao público, serão elas serviços públicos." COUTO E SILVA, "Privatização no Brasil", cit., p. 54, nota 28.

28 Por todos, Eros Grau, A Ordem Econômica, cit.

29 Com diversos regimes jurídicos, cfe. infra.

não de outras), sem excluir desse ambiente econômico os privados e sem vantagens competitivas.[30] Se, nada obstante essas providências, considerar-se necessária a exclusão de uma atividade ou área econômica da esfera privada, o veículo adequado, então, não será a lei ordinária, mas a Emenda Constitucional. A Lei Ordinária prevista no art. 173 não tem essa força.

Como se pode constatar, por essa proposta, o art. 175 não está em simetria com o art. 173 – como tradicionalmente se afirma. Este dispositivo é, antes, *um texto instrumental*, que oferece ao legislador ordinário uma *técnica jurídica* apta a lidar, sobretudo, com a primeira categoria de atividades mencionada pelo art. 173, i.é, "os casos previstos nesta Constituição".

O art. 175 da Constituição

> Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.
> Parágrafo único. A lei disporá sobre:
> I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
> II - os direitos dos usuários;
> III - política tarifária;
> IV - a obrigação de manter serviço adequado.

O art. 175

1. *não aponta qualquer instância concreta de serviço público* e

2. *não formula, implícita ou explicitamente, uma definição de serviço público.*

Limita-se, em vez disso, a (i.) imputar um dever ao Estado (de prestar serviços públicos); (ii.) admitir que a execução dessa competência possa ser delegada a agentes privados por certos títulos (concessão ou permissão) e mediante certa condição (licitação); e (iii.) estabelecer as bases de uma certa *disciplina jurídica* em seu parágrafo único.

Quanto ao ponto (a.), basta uma leitura do dispositivo para ver que aí não há referência a qualquer atividade específica como serviço público.

Quanto ao ponto (b.), dizer que "incumbe ao Poder Público a prestação de serviços públicos" não é o mesmo que afirmar "serviços públicos são (todas) as atividades imputadas pelo Direito ao Poder Público." O texto impõe um dever e uma obrigação[31]; não define coisa alguma. De conseqüência, dele não se extrai a conclusão de que as atividades, por exemplo, do art. 21 ou do art. 177 sejam serviços públicos (ou que não são serviços públicos). Aliás, para a doutrina tradicional, o caso das indústrias do petróleo e do gás, que incumbem ao Poder Público, já está a demonstrar que nem tudo o

[30] Os "desvios" da regra geral nada têm a ver com a existência de eventual monopólio ou privilégio, mas apenas acentuam a especialidade da situação e o compromisso da Ordem Econômica com certos valores (cfe. supra): (i.) função social da empresa integrante da Administração Indireta; (ii.) fiscalização pelo Estado e pela Sociedade da sua atuação; (iii.) regime de contratações que assegure certos valores tais como a isonomia, lisura, competitividade, impessoalidade, etc.

[31] Questão complexa é saber se ele também instaura a *exclusividade* da titularidade. O tema toca de perto a tormentosa categoria dos serviços públicos não exclusivos.

que "incumbe ao Poder Público" é serviço público, mas esta constatação é sempre obscurecida pelo fato de que, já de início (e sem justificativa constitucional), as atividades de petróleo e gás são tidas como "imunes" ao art. 175, por tratar-se de "atividades econômicas em sentido estrito" ou "monopólios".

Em todo o caso, o *art. 175 não é uma regra de reconhecimento das atividades que devem ser tidas por serviços públicos.*

Se de definição se quer falar, tudo o que se pode dizer é que o dispositivo dá uma pista sobre quais podem ser os "candidatos" a serviço público: aquelas atividades que foram imputadas ao Estado e que, por isso, são já obrigações suas (as que, independentemente do art. 175 "incumbem ao Estado", i.e., aquelas reservadas pela Constituição (supra)). Trata-se tão-somente disto: de uma *pista*. A identificação em concreto das instâncias dos serviços públicos, *dentre as atividades imputadas pela Constituição ao Estado,* é tarefa do legislador ordinário, que a deve realizar em atenção às características empíricas da atividade (se é destinada ao público em geral ou se é elemento que integra uma cadeia produtiva), valorações de conveniência, situação do contexto de investimento etc.

Em síntese, *ser tarefa estatal é uma condição necessária mas não suficiente para ser serviço público*: *há de haver decisão legislativa sobre isso. Se todo o serviço público é de titularidade do Estado, nem toda atividade de titularidade do Estado tem de ser – apenas por força do art. 175 – serviço público.*

Em verdade, o art. 175 nada mais é - esta é a sua função primordial - do que *um instrumento oferecido pela Constituição ao legislador ordinário para que adote um certo regime jurídico para aquelas tarefas que a Constituição impõe ao Estado e em face das quais os objetivos por elas visados serão mais eficazmente alcançados com o regime estabelecido no parágrafo único, em particular a "política tarifária" e o "serviço adequado"*. Em outras palavras, o art. 175, aponta na direção de um determinado *regime jurídico,* mais denso do que aquele genérico que informa o exercício de qualquer competência pública (ainda que de modo algum completamente pronto e acabado). De forma esquemática:

a.) O serviço público[32] é remunerado por um valor controlado pelo titular da competência, i.é, por tarifa,[33] inserida no contexto de uma *política*

Com efeito, na Carta, a *tarifa* está vinculada à idéia de um *controle econômico* do Poder Público da contraprestação pecuniária associada a uma determinada atividade produtiva. Assim é no caso do art. 43 § 2º, segundo o qual "os incentivos regionais compreenderão, além de outros, na forma da lei, igualdade de *tarifas*, fretes, seguros *e outros itens de custos e preços de responsabilidade do Poder Público*". Da mesma forma, o art. 150, § 2º, ao explicitar o alcance da imunidade tributária de "patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros" (inc. VI, "a"), sugere uma distinção: "A vedação do inciso VI, "a", e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com a exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, *ou* em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário"[34]

32 Pelo menos aquele realizado por concessionário ou permissionário de serviço público.

33 Deixa-se de lado a remuneração do serviço público por taxas (art. 145, inc. II, da Constituição).

34 "Usuário", aliás, é um conceito utilizado pela Constituição em conexão com um ambiente administrativo e tem traços que o apartam, ao menos parcialmente, daquele de "consumidor".
Tomando-se outros dispositivos constitucionais e mesmo outras partes do art. 175, pode-se dizer que a marca da figura de usuário está no fato de que o serviço de que é beneficiário é uma competência pública e, por isso, (1.) encontra-se regulado

Já a referência a uma *política* nesse contexto envolve a idéia de uma positiva ordenação e predisposição dos critérios de fixação da retribuição pecuniária paga pelo usuário a um determinado fim, idéia essa que não é a mesma da lógica do *mercado*, em que os preços não cumprem *funções* (públicas) nem são *fixados* de forma autoritária, mas – em teoria – oscilam segundo critérios não propriamente finalísticos, relacionados à *oferta e à demanda*. Conversamente, e em compensação, assiste ao privado que executa por delegação o serviço público uma proteção econômica qualificada, reconhecida na *tutela da equação ou equilíbrio econômico-financeiro* do contrato de concessão, outro traço específico da figura do serviço público (delegado).

Assim como a retribuição não é deixada à discricionariedade do privado ou ao livre jogo das forças de mercado,[35] outros elementos do regime jurídico são também previamente indicados e, em certa medida, predeterminados.

b.) A obrigação fundamental do prestador de serviço público é a de oferecer "serviço adequado".

A noção de "serviço adequado" é importante para a compreensão do conceito de serviço público.

É por certo obrigação de todo e qualquer agente econômico oferecer ao mercado produtos e serviços não apenas úteis aos fins para os quais foram criados, mas também seguros (arts. 13 e 14 do CDC). Afora isso, a maior ou menor adequação do bem às necessidades dos consumidores será julgada pelo mercado, i.é, excluindo-se, no plano das transações comerciais, o "que presta" do que "não presta".

No caso dos serviços públicos, porém, essa obrigação genérica é aprofundada, de modo que não é só a contraprestação pecuniária é determinada pelo titular da competência (o Estado), mas também *os elementos que caracterizam a qualidade (e, eventualmente, a quantidade) da utilidade a ser oferecida* ("a lei disporá sobre a obrigação de manter serviço adequado"). Pode-se dizer que o conceito (a obrigação) de *serviço adequado* é a idéia regulativa do instituto de serviço público. É seu *telos* e sua justificação. É sobretudo por meio dele que as idéias gerais que informam toda e qualquer atuação estatal econômica direta assumem especificidade jurídica para este setor (serviço público), assim como, no caso do art. 173, foi por meio do conceito de "função social" da empresa pública e sociedade de economia mista.

Quanto ao elemento de conteúdo do conceito de "serviço adequado", é certo que há uma grande abertura de significado que deverá ser preenchida pelo legislador e pela Administração Pública, inclusive segundo as características técnicas de cada atividade em concreto. Em todo caso, assim como ocorre com a "tarifa", a noção é carregada de significados doutrinários e jurisprudenciais, de tal sorte que não é desarrazoado postular

---

pelo Poder Público – por meio da Lei e dos contratos de concessão ou permissão de serviços públicos, aos quais se incorporam os atos administrativos normativos – e não por ele ou por um empresário privado tendencialmente em posição de vantagem (consumidor) e (2.) possui, além do direito de obter a utilidade, uma série de direitos que decorrem do fato de estar em execução uma tarefa estatal. Além disso, parece ser categoria mais ampla do que a de "consumidor", na medida em que não confinada apenas ao ambiente econômico. Denota o sujeito que se aproveita do exercício de uma competência pública. Assim, no art. 37, § 3º vem dito que "A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública".

35 A menos que essa não seja uma determinação positiva do Estado.

que, quando o Constituinte usa a expressão, pretende referir-se a algo relativamente preciso. Recolhendo essas lições,[36] a Lei 8.987/95 dispôs de conformidade:

> Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.
> § 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.
> § 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

Avançando no elenco dos aspectos *típicos* do regime de serviço público, tem-se ainda o seguinte.

c.) o prestador de serviço público responde objetivamente pelos danos que, nessa condição, causar a terceiros (art. 37, § 6º).[37]

Contraprestação determinada pelo titular do serviço, condições existenciais da utilidade produzida e também objeto de conformação por outrem que não o agente produtor, regime especial de responsabilidade civil: esses os traços básicos do regime jurídico do serviço público estampados no art. 175 que se agregam àqueles muito genéricos, próprios de toda e qualquer competência estatal econômica, dando especificidade a essa figura jurídica.

Conjugando os elementos tratados nesta seção, pode-se dizer que serviço público é a atividade de produção e/ou circulação de bens ou serviços[38] referente a uma determinada área econômica, atribuída pela Constituição ao Poder Público, dotada, por opção do legislador ordinário, de um regime jurídico específico estampado no art. 175 – caracterizado fundamentalmente pela existência de uma "política tarifária", pela obrigação de um "serviço adequado" e pela responsabilidade civil objetiva –, cuja execução pode ser delegável a privados, por meio de específicos instrumentos que assegurem o pleno exercício da competência pública e o oferecimento do "serviço adequado ao usuário".[39]

Síntese

A esta altura, a proposta aqui formulada está completa:

---

36 A questão remete, de imediato, às famosas "leis do serviço público", elaboradas pela doutrina francesa de direito administrativo.

37 Art. 37 (...) § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (...)".

38 Economicamente apreciáveis e fruíveis pelos indivíduos singularmente.

39 O "serviço adequado" é o modo específico de ligação desta categoria jurídica com os objetivos e finalidades da República e da Ordem Econômica. Nessa qualidade, ele é uma manifestação, uma especificação das finalidades genéricas que pautam o exercício de quaisquer competências públicas e não se aplica àquelas (competências econômicas) que não forem consideradas "serviços públicos" pelo legislador ordinário. Para estas, as finalidades específicas – sempre congruentes com aquelas constitucionais – advirão de uma valoração das condições em que são prestadas, suas características e aptidões específicas.
A bem guardar, seria interessante investigar se, em razão das referências à "política tarifária", "serviço adequado" e "usuário", não estaria a Constituição a privilegiar a aplicação da figura do "serviço público" àquelas tarefas econômicas estatais que se relacionam direta e imediatamente com os destinatários finais da utilidade (o sujeito que "consome" ou "usa" a utilidade), oferecendo-lhe prestações. Aqueloutras que estão na cadeia produtiva da atividade final, conquanto tarefas públicas, não seriam "serviços públicos" na medida em que com elas o "público" não se relaciona.

0. O ponto de partida da disciplina constitucional das atividades econômicas é o art. 173; aí vem feita uma dicotomia fundamental, entre atividades reservadas ao Estado e as demais, nas quais vige o regime da livre iniciativa e onde o Estado só pode atuar legitimado por uma lei ordinária, em regime paralelo aos privados e com observância do regime jurídico de direito privado.

0. O universo das atividades reservadas é amplo e variado, sendo inclusive fragmentado desde a perspectiva normativa. A Constituição não predispôs um regime jurídico especifico e acabado para este conjunto.

0. Tudo o que delas se pode dizer é que são competências públicas de caráter administrativo e que envolvem em geral a organização de atividade empresarial, para a oferta (ao público ou a determinados agentes econômicos) de certas utilidades. Nessa medida em que "competências públicas", incide sobre elas um *minimum* normativo, caracterizado pela obrigatoriedade de exercício, irrenunciabilidade, intransferibilidade e imodificabilidade.

0. As demais atividades (i.e., as não reservadas), são preferencialmente exploradas pela iniciativa privada e nelas o Estado só pode atuar como empresário sob certas e severas condições, sem alijar os privados do mercado.

0. O art. 175 não define nem aponta "serviços públicos", mas apenas oferece ao legislador um instrumento a ser aplicado a atividades reservadas, o qual determina ulteriores elementos publicísticos no regime jurídico da atividade, tais como a remuneração por tarifa e a obrigação de oferecer "serviço adequado".

0. Desta sorte, embora todas as atividades (econômicas) reservadas sejam competências estatais (não podendo a lei ordinária realizar *depublicationes* diretas ou indiretas[40]), não são, por isso só (i.e. por ser reservadas ao Estado), "serviços públicos".

Há, por fim, um outro ponto a ser destacado, decorrente desta leitura que pretende "dissolver" a tradicional distância entre os "monopólios" e os "serviços públicos".

---

[40] Este problema é particularmente sensível no âmbito do uso que a lei ordinária vem fazendo da autorização, como já se disse.
Por sua parte, a doutrina, munida de um significado "correto" de autorização como ato de polícia que se aplica a atividades que se contêm na esfera da livre iniciativa (e que efetivamente está presente em nossa Constituição, mas no art. 170, parágrafo único) pretende "corrigir" a dicção da Constituição brasileira (que diz *competir à União prestar diretamente OU MEDIANTE ... autorização ... certos serviços*) que não se coaduna com as construções obtidas *a priori*.
Admire-se ou não o apuro da Constituição foi ela que aproximou – forçadamente, desde um ponto-de-vista teórico – a autorização de uma delegação, de modo que a diferença entre autorização e concessão há de ser refeita e buscada, agora, dentro de um gênero comum (delegação), como deverá ocorrer também em relação à concessão e permissão (contrato). O que não parece ser possível é, a título de preservar a distância teórica entre concessão e autorização, deixar de lado o texto constitucional e entender que ao usar a autorização a Constituição teria admitido a *depublicatio*, via legislador ordinário, de atividades que "competem" ao Poder Público. **A Constituição não diz "compete à União autorizar a exploração"**...
Em verdade, goste-se ou não, foi a própria Constituição que impôs uma "indevida e forçada aproximação da autorização com a técnica concessional" (ARAGÃO, Alexandre, *Direito dos serviços públicos*, cit.). Ambas as técnicas, a "concessional" e a "autorizacional" estão regidas pela mesma regra, pelo mesmo período normativo: **"compete à União explorar diretamente ou mediante autorização... e concessão"**.

Um corolário desta leitura, especialmente importante para a indústria energética: a propósito de "monopólios" e "serviços públicos'

Pelos argumentos ora desenvolvidos verifica-se *inexistir diferença essencial, a priori,* entre "serviço público" e "monopólio"; entre, por exemplo, as atividades do art. 21 e aquelas do art. 177: ambas fazem parte do gênero "competências econômicas públicas (prestacionais)". Nenhuma atividade prevista nesses dispositivos é, necessariamente, serviço público, ao mesmo tempo em que não se pode impedir *a priori*, que venha a ser . São as características econômicas, técnicas, de investimento, de "contexto", enfim, que orientarão o legislador na escolha da melhor disciplina jurídica para cada atividade.

Do ponto de vista constitucional, o que existe é uma *inegável semelhança de regime jurídico: ambas as competências públicas são exclusivas, mas delegáveis a privados por meio de contratos*.

Por outro lado, razões de ordem essencialista – especialmente invocadas por EROS GRAU em seu estudo *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*[41] −, segundo as quais os monopólios atenderiam a motivos estratégicos ou de segurança nacional, enquanto que os serviços públicos satisfariam exigências de "interdependência ou coesão social", são de difícil operacionalização, tanto em abstrato quanto em concreto. Como distinguir, adequadamente, necessidades de segurança nacional ou solicitações do interesse coletivo daquelas relativas à coesão social, por exemplo? Como dizer, *a priori,* que determinadas atividades, por definição, atendem a interesse coletivo mas não, contemporaneamente, a interesse social ? Não seria possível uma alteração *empírica* da finalidade servida pela atividade, de tal sorte que a decisão sobre ser serviço público ou atividade econômica monopolizada padeceria, então, de um irremediável casuísmo?

Na verdade, a distinção entre "monopólios" e "serviços públicos" possui raízes históricas bem marcadas que atualmente não mais existem, de modo que ela é hoje repetida mais por apego à tradição do que por exigência constitucional. A expressão "monopólio" contida no art. 177 está hoje apenas a indicar a *publicatio* da atividade e nada mais.

À classe do "monopólio" – ou "privilégio" –, foram, no passado, atribuídas as atividades que o Estado perseguia a título de *lucro,* realizadas com propósitos *fiscais* (daí também a antiga expressão "monopólios fiscais", encontradiça na doutrina mais antiga),[42] enquanto que os "serviços públicos" eram identificados com as tarefas realizadas para efetivo atendimento de interesses que hodiernamente qualificar-se-iam de *primários* (atendimento a interesse coletivo, social, imperativos de segurança nacional, dentre outros). No primeiro grupo, das *regalia minora*[43], entravam os monopólios do tabaco, do sal, dos fósforos – mais antigamente, no Brasil, da pesca das baleias, etc. No segundo, originariamente, aqueles serviços tornados necessários pelo desenvolvimento urbano, tais como distribuição de água e energia elétrica, telefonia, saneamento, à medida que o Estado ia com eles se envolvendo.

41 A Ordem Econômica, cit., passim, espec., p. 127 e segs.
42 Por exemplo, com OCTÁVIO, Rodrigo; VIANNA, Paulo, Elementos de direito público e constitucional brasileiro, Rio de Janeiro: Briguet Editores, 1927.
43 As "regalias menores" são recursos provenientes da propriedade permanente de certos bens produtivos, garantidores, de modo estável, de renda (salinas, minas, florestas, portos etc.). O texto básico, que posteriormente influenciou as Ordenações do Reino (Ordenação Afonsina, 2, 24), é Libri Feudorum 2, 56 (Quae sint regalia: potius ad fiscale ius, et proventus, quam ad ipsam supremam authoritatem et dignitatem spectant.)

Nítida era a distinção entre esses dois tipos de atividades e perfeitamente compreensível que fossem apartados também pelo regime jurídico preponderante, ainda que as acomunasse a *publicatio*.

Atualmente, em face do *presente texto constitucional* e da convicção generalizada de que o Estado não mais se faz empresário para satisfazer interesses fiscais ("interesses públicos secundários") a distinção não poderia mais ser feita nestas bases, uma vez que a Constituição, em seu art. 173, impositivamente, asseverou que *qualquer ação econômica estatal há de atender a interesses públicos*. Em outras palavras, não há espaço, na Constituição, para os *monopólios fiscais.*

Tal se verifica – e este é outro ponto que mostra o quão frágil a distinção é - facilmente atentando para o fato de que objetivos antes válidos para fundar *serviços públicos* passaram a ser exigidos em qualquer caso ("relevante interesse coletivo" e "imperativo de segurança nacional").

Dessarte, "órfã" do antigo critério para discriminar entre "monopólio" e "serviço público", mas desejosa – talvez inadvertidamente – de manter a distinção, busca a doutrina opacas diferenças *dentro do interesse público*, as quais são pouco úteis, ou mesmo falsas.[44] O artificialismo revela-se, p.ex., em face do tratamento que a

44 Um exemplo pode ilustrar o ponto.
Para EROS GRAU, a diferença entre monopólio e serviço público está no tipo de interesse público atendido: "Desejo deixar bem vincado, neste passo, o seguinte: o interesse social exige a prestação de serviço público; o relevante interesse coletivo e o imperativo da segurança nacional, o empreendimento de atividade econômica em sentido estrito pelo Estado." GRAU, A Ordem Econômica, cit., p. 133.
Em abono de sua teoria, cita o critério de CIRNE LIMA acerca do serviço público, como aplicável à Constituição de 1988: "Alcançado este ponto de minha exposição, assume efetivamente relevância a afirmação de Ruy Cirne Lima, conduzindo-nos à busca de critérios ou subsídios extraídos da Constituição 1988 que nos permitam discernir se e quando determinadas parcelas da atividade econômica em sentido amplo podem – mais do que isso, devem – ser assumidas pelo Estado como serviço público, a ele então incumbindo o dever de prover a sua prestação" (*A Ordem Econômica*, cit., p. 128). Mais adiante, reitera: "Serviço público, assim, na noção que dele podemos enunciar, é a atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição (...) como serviço existencial relativamente à Sociedade em um determinado momento histórico (Cirne Lima)."
Ocorre que, consultando a obra do administrativista gaúcho, constata-se que "existencial", para CIRNE LIMA, parece envolver, conjuntamente, aquilo que EROS GRAU separa para vincar a diferença entre "atividade econômica em sentido estrito" realizada pelo Estado e "serviço público". Leia-se um trecho de CIRNE LIMA: "Determinado, porém, que serviço público seja todo serviço existencial, relativamente à sociedade, fica, não obstante, por determinar o que há de entender-se por existencial. A condição de existencial, relativamente à sociedade, pela qual o serviço público se caracteriza, filia-lhe a noção ao conceito de utilidade pública, no qual se subsume *tudo quanto se haja por essencial ao bem do indivíduo, ao bem da coletividade e à própria sociedade*, como bem em si mesma". CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de direito administrativo*, 5ª ed., São Paulo: RT, 1982, p. 65.
Como se vê, *fosse aplicado o critério de CIRNE LIMA para a Constituição de 1988, ele antes parece contradizer do que fundamentar a construção de EROS GRAU, supostamente nele fundada, na medida em que a formulação completa de CIRNE LIMA levaria a concluir que todas as atividades do art. 173 seriam serviços públicos.*
Problema semelhante aparece na análise que o autor faz do pensamento de LEON DUGUIT, o fundador da Escola do Serviço Público. Ainda que o invoque expressamente como outro ponto de apoio de sua teoria – em outra variante de sua definição de serviço público, EROS GRAU vale-se da figura de pensamento de DUGUIT, a "coesão social" – dificilmente o Professor de Bordeaux seria de auxílio.
LEON DUGUIT não parece vislumbrar qualquer diferença *juridicamente apreciável entre uma atividade que atende a imperativo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo e outra que atende à imperativos de coesão social* (critério usado por EROS GRAU para diferenciar "serviços públicos" de "atividade econômica", quando realizada pelo Estado). Se for o caso de encontrar espaços de significação diversos, dir-se-ia que as duas primeiras indicam *espécies* da terceira, mas todas instituiriam *serviços públicos*. Na verdade, para o Professor de Bordeaux, a "interdependência social" é conceito-chave de seu sistema, que compreende e justifica *toda a organização dos poderes públicos*, quaisquer que sejam as atividades que desenvolvam (para ele são serviços públicos tanto as tradicionais atividades do Estado, como de segurança do território, interna e externa, distribuição de justiça quanto aquelas de cunho empresarial, "econômicas", quaisquer que sejam elas). Seu curioso critério para reconhecer se a atividade em questão deveria ser erigida em serviço público afetaria de igual modo as atividades que GRAU tende a separar: "S'il était besoin d'un critérium formel pour reconnaître les activités devant servir de support à

Constituição dispensou ao gás, ora "serviço público" (art. 25, § 2º), ora "atividade econômica monopolizada" (art. 177). Atenderia a mesma indústria a objetivos diferentes?

Atendo-se estritamente às informações constantes dos dispositivos constitucionais pertinentes (i.é, sem trazer para a leitura, de imediato, uma predeterminada compreensão haurida *fora dos textos*), são muito semelhantes as linhas básicas da ação estatal nos dois casos.

Em síntese, ao tomar a *competência econômica pública prestacional* como o conceito primitivo (de gênero), é possível e mesmo recomendável *ultrapassar a distinção tradicional* entre "serviço público" e "atividade econômica monopolizada", como se as atividades enquadradas em uma e em outra categoria atendessem a objetivos diferentes e fossem (necessariamente) regidas por princípios e regras diferentes.

E isto é particularmente importante para a indústria da energia, em geral: basta ser *não juirista* para verificar que, entre "petróleo" e "energia elétrica" há mais semelhanças do que entre "energia elétrica" e "portos", tradicionalmente "serviços públicos", diferentemente do petróleo, juridicamente um "monopólio".

Esta aproximação entre "monopólios" e "serviços públicos" permite falar em "indústria energética", sob a perspectiva constitucional e, mais importante, permite vislumbrar uma *política energética constitucional,* centrada na reserva de *bens* (fontes de energia) e *atividades* (processos produtivos de energia e seu oferecimento) para o Estado brasileiro. Mais precisamente, a política energética constitucional que paira por sobre a fragmentação, ao longo do texto, dos dispositivos que a conformam, ordena a disciplina jurídica da atividade em torno da *propriedade* e *competência públicas.*

Isto porém, é tema a ser abordado em outro estudo. Aqui procurou-se lançar apenas uma sua premissa.

---

l'organisation d'un service public, nous dirions qu'il se trouve dans le désordre social produit par la suspension, même pendant un temps très court, de cette activité." *Les transformations*, cit., p. 51.

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:

LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. Premissas para uma Leitura Integrada da Indústria da Energia na Constituição e para a Identificação de uma política Energética Constitucional – a Propósito dos Arts. 173 e 175 da Carta. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 23, agosto/setembro/outubro, 2010. Disponível na Internet: < http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-23-AGOSTO-2010-LUIS-GUSTAVO-LOUREIRO.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 Number*), 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:

Informação não disponível.