

REGULAMENTAÇÃO DOS SERVIÇOS

**Funções públicas,
quase-públicas e privadas****Adriano Branco**Engenheiro e consultor
e-mail: ambranco@uol.com.br

Visto como essas funções estão contempladas nas constituições federal e estadual, procuraremos estabelecer uma conceituação das funções de Estado e privadas segundo as definições clássicas e a realidade atual. Os conceitos aqui expendidos são exemplificados frequentemente com serviços da União, porque a Constituição Federal tratou com algum detalhe as empresas públicas e as concessões, ao contrário do que fez a Constituição Estadual. Contudo, os princípios, conceitos e definições são os mesmos em ambos os casos.

Um conjunto de necessidades básicas da Nação, como manter a soberania e a integridade do País, assegurar o bem-estar e a justiça sociais, respeitar a cidadania e a dignidade humana, promover a segurança e o desenvolvimento etc., geram funções do Estado que é necessário cumprir através da organização político-administrativa.¹ Por outro lado, o princípio da livre iniciativa, que orienta a organização econômica e social, dá à sociedade a oportunidade do exercício de funções no campo do trabalho, da educação, da saúde, da produção industrial, da construção civil, das artes e tantos outros que caracterizam as funções tipicamente privadas.

As funções do Estado compreendem aquelas funções públicas indelegáveis, como a segurança, a justiça etc., que caracterizam os serviços

1. Constituição Federal: 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.

Parágrafo 1º - A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.

Parágrafo 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

Parágrafo 3º - A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.



www.antp.org.br

públicos exercidos pela administração direta, estendido o conceito às autarquias, fundações e empresas públicas ou mistas de controle do Estado, cujas leis de criação (elas só podem ser criadas por lei, de acordo com a Constituição) devem estabelecer as respectivas missões. Portanto, essas empresas não são concessionárias, não possuem contrato de concessão. Incluem-se nessa tipologia aquelas destinadas à prestação dos serviços de telefonia, telegrafia, gás encanado, exploração de petróleo e demais atividades previstas na Constituição, bem como outras que foram criadas apenas para agilizar o exercício de uma função pública, como são o Geipot, a EBTU, a CDHU etc. O importante nesses casos é que os organismos que exercem as funções públicas, prestando os serviços públicos, não exorbitem de suas estritas missões, passando a realizar atividades estranhas à sua competência ou verticalizando em excesso a sua organização.

Ao lado dessas estão as funções quase-públicas, que são funções do Estado desempenhadas através da prestação de serviços de utilidade pública, que podem ser exercidos diretamente pelo poder público ou através de concessão dada a entidades de direito público ou privado, como fundações, empresas particulares ou empresas de economia mista. Estão explicitamente neste caso serviços como os de radiodifusão sonora, de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações, de energia elétrica e aproveitamento energético dos cursos d'água, de navegação aérea, de transporte de passageiros etc., e implicitamente outros como os de águas e esgotos, coleta de lixo etc.

Quando empresas de economia mista com controle acionário do Estado exercem serviços de utilidades pública, elas o fazem praticamente como delegação do Estado, configurando-se aí uma concessão, mas que dispensaria a prévia licitação pública. E essa delegação poderia ser feita inclusive de uma esfera de governo a outra, da de maior amplitude à de menor e vice-versa. Por exemplo, a empresa estadual de energia elétrica exerce uma função federal que deve ser objeto de uma concessão; mas a empresa federal de transportes ferroviários metropolitanos em São Paulo ou no Rio de Janeiro está exercendo uma função do Estado, portanto a ela concedida, por hipótese, pelo governo estadual; a empresa estadual que produz o transporte metroviário no Rio de Janeiro, por hipótese, exerce aquele serviço de utilidade pública por concessão do Município, a quem compete, constitucionalmente, organizar e prestar os serviços públicos de interesse local.

As relações do Estado e da sociedade com a empresa pública serão reguladas por lei, segundo a Constituição Federal. Deveriam caminhar na mesma direção também as relações da empresa estatal (economia mista) dedicada a serviços públicos com o Estado controlador acionário. De qualquer forma, poderão (e deverão) ser minuciosamente

reguladas as relações entre a empresa estatal (pública ou mista controlada pelo Estado) e o poder público, em contrato específico, sempre garantindo o respeito à missão da empresa, definida em lei específica. Essa visão das empresas públicas e estatais pressupõe um controle de tais empresas pelos respectivos poderes legislativos que as hajam autorizado, muito mais amplo do que até hoje ocorreu, se é que ocorreu. Por exemplo, será inadmissível que o detentor da maioria das ações promova, em assembléia geral, a mudança dos chamados objetivos sociais da empresa, sem consulta ao Legislativo, ao contrário do que hoje ocorre.

As distinções feitas até aqui não estão explicitadas na Constituição Federal, havendo sugestões no sentido de que venham a fazer parte da lei que regulamentará o artigo 175. Por outro lado, há dúvidas quanto ao seu alcance sobre os serviços de utilidade pública estaduais e municipais, que poderiam ter regras próprias locais. Seria conveniente, numa primeira fase, pelo menos, que houvesse regras gerais unificadas e o inciso XXVII, do artigo 22,² talvez permita interpretar que a normalização do artigo 175 alcance efetivamente estados e municípios. De qualquer maneira, deverá a lei estadual ser bastante precisa quanto aos conceitos antes estabelecidos.

As funções privadas são aquelas que a iniciativa particular pode exercer livremente, seja porque não se referem a atividades essenciais para a população, seja porque, mesmo sendo essenciais, como no caso da saúde e da educação, não se configura a exigência do monopólio ou da exclusividade, quer por razões técnicas ou por outra qualquer.

Anhaia Mello associava esses dois requisitos - a essencialidade e o monopólio - para identificar os serviços de utilidade pública. Mas defendia, como todos os tratadistas da matéria até recentemente, que a melhor forma de exercer um serviço de utilidade pública seria através de monopólios ou exclusividades parciais, a fim de evitar a duplicação de instalações, onerosa ou até impossível em certos casos, por razões tecnológicas.

Entretanto, algumas virtudes gerenciais da concorrência vêm fazendo com que se defenda hoje a prestação de alguns serviços de utilidade pública através de “competição regulamentada”, como são os casos da navegação aérea e da distribuição do GLP engarrafado.

Mas há a considerar, ainda, a existência de serviços essenciais, como o ensino e a assistência médica (para não falar da alimentação) que, tidos como dever do Estado, são livres à iniciativa privada.

2. Constituição Federal: Art. 22 - Compete privativamente à União legislar sobre:

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo e empresas sob seu controle.



www.antp.org.br

De uma maneira geral, então, pode-se admitir que serviços de interesse coletivo escapam da livre iniciativa quando devam ser exercidos com algum tipo de exclusividade. Nesse caso, se convertem em serviços de utilidade pública, passíveis de concessão a particulares, com regulamentação e fiscalização, mas mantido sempre o conceito de que se trata de uma função do Estado.

O Estado, porém, está com alguma frequência presente no domínio da iniciativa privada, seja quando assume algum empreendimento particular para se ressarcir de dívidas contraídas ou para evitar um caos social, seja quando, por razões estratégicas, pretende imprimir uma nova dinâmica a um setor importante do desenvolvimento (caso da siderurgia, por exemplo), seja quando verticaliza as suas atividades próprias competindo com a iniciativa privada desnecessariamente (fabrica postes nas empresas de eletricidade; produz dormentes nas ferrovias; executa transportes nas empresas de saneamento ou telefonia; fabrica ônibus nas empresas de transportes, e assim por diante). Nesse caso, cabe reduzir ou mesmo eliminar essa presença excessiva do Estado no domínio da livre iniciativa, quer para não investir recursos financeiros e humanos onde não precisa, quer para não cometer o erro do paternalismo para com a empresa privada que precisa enfrentar os riscos inerentes à sua iniciativa e à livre competição.