

Aspectos Constitucionais das Empresas de Serviço Público

OCÉLIO DE MEDEIROS

I — EXPLICAÇÃO DO PROBLEMA — COMPLEXIDADE DE FORMAS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO E SERVIÇO PRIVADO

EM se tratando dos aspectos constitucionais dos Serviços de Utilidade Pública no Brasil deve-se ter em vista, precipuamente, o complexo problema da regulamentação desses serviços, além da natureza e classificação dos mesmos, em face da experiência brasileira.

Impõe-se, ainda, considerar a experiência nacional, em face dos diplomas anteriores, bem como dos dispositivos da Constituição de 18 de setembro de 1946, tanto os que especificamente se referem aos serviços públicos explorados mediante concessão como os que, mais direta ou indiretamente, interessam a esses serviços e a outros tipos de utilidades públicas.

Necessário se torna, portanto, promover, inicialmente, a um levantamento na Administração Brasileira, no tocante às formas objetivas de prestação de serviço público, e a uma análise do Texto Constitucional, com o objetivo de destacar aqueles dispositivos.

Diante dessa explicação do problema, definem-se etapas de investigação e estudos, adiante seguidas, para tratamento mais objetivo das disposições específicas sobre o regime concessionário.

II — FORMAS DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

Elementarmente se tem considerado que a administração, através da qual o serviço público é prestado pelo Estado, compreende entidades que se enquadram em duas grandes classes: *Administração direta* (unidades administrativas do Governo, diretamente subordinadas e enquadradas num sistema de hierarquia de órgãos de direção) e *Administração indiretas* (entes com características peculiares que as distinguem das unidades administrativas do governo, como autarquias e entidades para-estatais, que possuem personalidade jurídica de Direito Público, capacidade de auto-administração, suficiência financeira e mais liberdade de atribuições na esfera de seus interesses e objetivos).

O Serviço Público, porém, não se exgota nessas formas elementares de administração direta e indireta. Nem tampouco se expande através das for-

mas complementares de *arrendamento* (O Serviço Público que envolve patrimônio do Estado e que é outorgado ao particular para que preste o serviço de modo lucrativo, pondo em funcionamento esse patrimônio, mediante condições especiais de gerência e exploração) e *concessão* (o serviço público prestado por empresa privada, com patrimônio privado, reversível ou não, mas sujeito ao interesse público sob condições de regulamentação e controle especial da parte do Estado, mediante cláusulas contratuais, obrigações e deveres de ambas as partes).

Os autores, em geral, admitem como formas clássicas de prestação de serviço público a administração direta, a administração indireta, a concessão e o arrendamento.

Após debates e informações doutrinárias em torno do Serviço Público, podemos estabelecer os seguintes enunciados, tendo particularmente em vista os princípios políticos da estruturação do Estado Brasileiro:

a) Há Serviço Público e há Serviço Privado, da mesma maneira como há pessoa de direito público e pessoa de direito privado. A natureza da pessoa, entretanto, não se caracteriza, concomitantemente, pela natureza do Serviço prestado.

b) Há características de distinção entre Serviço Público e Serviço Privado. Essas características, porém, não obedecem a padrões rígidos, pois há Serviço Público com características de Serviço Privado como Serviço Privado com características de Serviço Público.

c) Na conceituação do Serviço Público é preciso considerar não só a natureza do Serviço como a do órgão que presta esse serviço. Há órgãos públicos que prestam tantos serviços públicos como os que podem ser considerados como tradicionalmente privados. Enfim, há órgãos privados que, além de prestarem serviços privados, prestam também serviços tradicionalmente considerados como públicos.

d) O conceito de Serviço Público não encontra limites exclusivos na doutrina jurídica e administrativa. Está em função do pensamento das épocas, das concepções do Estado e das ideologias políticas dos Governos. Antes de qualquer conceituação de Serviço Público impõe-se a abstração das doutrinas, sendo necessário analisar, fundamentalmente, tanto a estrutura estatal, como o sistema administrativo do Governo ou o regime governamental da Administração, sob os princípios políticos que orientam a organização das nações em determinada época.

e) No decorrer dos últimos vinte e cinco anos, os conceitos clássicos de Serviço Público, no Brasil, não só têm sofrido evolução, como resultado do crescente grau de interferência estatal nos domínios tradicionais da economia privada, como até mesmo perversão.

f) Na prestação dos Serviços Públicos, é preciso ter em vista não só as formas como os próprios regimes que se exprimem nas condições especiais em que o serviço é prestado por essas formas. Dentre esses regimes, tem tomado impulso, nos últimos anos, o da cooperação internacional e o da assistência técnica mediante contratos ou acordos.

g) No setor da administração indireta do Estado, a proliferação das autarquias e das chamadas entidades para-estatais, institutos de personalidade

jurídica de Direito Público mas de artificiosa distinção, criou um sistema administrativo cuja expansão, demonstrando o transbordo das funções estatais muito além dos limites clássicos da ação do Poder Público, se torna cada vez mais desenvolvida e complexa. A caracterização desses entes, que compreendem as mais diversas classes e os mais variados tipos conforme as suas finalidades existenciais, vai além de padrões jurídicos e administrativos consagrados pela doutrina, podendo-se admitir que os mesmos se revestem de inovações criadas pelo próprio Direito Positivo do Brasil.

h) No estudo do Serviço Público, existe uma terminologia complexa, ainda por sistematizar, e onde os termos requerem conceitos próprios, na conformidade do ramo da Ciência de que são objetos.

i) Através de todas as discussões, tanto em torno do conceito de Serviço Público como das formas de prestação, verificamos que o Serviço Público ultrapassa o enquadramento propriamente administrativo do Governo e dá lugar a diversas expressões de sentido controvertido e complexo no Direito Brasileiro. No estudo da prestação do Serviço Público no Brasil, enunciam-se vários itens que estão ainda por serem sistematizados em classes, como os seguintes:

I — No Estado Brasileiro, o Serviço Público, tanto resultante da pletoia e da interferência do Governo, como da interferente cooperação competitiva da própria iniciativa privada, se manifesta através de um sistema crescente e complexo, cuja nomenclatura desafia ainda sérias pesquisas de sistematização.

II — No interesse de servir a essas pesquisas, relacionamos a seguir diversas expressões, de conceito controvertido e sentido complexo, que exprimem formas de prestação de Serviço Público.

III — Nesse relacionamento, tivemos em vista uma simples enumeração de pessoas, quer de direito Público quer de Direito Privado, que se votam à prestação do Serviço Público, sem nenhuma preocupação de estabelecer grupos ou classes, bem como de eliminar sinonímias. São as seguintes:

a) *Administração Direta* — Órgãos de Administração e do Governo. Unidades Administrativas do Governo da União, dos Estados, dos Municípios, dos Territórios, dos Distritos, Ministérios, Departamentos, Serviços, Seções, Comissões Especiais. Diretorias. Divisões. Secretarias.

b) *Administração Indireta* — Autarquias. Entidades Para-Estatais. Autarquias Territoriais econômicas, culturais, sociais, financeiras e de outros tipos. Entes autônomos. "Authorites". Institutos.

c) *Administrações Diretas com funcionamento de Administração Indireta*. Unidades de características Mista: Administrações Territoriais.

d) *Administrações Delegadas*.

e) *Sociedades de Economia Mista*. Preponderância de Capitais Públicos. Preponderância de Capitais Privados.

f) *Estatização*. Monopólios Legais. "Regies". Serviços de Patrimônio Estatal. Empresas Incorporadas.

g) *Nacionalização*. Nacionalização de capitais. Nacionalização de Empresas.

- h) Municipalização. "Municipal Ownership". "Municipal operation". Socialização Municipal.
- i) Serviços Públicos socializados.
- j) Fundações. Fundações Públicas. Fundações Privadas. Fundações Mistas.
- k) Cooperativas. Cooperativas Públicas. Cooperativas Privadas. Cooperativas Mistas (Vêr Decreto-lei n.º 5.893, de 19-10-943).
- l) Arrendamentos. Arrandamentos de Empresa. Arrendamentos de Serviços.
- m) Serviços Públicos resultantes de acórdos e contratos de Locação. Serviços Inter-Estaduais. Serviços Internacionais. Contratos de Assistência Técnica.
- n) Sociedades de Utilidade Pública. Associação de classe. Sindicatos.
- o) Concessões. Serviços Públicos concedidos. Serviços Públicos de Exploração Lucrativa. Utilidades Públicas (Public Utilities). Serviços de Utilidade Pública.
- p) "Franchises". Licenças. Autorizações de operação e funcionamento.
- q) Bancos de Organização Especial. Bancos com participação de impostos e taxas. Bancos de crédito cooperativo. Bancos de Desenvolvimento Econômico.
- r) Entidades mantidas pelo comércio e pela Indústria para a prestação de Serviço Público.
- s) Empresas privadas de comércio e indústria, não sob contrôle especial, mas sob regulamentação legal. Empresas públicas competitivas e concorrentes.

Esses itens se referem, em geral, a espécies que se classificam em gêneros. São individualizações que, em alguns casos, constituem simples fases nas formas de prestações. A caracterização de cada um desses itens, entretanto, oferece conceitos que constituem campos de tratamento específico e que ultrapassam à espera do próprio Direito.

Em qualquer empresa, há propósitos e processos que podem ser tanto de natureza pública como privada. Quanto mais existir predominância de propósitos e processos de natureza pública, mais de interesse público são os serviços prestados. Nos Serviços de Utilidade Pública, por isto mesmo, os propósitos e processos são predominantemente públicos, em comparação com os propósitos e processos de empresa privada que possuem.

III — A POSIÇÃO DOS GOVERNOS FEDERAL, ESTADUAL, MUNICIPAL, TERRITORIAL E DISTRITAL EM FACE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS

O que caracteriza, fundamentalmente, o Estado Federal, é a coexistência, que se expressa na União indissolúvel, de entidades político-administrativas, representadas por áreas geográficas que, apesar de serem partes do todo, possuem limitado poder de auto-organização, auto-governo e auto-administração, de direito ou de fato, com esferas próprias de competência, no seu ajustamento à ordem constitucional.

Não há, propriamente, Estado Federal, sob a concepção de um modelo rígido, mas sim Estados Federais, isto é, situações de organização estatal que independem de formas governamentais e variam de país para país, de povo para povo, de época para época, conforme as condições existenciais de cada nação. Há tipos de Estado, evidentemente, e o Estado Federal é um desses tipos, mas sob diversas modalidades e características.

Na conformidade do art. 1.º da Constituição de 18 de Setembro de 1946, ao tratar da organização Federal, pode-se considerar que a Federação e a República foram interpretados como um efeito dos Estados Unidos do Brasil. Isto é, Estados pre-existentes à Constituição, Unidos, deliberaram *manter*, sob o regime representativo, a Federação (tipo estatal) e a República (forma governamental).

Aos mais autorizados comentadores da Constituição de 18 de Setembro de 1946 tem escapado uma análise mais objetiva desse dispositivo. Nessa análise, é preciso ter em vista não apenas a Ciência Política, com sua doutrina jurídica, suas classificações teóricas e seus modelos estatais consagrados. É necessário, ainda, e sobretudo, objetivar a realidade brasileira, a base sociológica da formação nacional, experiências, reações e tendências do povo através da ação organizacional das forças que o representam.

“A União”, conforme o § 1.º do art. 1.º da Constituição, “Compreende, além dos Estados” (isto é, entidades federativas, federais ou federadas básicas), “o Distrito Federal e os Territórios” (partes complementares e existenciais dessa União).

Desdobrando-se o mencionado parágrafo, verificaremos:

a) A União em si, como expressão do todo, integrando-se das partes ou membros que a compreendem, integrando-as (Estados, Distrito Federal, Territórios).

b) Os Estados. “Cada Estado”, conforme estatui o art. 18, “Se regerá pela Constituição e pelas Leis que adotar, observadas os princípios estabelecidos” na Constituição. Na observância desses princípios. — Os Estados coexistem na estrutura federativa brasileira, constituindo-se, organizando-se, governando-se e administrando-se a si mesmo pelo exercício dos seus próprios poderes, nos quais se incluem os residuais que lhes são reservados: — “Todos os poderes que, implícita ou explicitamente, não lhes sejam vedados” pela Constituição.

c) O Distrito Federal, que é a Capital ou sede da União. Segundo o art 26, “O Distrito Federal será administrado por um Prefeito, de nomeação do Presidente da República, e terá Câmara, eleita pelo povo, com funções legislativas”. Sua organização administrativa e judiciária, porém, será regulada por Lei Federal (art. 25).

d) Os Territórios, entidades constitutivas da União, e que, como o Distrito Federal, têm a sua organização administrativa e judiciária regulada por Lei Federal, na forma do que dispõe o artigo 25 da Constituição. Ao contrário, porém, do que ocorre com o Distrito Federal, as nomeações dos Governadores dos Territórios Federais, feitos pelo Presidente da República, não dependem de aprovação do Senado. Por outro lado, também ao contrário do

Distrito Federal, não possuem os Territórios, Câmaras eleitas pelo povo, com funções legislativas.

Como vemos, cada tipo de unidade político-administrativa, constitutiva da União, possui um sistema diferente de competência.

Além do mais, mesmo que, num plano de igualdade, as unidades do mesmo tipo, como os Estados por exemplo, possuam indistintamente a mesma soma de poderes, as competências são maiores ou menores conforme as próprias condições regionais de cada um. E' o caso, por exemplo, de Estados que possuem rios interiores, que não ultrapassam os limites das fronteiras estaduais, muito poucos aliás. Ocorrendo, nesses rios, possibilidades de potencial hidro-elétrico para aproveitamento em serviço público concedidos, a Lei Federal deverá prever uma competência mais larga para essas entidades, no que diz respeito ao regime concessionário.

Há a considerar, ademais, o problema dos Municípios, que coexistem autônomoamente nas áreas dos Estados e, com uma organização de fato diferente, na área dos Territórios.

A autonomia dos Municípios, segundo preceitua o artigo 28, será assegurada fundamentalmente pela eleição do Prefeito e dos vereadores (inciso I), pela administração própria, no que concerne ao seu peculiar interesse (inciso II); e, especialmente, (a) pela decretação e arrecadação dos tributos de sua competência e decretação de suas rendas, bem como (b) pela organização dos serviços públicos locais. Deixando de lado a situação anômala e contraditória, de fato, dos Municípios Territoriais, observamos que há Municípios Estaduais que não possuem os mesmos limites gerais de autonomia, o que vale dizer, de capacidade de auto-organização e auto-governo pelo exercício de uma esfera própria de competência, dependendo de condições geográficas (estâncias hidro-minerais, bases militares ou portos militares, segurança nacional, defesa externa).

Se a Lei "Deverá dispor sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, certamente não poderá deixar de lado esse complexo problema de competência exclusiva, supletiva ou concorrente, além da própria natureza das empresas, que podem ser federais, territoriais, distritais, estaduais ou municipais, tanto pela sua localização nas áreas dessas entidades como também pelo vínculo jurídico de competência do poder concedente.

O Estado Federal, conforme o tipo brasileiro, supõe a existência de direitos locais diversos, como expressão positiva do exercício de um limite de competência. Isto vale reconhecer que, além do Direito Federal ou Central, que decorre da União, existe o Direito Local, conforme o nível de governo de onde emanar e que possui características próprias de classe. Daí o Direito Distrital, o Direito Territorial, e Direito Estadual e o Direito Municipal como tipos de Direito Local, resultantes da manifestação jurídica de competências exclusivas, supletivas e concorrentes, exprimindo uma órbita de poder.

A maioria dos Municípios Brasileiros, é bem verdade, pouco terá a ver com regimes concessionários de serviços públicos, em virtude de condições incapazes de atrair os investimentos das empresas privadas. São municípios precários, de pouca densidade, inexpressiva concentração de populações ur-

banas, capacidade tributária restrita e nível de consumo reduzido. São municípios que, sob o impacto de fatores sócio-econômicos, são fatalmente levados a municipalizar os seus serviços públicos, financiando-os e administrando-os nos limites de suas escassas possibilidades técnicas e financeiras.

Mas além desses municípios, em sua maioria rurais, há os grandes Municípios, como os de São Paulo, Santos, Salvador, Pôrto Alegre, Recife e outras capitais, onde empresas privadas encontram condições favoráveis a concorrer para a obtenção de concessões de serviço público de várias espécies.

Acresce, ainda, que geograficamente circunvizinhos desses grandes conglomerados urbanos, pode ocorrer a existência de municípios ou distritos rurais aos quais possam ser estendidos os serviços públicos da concessão, sem nenhum conflito de competência. Além da hipótese do agrupamento de municípios para resolver problemas concessionários de serviços públicos de interesse comum, há outros que precisam ser considerados, como os de sobras de energia, criação de subestações, extensão de linhas e custos marginais.

A posição dos Governos Federal, Territorial, Distrital, Estadual e Municipal consiste, portanto numa obra de coordenação de competências, na Lei Federal que disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos.

IV — AS FONTES JURÍDICAS DA REGULAMENTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE UTILIDADE PÚBLICA

A expressão “Regulamentação dos Serviços de Utilidade Pública” possui um sentido amplo e envolvente.

A própria palavra “regulamentação”, no “Direito Brasileiro”, ainda não possui um conceito definido. E’ até mesmo tida, por alguns, como imprópria. Dada a imprecisão linguística, há quem prefira o termo “regulação”, de velho emprego nas referências jurídico-administrativas.

Na verdade, “regulamentação” não significa, apenas, “regimentação”. Não exprime também a idéia de uma simples interferência do Estado no domínio privado da Economia. Vai muito além, por traduzir, acima de tudo, a existência de um controle todo especial sobre as empresas de utilidade pública. Seu sentido supera a própria regulamentação que o Estado exerce de diferentes maneiras, como indiscutível manifestação de seu poder de Polícia, nos diversos setores da economia privada, prevenindo abusos; dispondo sobre sistemas de abastecimento em épocas de escassês de produção e consumo; estabelecendo atividades públicas comerciais e industriais de caráter competitivo ou concorrente; tentando o nivelamento dos preços; fixando preços mínimos ou de teto; ou ainda influyendo, quer indireta quer diretamente, na Lei da oferta e da procura.

Regulamentação é todo um sistema, legal e administrativo, consubstanciando-se de processos e propósitos, e que, por visar a objetivos definidos, expressa um controle especial que o Estado exerce até mesmo na vida íntima das utilidades públicas, tendo particularmente em vista suas próprias funções e finalidades.

Nos Estados Unidos da América, em cuja Constituição se inscrevem apenas as linhas mestras da estrutura e do funcionamento do Estado, visando mais os princípios fundamentais da organização federalista do que as minúcias jurídicas dos direitos individuais e coletivos, o problema da regulamentação das utilidades públicas encontrou suas fontes históricas nas decisões da Corte Suprema. A simples legislação não bastava, por ter sido arguida, de início, como atentatória à livre empresa, afetando assim os direitos privados, sobretudo no tocante à propriedade. Teve a Corte Suprema, em diversas oportunidades, de estabelecer limites a esses direitos, principalmente em se tratando de propriedade de "interesse público" como os das utilidades públicas. Realmente das decisões da Corte Suprema é que o problema da regulamentação foi ganhando etapas históricas e decisivas.

No Brasil, o caso tem tido diferente, destacadamente a partir de 1930. As próprias Constituições, a partir dessa época passaram a inscrever em seu texto dispositivos expressos, de modo que as fontes da regulamentação dos Serviços de Utilidade Pública passaram a ser *constitucionais*, não *judiciais*, a despeito da existência de substanciais decisões judiciais e pareceres sobre o problema, no regime da primeira Constituição Republicana, que se caracterizava por omissões e silêncios segundo as concepções ideológicas da implantação da República.

Não sendo nosso objetivo promover a investigações de História Constitucional, consideramos apenas, nesse particular, o diploma de 1946.

Antes, porém, de tratarmos do assunto, julgamos da máxima importância recapitular o trabalho da Assembléia Constituinte, quando debateu a parte do Ante-Projeto da Constituição referente aos serviços públicos concedidos e os princípios fundamentais da elaboração tarifária.

V — ALGUNS ASPECTOS DOS DEBATES DA ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE SOBRE OS SERVIÇOS PÚBLICOS EXPLORADOS MEDIANTE CONCESSÃO

O Desembargador José Duarte, (1) na sua obra de exegese dos Textos constitucionais à luz dos trabalhos da Assembléia Constituinte, reuniu importantíssimo material sobre o art. 151, facilitando a sua interpretação em virtude de expor, de maneira concreta, todos os principais elementos que influíram na redação definitiva do dispositivo. Seu estudo parte do ante-projeto, constante do art. 8.º e seu parágrafo único, assim originariamente redigido:

"Art. 8.º As empresas concessionárias de serviço público federais, estaduais ou municipais deverão constituir com maioria de brasileiros a sua administração ou delegar a brasileiros todos os poderes de gerência.

Parágrafo único. A Lei Federal regulará a fiscalização e revisão das tarifas dos serviços públicos explorados por concessão para que, no interesse coletivo, a retribuição do capital não impeça a expansão e melhoramentos dos serviços. A lei se aplicará às concessões feitas no regime anterior de tarifas estipuladas para todo o tempo de duração do contrato".

O objetivo primordial da regulamentação tinha em vista, originariamente, a nacionalização das empresas concessionárias. Muitas das emendas apresentadas tinham também esse objetivo.

O eminente jurisconsulto citado elaborou um sério trabalho de análise das emendas, conforme as discussões que o projeto sofreu na Comissão Constitucional.

Essas emendas foram da autoria de Ataliba Nogueira e Costa Neto (modificativa) e Caires de Brito (substitutiva).

As discussões se processaram por partes: em primeiro lugar, o texto do artigo e, por último, do parágrafo.

Defendendo a emenda substitutiva — “A Lei regulará a nacionalização das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais ou municipais” — Caires de Brito, demonstrou a conveniência da nacionalização das empresas cujos serviços foram reputados essenciais à segurança do país.

Na discussão do parágrafo único, com as emendas Costa Neto e Ataliba Nogueira, ressaltou Aliomar Baleeiro a influência da Constituição de 1934 na redação do dispositivo, tratando mais objetivamente da parte referente a tarifas, as quais, segundo o representante baiano, deveriam ser calculadas “à base do custo histórico”.

Com respeito a esse problema, o Desembargador José Duarte resumiu, do modo a seguir, a exposição de Aliomar Baleeiro:

“A finalidade desse dispositivo, tanto na Constituição de 1934, quanto na de 1937, onde o preceito é análogo, e, ainda, no anteprojeto, é, estabelecer a regulamentação efetiva dos serviços públicos, isto é, que essas tarifas sejam, realmente, o justo preço de um serviço e não fonte de locupletamento para as empresas, garantida, sempre, a eficiência dos serviços. Isto, porém, com o desenvolvimento moderno, dos serviços de utilidade pública, traz problemas de tal complexidade, tão sérios, que nos obrigam a criar os órgãos técnicos adequados a esse fim. Hoje, as empresas de serviços públicos tem tal desenvolvimento, abrangem interesses tamanhos, compreendem circunscrições geográficas tão diversas, abraçam tal número de pessoas e jogam com tais capitais, que se diz, com muita razão, que são, hoje, o problema mais sério das democracias. Isto porque essas empresas, nas grandes potências, tendem a formar os chamados *holdings* ou seja a concentração piramidal das empresas. Este fato, observado há cerca de quarenta anos, vem empolgando os estudos de direito administrativo e representando um dos problemas mais importantes do nosso tempo. Mesmo para nós, brasileiros, diz ele, existe já o problema, porque as empresas de eletricidade, sabemos estarem tôdas sob o guante de um *holding* nacional, que as superintende ou controla, por sua vez ligado a um grupo norte-americano ou canadense, que, também, a seu turno, se filia ao sistema de “United Bonds & Shares Co.”

Um dos maiores problemas no trato das empresas de serviços públicos é o do cálculo das tarifas. As empresas, tendem, sempre, a sustentar o critério do custo de reposição atual, isto é, as tarifas devem permitir, como base para o cálculo da remuneração ao seu capital, o que teriam de dispendir se tivessem de adquirir, no momento, todo o seu maquinário, tôdas as suas instalações, todos os seus bens e serviços.

A isto se opõe a doutrina mais abalizada de que a tarifa deve ser calculada pelo custo histórico. A empresa declara quanto inverteu nas instalações dessas máquinas, e como deve ter uma conta de amortização, o valor de seus bens, tanto para efeito do cálculo de remuneração do capital, quanto para a reversão e encampação, há de basear-se no que inverteu, efetivamente, menos a desvalorização.

Este o conceito do custo histórico, que se opõe ao de reposição atual. Nos Estados Unidos, depois de Roosevelt, o assunto vem sendo resolvido da maneira que explicou". (2)

As discussões, em torno do parágrafo único, regrediram por diversas vezes às maneiras como o problema foi tratado nas Constituições anteriores (1934 e 1937). Por fim, foi votada a emenda Costa Neto ("A Lei regulará a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, a fim de que os lucros dos concessionários, não excedendo à justa remuneração do capital, lhes permita atender as necessidades do melhoramento e expansão daqueles serviços").

Nos debates em torno desse assunto, confrontaram-se os argumentos favoráveis, de um lado, ao custo histórico, e, outro, ao custo de reprodução, em face da expressão "justa remuneração do capital", constante do texto aprovado. Diversas emendas surgiram, valendo ressaltar as de Negreiros Falcão e Carlos Prestes.

Vieira de Melo, ao pedir destaque para a emenda Carlos Prestes, suscitou o problema da "justa remuneração de capital", frase arguida de imprecisão.

Resumindo a opinião do legislador constituinte, o Desembargador José Duarte, relatou o seguinte:

"Agora a "justa remuneração do capital". Que Capital? E' uma interpretação. Que é justo valor atual das instalações de uma companhia concessionária de serviços públicos? E' outra interpretação. Precisamente, aqui está o segredo da questão. Não adianta o legislador constituinte estabelecer que as tarifas sejam fixadas, tendo em vista a justa remuneração do capital, se não determinar qual o critério para a avaliação desse Capital".

As discussões que se processaram, em destaque de certas emendas, que por fim foram rejeitadas, submeteram os serviços públicos concedidos ao debate mais amplo possível, não só quanto ao custo histórico e o de reprodução, como ainda quanto à nacionalização, à estatização e ao monopólio.

VI — O ARTIGO 151 DA CONSTITUIÇÃO DE 18 DE SETEMBRO DE 1946

A Constituição, no seu artigo 151, do título V, Da Ordem econômica e social, estatui que "a Lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais".

Evidentemente, a Lei prevista, no caso, terá de ser federal. Deverá ser uma Lei orgânica, ou mesmo um código, de sentido amplo, com definição de princípios e amoldada à interpretação e à aplicação dos diversos preceitos inscritos no texto constitucional, aplicáveis aos serviços públicos concedidos.

O dispositivo citado, entretanto, possui um sentido restrito. Refere-se apenas ao regime das empresas concessionárias, excluindo portanto utilidades públicas que prestam serviços sob outras formas, além da concessão e da administração indireta. Isto é, excluiu empresas de serviço público de administração indireta, sociedades de economia mista, companhias estatizadas e municipalizadas que prestam ou podem prestar os mesmos serviços que são objeto de concessão e que representam ou podem representar empreendimentos ou utilidades públicas diversas como energia e luz, transportes coletivos, gás, água, comunicações e outros. Embora excluídas dos objetivos expressos do artigo essas formas de serviço público, desde que devidamente caracterizadas e definidas, podem ser objeto de um capítulo ou título especial na referida Lei ou Código, em virtude de sua natureza, relações jurídico-administrativas e funções no domínio social e econômico, além dos problemas competitivos.

A expressão “regime das empresas” possui uma significação bastante ampla. “Regime” se refere tanto a “status” como a normas diversas em variados setores da vida das empresas: sua origem, suas finalidades ou objetivos; sua organização e localização; sua estrutura e funcionamento; suas funções e controle de execução; enfim, a todas as condições contratuais, desde a definição de sua natureza às formas de adequado controle da justa retribuição dos investimentos, pelo pagamento de tarifas razoáveis, tanto a fim de que o lucro não seja tão alto como também não seja tão baixo de modo a não permitir a justa retribuição ou implicar na deficiência dos serviços em prejuízo do público e do Estado. Nesse regime, há uma série de responsabilidades e obrigações tanto da parte das empresas como do público e do Estado representado pelos diversos níveis de governo, e que precisam ser definidas.

O dispositivo também se refere expressamente a empresas “federais”, “estaduais” e “municipais”. Não quer isto dizer que as empresas sejam desses governos, porque são concessionárias e constituem a pessoas jurídicas de Direito Privado. O artigo, com essas referências expressas, teve com vista o problema do direito de controle da parte dos níveis de governo e, sobretudo, das áreas, ou melhor, das circunscrições ou esferas de competência, em que as empresas se situam ou operam. Nessas áreas, há ainda os Territórios, nos quais se integram municípios e distrito, e o Distrito Federal, que sendo diferente do Estado e do Município e sem ser o Governo Federal, representa, como os Territórios, uma área especial, uma esfera “sui-generis” de competência na estrutura federal.

A Lei preconizada, que poderá ser um código, não deverá deixar de atender, portanto, ao problema da separação e da redistribuição de competências, respeitando prerrogativas jurídicas e conveniências de descentralização administrativa. Por isto mesmo, não poderá excluir a legislação supletiva ou complementar, tanto em face das disposições expressas nesse sentido como ainda das de competências implícita e explícita, incursionando na zona dos chamados poderes residuais. Problemas dessa natureza e magnitude interessam à própria estruturação legal do sistema federativo, estabelecida na Constituição através de normas gerais, cuja suplementação tanto pode depender de legislação complementar como de decisões judiciais em casos de conflito.

Aspecto fundamental da elaboração dessa Lei ou Código se consubstancia na necessidade do estabelecimento administrativo do órgão da natureza mais aconselhável (Departamento, Superintendência, Serviço Auxiliar, Comissão, Conselho) ou sistema de órgãos — para executar as disposições regulamentadoras das empresas, aplicando-as efetivamente. A simples existência de dispositivos orgânicos ou a mera sistematização de artigos com objetivos especiais a que ficariam sujeitas as empresas, não bastariam para a melhor eficácia do recomendável controle do Estado. Uma simples Lei, sem a existência dos instrumentos administrativos destinados a aplicá-la, terá quase que os mesmos efeitos dos contratos de concessão, nos quais também se consubstanciam deveres e obrigações, quer da parte do Estado quer da parte das empresas. Sobre esses aspectos administrativos trataremos em outra oportunidade. Apenas enunciamos aqui o problema da imperiosidade da existência de instrumentos administrativos, sem opinar pela sua natureza, destinados a aplicar, fiscalizar e controlar a Lei ou Código que “disporá sobre o regime das empresas concessionárias”, supervisionando-as, coordenando-as horizontalmente ou superintendendo-as, conforme é nosso ponto de vista a respeito.

O problema da regulamentação dos Serviços de Utilidade Pública, no Brasil, já não consiste no simples reconhecimento de sua necessidade. Já é objeto de disposições estatuídas. Depende apenas de melhor sistematização das Leis esparsas existentes e promover a uma revisão, que poderá implicar em reestruturação, readaptação ou mesmo extinção de órgãos administrativos que, em diferentes níveis de governo, tratam especificamente do assunto. E', finalmente, problema de melhor efetivação dos dispositivos constitucionais.

Com efeito, a situação presente é a seguinte:

a) existem, no Brasil, várias empresas ou poderosos grupos de empresas que prestam serviço público, sob as mais variadas formas;

b) além dessas empresas ou grupos existentes, comprova-se a possibilidade de surgirem novos empreendimentos, sob o impacto de fatores como o desenvolvimento econômico nacional, o crescimento da população, a expansão industrial, o progresso tecnológico, o aumento crescente das aglomerações urbanas em comparação com os índices das populações rurais, a elevação da renda nacional e a necessidade de mais serviços e mais produtos pelas exigências de progresso das coletividades brasileiras;

c) sobre os serviços de utilidade pública, principalmente os que operam em regime de concessão, já existem normas contratuais e legais consagradas, bem como uma legislação esparsa e destinada a certos setores específicos;

d) paralelamente a essa legislação, existem ainda diversos órgãos administrativos nos diferentes níveis de governo que direta ou indiretamente se manifestam em setores específicos dos serviços de utilidade Pública;

e) Além dessas Leis, normas, e órgãos, há dispositivos constitucionais posteriores à sua existência e que carecem de interpretação e complementação legislativa, dispositivos esses que tanto visam diretamente os Serviços de Utilidade Pública como aos mesmos interessam mais particularmente, por lhes serem implicitamente aplicáveis.

Diante desse quadro de realidades que caracterizam a existência de *um* dos maiores problemas brasileiros, tem havido tentativas pioneiras de solução parcial que implicam, em última análise, na regulamentação dos serviços de utilidade pública, ao influxo sobretudo da necessidade de dar eficácia a preceitos consagrados na Constituição de 18 de setembro de 1946.

Já existe, no Congresso Nacional, um projeto de regulamentação parcial, abrangendo exclusivamente as empresas concessionárias de energia elétrica.

Por outro lado, o Conselho Nacional de Economia, a quem incumbe, na forma da Constituição, “estudar a vida econômica do país e sugerir ao Poder competente as medidas que considerar necessárias” (§ 2.º do artigo 205), tratou também do assunto, elaborando um projeto sobre energia elétrica.

A par desse projeto do Conselho Nacional de Economia, existem ainda sugestões e estudos, tanto da parte de órgãos especializados como de técnicos interessados no problema.

Dêse modo, a realidade tem sido esta: a regulamentação dos serviços públicos, isto é, dos serviços de utilidade pública, tem sido encarada apenas parcialmente, através de estudos e projetos que visam somente as empresas de maior importância e que se votam a determinado ramo. Ainda não se teve em vista uma solução total e definitiva, capaz de dar mais efetividade aos dispositivos constitucionais. Não se cogitou, ainda, mais efetivamente, de uma reestruturação dos órgãos especializados, de modo a encontrar uma solução administrativa mais consentânea com a realidade brasileira e com as necessidades de desenvolvimento dos serviços de utilidade pública, em face das exigências nacionais de progresso. Caberia ao Poder Público tomar a iniciativa das providências nesse sentido, através da instituição, tanto da esfera do Poder Executivo quanto na do Legislativo, de comissões especiais de estudos, inquéritos, levantamentos e pesquisas e que apresentassem, como resultados: desses trabalhos iniciais, as formulações legais e administrativas recomendáveis para o caso brasileiro.

VII — LEVANTAMENTO DOS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS, DE INTERESSE DIRETO OU INDIRETO DAS EMPRESAS DE SERVIÇO PÚBLICO

No estudo dos Serviços Públicos, principalmente dos prestados em regime de concessão, imperioso se torna investigar os diversos aspectos constitucionais, em face dos variados dispositivos do texto da Lei Maior e que se relacionam a diferentes ramos do Direito Positivo Brasileiro. Nessa investigação, abstraímos os serviços públicos de administração direta, que se ligam aos fins clássicos do Estado e às funções tradicionais do Governo.

Da análise a que procedemos, à luz dos dispositivos, verificamos que os aspectos constitucionais do problema, pela sua natureza e amplitude, favorecem a existência de uma regulamentação geral, ainda por fazer, e que depende de Leis orgânicas complementares, a serem atualizadas e mesmo codificadas. Essa regulamentação, cedo ou tarde, terá de ser feita, apesar de envolverem problemas que, embora sendo objeto de princípios constitucionais,

ainda dependem da definição da atitude política do governo e da orientação legal da Administração.

Com efeito, há na Constituição artigos que objetivam específica e expressamente os serviços públicos prestados mediante regime de concessão. Mas, além desses dispositivos, há ainda outro que implícita ou explicitamente afetam esses serviços. Por outro lado, observa-se a existência de preceitos que se referem expressa, implícita ou explicitamente a serviços públicos prestados por outras formas, como a indireta, a por delegação, por arrendamento, por atos administrativos, de onde resultam empresas, com personalidade jurídica de Direito Privado, sujeitas as mais diversas e contraditórias conceituações.

Qualquer obra de regulamentação ou mesmo de codificação dos dispositivos de regulamentação e controle especial de empresas que prestam serviços públicos, além dos órgãos da administração direta do Estado, encontrará na Constituição minúcias já consagradas, em dispositivos especiais.

Evidentemente, dada a diversidade dos preceitos estatuídos, as iniciativas pioneiras de legislação complementar serão inicialmente esparsas e se condicionarão a atitudes que o Estado venha a tomar, em cada caso específico. São problemas variados, complexos e ingentes, que requerem tratamento específico, em cada situação definida capaz de provocar a reação construtiva do Poder Público.

Não é nosso objetivo apontar soluções e rumos, mas tão somente promover a um levantamento dos dispositivos que mais de perto interessam ao problema da regulamentação, ainda sujeita a debates e interpretações.

Nossa Constituição, evidentemente, pecou por excesso de discriminação. Parece que teve o legislador constituinte a preocupação de prolongar-lhe a vida, em face dos exemplos que implicaram, no decurso da face republicana, em movimentos de subversão que culminaram em derrogação de Constituições anacrônicas ou que apenas satisfizeram a necessidades momentâneas da vida nacional. Mas antecipou-se demais, principalmente no domínio da ordem social e econômica pela adoção de medidas que, por um lado, de natureza capitalista são contraditórias no regime socialista ou, por outro lado, de natureza socialista são contraditórias ao regime capitalista. Sob esse aspecto, quis evidentemente o legislador constituinte tentar conciliar, na Lei Maior, velho conflito entre os Direitos do Indivíduo e os direitos do Estado.

Dêsse modo, um governo que se implante com objetivos capitalistas ou outro que se instaure com propósitos socialistas, conforme o momento eleitoral da vida brasileira, poderá manipular a Constituição e adaptações de princípios políticos e econômico-sociais estacionários ou avançados.

Não pôde o Estado deter o surto intervencionista que se vem processando a partir de 1930 e, por isto mesmo, não poderá regredir às formas do liberalismo em que a iniciativa individual possuía maior campo de expansão. Os problemas constitucionais brasileiros, por isto mesmo, em face da realidade sociológica e política, constituem eminentemente problemas de necessidade de conciliação jurídica de direitos individuais e sociais. Diante dessa necessidade de conciliação, teve o governo de limitar, recentemente, órbitas de iniciativa, fixando as próprias coordenadas do poder de intervenção no domínio econômico (Lei n.º 1.522, de 26 de dezembro de 1951).

Após essas considerações de cunho interpretativo das conveniências objetivada pela Constituição na ordem social e econômica, passemos a investigar o texto, tendo em vista isolar, por um trabalho de levantamento, aqueles dispositivos que mais interessam, expressa, implícita ou explicitamente, as empresas públicas e privadas que prestam serviço público, além das unidades de administração direta e indireta.

Já tivemos oportunidade de tratar, exaustivamente, em outras páginas, sobre o serviço Público no campo doutrinário, tanto realizando investigações em torno de conceitos como promovendo análises sobre as principais formas clássicas de prestação.

O problema da caracterização do Serviço Público, em nosso país, não pode ser considerado apenas sob o ângulo da filosofia jurídica, através das doutrinas. Tem de ser precipiamente examinado à luz das condições e conveniências nacionais, em face da interpretação de dispositivos expressos da Lei Maior.

Minuciosa análise deve ser inicialmente feita no tocante à competência da União, definida pelo art. 5.º e seus incisos e alíneas, do Título I, da Organização Federal, e Capítulo I, Disposições preliminares. Na delimitação dessa competência, há dispositivos que interessam particularmente às empresas de serviço público.

Na conformidade desse artigo, o poder regulamentador da União sobre certas atividades indiscutivelmente privadas é taxativo, em casos especificamente determinados. A produção de material bélico, por exemplo, depende de autorização especial e o seu comércio é objeto de fiscalização (inciso VI). Evidentemente, não se trata de serviço público, mas de produção e comércio nos quais a União possui um interesse direto, por motivos substanciais de segurança.

No inciso VIII, há a consubstanciação de um monopólio estatal que se refere a cunhar e emitir moeda. Antigamente, sobretudo no tempo colonial, essa atividade também pertencia a empresa privada. Qualquer ourives podia cunhar moedas de ouro e prata, que entravam em circulação, desde que possuissem as características de peso e forma adotada pelo Governo. O monopólio da cuhagem de moeda ainda não é total. Se considerarmos a moeda não apenas como metálica mas também como moeda papel verificaremos que a sua produção é também feita mediante contrato com empresas estrangeiras.

A instituição de Bancos de Emissão (inciso VIII) é também da competência da União, a quem incumbe fiscalizar as operações de crédito, de capitalização e seguro (inciso IX). No que diz respeito a Bancos de emissão, a instituição pode ser feita mediante simples autorização, como realmente acontece, pois ainda não possuímos uma Lei de Organização bancária capaz de estabelecer melhor sistema, constituído de um Banco Central do Governo Federal e seus ramos. O Banco do Brasil S. A., que é uma sociedade de economia mista, apenas exerce funções *de fato* de Banco Central.

Quanto ao plano nacional de viação, nos seus diversos setores, compete à União apenas estabelecê-lo (inciso X). Isso significa que serviços públicos de viação tanto prestados pelo Estado como por empresas privadas, devem sujeitar-se a esse plano, submetendo as operações e o funcionamento às nor-

mas e projetos adotados. A empresa privada pode se interessar não apenas na construção mediante contrato, mas ainda exploração lucrativa, mediante concessão de serviços públicos de viação, des que se enquadrem no plano nacional: *Turnpikes, Park-ways, Freeways, auto-estradas, ferrovias, rodovias, pontes etc.*

Monopólio caracteristicamente estatal do serviço público observa-se com a manutenção, de competência da União, do serviço postal e do correio aéreo nacional (inciso XI).

Pode a União, ainda, monopolizar outros serviços públicos, que lhe compete explorar diretamente. Não sendo de sua vantagem e conveniência explorar dêsse modo êsses serviços, pode fazê-lo mediante autorização ou concessão. São os serviços, geralmente concorrentes e competitivos, de telégrafos, rádio-comunicações, rádio-difusão, telefones inter-estaduais e internacionais, navegação aérea, vias-férreas que liguem portos marítimos a fronteiras nacionais ou transponham os limites de um Estado (inciso XII).

Na interpretação dêsse dispositivo, a exploração direta, por parte da União, nem sempre poderá implicar em monopólio público, pela natureza concorrente e competitiva de muitos dos Serviços de Utilidade Pública acima mencionados.

O Legislador Constituinte não se ateve, ao elaborar o inciso, a questões de terminologia, essencial aos fundamentos jurídicos dos serviços de utilidade pública.

Com efeito, o estudo do inciso revela formas incompletas e imprecisas de prestação de serviço, pois a exploração dos mesmos pode-se fazer da seguinte maneira:

- a) diretamente ou
- b) mediante autorização
- c) ou concessão.

Exploração direta, exploração mediante autorização e exploração mediante concessão são figuras distintas, porém incompletas.

Além da exploração direta, que se fará pela administração como qualquer órgão, há ainda a administração indireta (autarquias, entidades para-estatais), e que não é a mesma coisa que mediante autorização ou concessão.

Administração indireta supõe a existência de entidades com personalidade jurídica de Direito Público, resultantes da *surmenage* administrativa do Estado.

Autorização é um simples ato, como o é também a licença, omitida no dispositivo.

Concessão é figura mais importante, implicando em contrato, conforme anteriormente expomos.

Outra parte de Serviços Públicos, que é da competência da União organizar, refere-se à "defesa permanente contra os efeitos da seca, das endemias rurais e das inundações" (inciso XIII). Essa organização envolve áreas, níveis de governo e problemas de prestação de serviços públicos sob as mais variadas formas: por administração direta, por administração indireta, por

delegação, mediante concessão, licença, autorização etc. A competência de organizar não implica necessariamente na obrigação da prestação direta dos serviços.

Ainda no artigo 5.º configura-se a definição de uma área legislativa da competência federal, na qual, em alguns casos, não se exclui a legislação estadual supletiva ou complementar (inciso XV e suas alíneas, em inteligência com o art. 6.º). Essa área legislativa, de competência privada da União ou com a legislação local suplementar, interessa, em alguns casos, de modo particular, à prestação, sob diversas formas, do serviço público, como sejam:

I — Produção e consumo (sem excluir a legislação local supletiva). Serviços de Utilidade Pública são empresas que fornecem produtos-serviços destinados ao consumo público.

II — Desapropriação (competência do Governo Federal). Além do "eminent dominion", a desapropriação, nos serviços de utilidade pública, tem oferecido problemas da mais alta significação, relativos tanto às necessidades da empresa como às do próprio Estado.

III — Regime de portos e navegação de cabotagem. Há serviços de utilidade pública especificamente interessados nesse regime. Há ainda problemas de monopólio (estatal, público, legal etc.) ligados à navegação de cabotagem.

IV — Tráfego interestadual (sem excluir a legislação local supletiva).

V — Riqueza do sub-solo, mineração, metalúrgica, águas, energia elétrica, (sem excluir a legislação local supletiva). Sobre esses assuntos, de especial interesse para determinados serviços de utilidade pública, a legislação brasileira está se desenvolvendo cada vez mais, dando lugar a formação de ramos especializados de Direito. Um centro de interesse ainda novo, dependente de maiores investigações, liga-se aos minerais atômicos, sua exploração e utilização, nos serviços de utilidade pública, principalmente aos que produzem energia para diversos fins.

VI — Imigração e colonização. Esses problemas, em si mesmos, são de tratamento específico. Mas há empresas de imigração e colonização, nacionais e estrangeiras, que se interessam por determinadas áreas e em privilégios de serviços públicos, que podem constituir a base econômica dos empreendimentos coloniais. Colônias Nacionais, Colônias Agrícolas, Colônias de Fronteiras, Fundações como a Brasil Central e outras modalidades de empreendimentos associados aos problemas de imigração e colonização, quase sempre ampliam as suas finalidades básicas em operações que envolvem as mais variadas formas de prestação de serviços públicos.

Através da análise da Constituição, verificamos que ainda os seguintes dispositivos interessam, direta ou indiretamente, os serviços de utilidade pública:

I — Inciso III do art. 15.º (impostos da competência da União sobre lubrificantes e combustíveis, minerais e energia elétrica (imposto único));

II — Inciso IV do art. 15 (rendas e proventos de qualquer natureza). Em serviços de utilidade pública organizados com capital estrangeiro, há, ge-

ralmente, uma dupla tributação da renda: No país de origem dos capitais e no país em que esses capitais operam, afetando assim as tarifas e a justa retribuição dos capitais investidos.

III — Inciso V do art. 15 (transferência de fundos para o Exterior). Definem-se aí problemas especiais ligados a investimentos, retorno de capital, remessa de dividendos, divisas, etc.

IV — Alínea b do art. 28 (organização dos serviços públicos locais como elemento assecuratório da autonomia municipal). Problemas de municipalização dos serviços.

V — Art. 31, vedando à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios lançar impostos sobre bens, rendas e serviços uns dos outros, sem prejuízo da tributação dos serviços públicos concedidos;

VI — Parágrafo único do art. 31, pelo qual “os serviços públicos concedidos não gozam de isenção tributária, salvo quando competente ou quando a União a instituir em Lei especial, relativamente aos próprios serviços, tendo em vista o interesse comum”;

VII — Artigo 34 (bens da União: lagos e quaisquer correntes de água em terrenos do seu domínio ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro etc.);

VIII — Artigo 35 (bens dos Estados: lagos e rios em terrenos do seu domínio e os que têm nascente e foz no território estadual);

IX — Alínea b, do inciso I, do art. 48 (proibição de Deputados e Senadores, desde a expedição dos diplomas, de aceitar nem exercer comissão ou emprego remunerado “em empresa concessionária de serviço público”;

X — Inciso IX do art. 65 (atribuição ao Poder Legislativo de legislar sobre bens do domínio federal etc.);

XI — Art. 77 (competência do Tribunal de Contas para julgar as contas dos responsáveis por dinheiros e outros bens públicos, e as dos administradores das entidades autárquicas). (inciso II) (e julgar da legalidade dos contratos (inciso III), (parágrafos 1.º, 2.º e 3.º). A competência do Tribunal de Contas cada vez mais se amplia no tocante a pessoas, quer públicas quer privadas, que têm a seu cargo a prestação de serviços públicos;

XII — Inciso VII do art. 87 (competência privada do Presidente da República para celebrar tratados e convenções internacionais *ad referendum* do Congresso Nacional). Há casos de prestação e formas de exploração de serviços públicos que dependem de tratados e convenções além de contratos especiais, como sejam os do aproveitamento hidro-elétrico e distribuição de energia em zonas de fronteira, ferrovias internacionais, comunicações internacionais e outros, abrangendo países diferentes.

XIII — Parágrafo 10 do art. 141, pelo qual se declara que “os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal”. Poderão as associações religiosas, entretanto, manter cemitérios particulares, na forma da Lei. Parágrafo 16 do art. 141, que garante o direito de propriedade, “salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social mediante prévia e justa indenização em dinheiro”.

O resto do dispositivo trata do assunto especial da desapropriação, em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina.

XIV — Parágrafo 34 do art. 141, excluindo a tarifa aduaneira da obrigação de ser cobrada em cada exercício sem prévia autorização orçamentária.

XV — Parágrafo 38 do art. 141, que define a natureza de cada cidadão como parte legítima “para pleitear a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, dos Estados, dos municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista”.

XVI — Art. 145: Organização da ordem econômica conforme os princípios da justiça social, de modo a conciliar “a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano”.

XVII — Art. 146: Facultando a União o poder de intervir, mediante Lei especial, no domínio econômico. Faculta ainda esse dispositivo o poder de monopolizar determinada indústria ou atividade, mas “a intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais” assegurados na Constituição.

XVIII — Art. 147, condicionando o uso da propriedade ao bem estar social;

XIX — Art. 148: repressão a toda e qualquer forma de abuso do poder econômico. O abuso desse poder se refere especificamente a esses objetivos: domínio dos mercados nacionais e aumento arbitrário de lucros. Quanto ao aspecto formal, esse abuso se caracteriza também nas Uniões ou agrupamentos de empresas, individuais ou sociais, “seja qual for a sua natureza”.

XX — Art. 151: obrigatoriamente da disposição, por leis, sobre o “regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais;

XXI — Parágrafo único do art. 151. Nesse parágrafo, consubstanciam-se diferentes modalidades de regulamentação dos serviços explorados por concessão, como sejam:

- a) determinação da fiscalização;
- b) determinação implícita, nessa fiscalização, da revisão das tarifas;
- c) a determinação da fiscalização, nesse sentido, deverá ser feita “a fim de que os lucros concessionários não exceda a justa remuneração do capital”;
- d) e que esses lucros, desse modo, permitam às empresas “atender a necessidade de melhoramentos e expansão desses serviços” explorados por concessão;
- e) A Lei será aplicada às concessões feitas no regime anterior, isto é, antes da Constituição de 18 de setembro de 1946;
- f) essa aplicação objetivará ainda as concessões “de tarifas estipuladas para todo o tempo de duração do contrato”;

XXII — Art. 152: O reconhecimento, como propriedade distinta da do solo, das minas e de mais riquezas do sub-solo, para efeito de exploração ou aproveitamento industrial;

XXIII — Art. 153: Condicionamento do aproveitamento dos recursos minerais e de energia hidráulica à obrigatoriedade da autorização ou concessão federal na forma da Lei. O termo concessão, nesse dispositivo, parece não envolver o sentido contratual da palavra ligada à prestação de serviço público, de vez que especificamente se relaciona ao “aproveitamento”.

XXIV — Nos parágrafos desse art. 153, as palavras “autorizações” e “concessões”, no plural como são empregadas, parecem exprimir atos do governo federal, não contratos com a amplitude de sentido em que se enquadram as concessões clássicas de serviços. “Autorizações ou concessões”, estatui o parágrafo 1.º: “Serão conferidos exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no país, assegurada ao proprietário do solo preferência para exploração”. No parágrafo 2.º estatui-se que “não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento de energia hidráulica de potência reduzida”. Tudo indica, portanto, que as palavras “autorização” e “concessão” possuem, em face desses dispositivos, o mesmo sentido de ato administrativo, observando-se uma impropriedade de terminologia.

XXV — Parágrafo 3.º do art. 153. Nesse parágrafo, admite-se a atribuição, aos Estados, do poder de “autorização” ou “conceder” o aproveitamento dos recursos minerais, não apenas de promover esse aproveitamento, desde que satisfaçam as exigências legais e, entre essas, “possuírem os necessários serviços técnicos e administrativos”.

XXVI — Parágrafo 4.º do art. 153. Trata-se apenas de prover o auxílio, pela União aos Estados, em casos de interesse geral indicados por Lei, para a realização de estudos “referentes às águas termo-minerais, de aplicação medicinal e no aparelhamento das estâncias destinadas ao uso delas. Serviços ligados ao aproveitamento dessas águas e funcionamento das empresas na exploração e distribuição desses recursos podem possuir o “status” de Serviços de Utilidade Pública.

XXVII — Art. 155 e seu parágrafo único. Dispõem sobre a nacionalização, não estatização, da “navegação de cabotagem para o transporte de mercadorias”. Salvo em casos de necessidade pública, esse serviço é privativo dos navios nacionais. Proprietários, armadores e comandantes e dois terços, pelo menos, dos tripulantes dos navios nacionais, devem ser obrigatoriamente brasileiros.

XXVIII — Parágrafo 2.º do art. 156. Sobre alienação ou concessão de terras públicas, o que não poderá ser feito sem prévia autorização do Senado Federal, desde que a área seja superior a 10 mil hectares.

XXIX — Inciso IV do art. 157. Dispõe sobre “a participação objetiva e direta do trabalhador nos lucros da empresa, nos termos e pela forma que a Lei determinar”.

XXX — Inciso XI do art. 157. Dispõe sobre a “fixação das percentagens de empregados brasileiros nos serviços públicos dados em concessão e nos estabelecimentos de determinados ramos do comércio e da indústria”;

XXXI — Art. 160. Veda a propriedade de empresas jornalísticas assim como as de rádio-difusão, a sociedades anônimas por ações ao portador e estrangeiros.

XXXII — Inciso III do art. 168. Obrigatoriedade das empresas industriais, comerciais e agrícolas, em que trabalhem mais de 100 pessoas, de “manter ensino primário gratuito para os seus servidores e filhos destes”;

XXXIII — Inciso IV do art. 168. Obrigatoriedade das empresas, industriais e comerciais, de ministrar “aprendizagem aos seus trabalhadores menores, pela forma que a Lei estabelecer, respeitando os direitos dos professores”;

XXXIV — Incisos I, II e III do art. 180, segundos os quais não se permitirá nas zonas indispensáveis à defesa do país, sem prévio assentimento do Conselho de Segurança Nacional:

a) “Qualquer ato referente a concessão de terras, a abertura de vias de comunicação e a instalação de meios de transmissão”;

b) “A construção de pontes e estradas inter-nacionais”;

c) “O estabelecimento ou exploração de quaisquer indústrias que interessem à segurança do país”. Esse inciso é complementado pelos parágrafos 1.º e 2.º dos mesmos, principalmente sobre a parte de nacionalização, quase total de capitais e trabalhadores;

XXXV — Parágrafo 3.º do art. 181. Sobre obrigatoriedade de prova de alistamento, de ser reservista ou estar isento do serviço militar a qualquer brasileiro, como condições para exercer função pública ou ocupar emprego em entidade autárquica, sociedades de economia mista ou empresa concessionária de serviço público;

XXXVI — Artigo 198 e parágrafos 1.º e 2.º e artigo 199 e seu parágrafo único sobre planificação em regiões do país (plano de defesa contra os efeitos da seca do nordeste e plano de valorização econômica da Amazônia). Na execução desses planos, para os quais são atribuídos recursos resultantes de percentagem definidas da renda tributária nacional, verifica-se a manifestação de serviços públicos propriamente ditos e serviços de utilidade pública sob a mais variada forma de prestação);

XXXVII — Inciso V do art. 209. Dispõe sobre a intervenção nas empresas de serviços públicos, pelo Presidente da República, durante o Estado de sítio.

VII — CONCLUSÃO

A rigorosa análise do texto da Constituição, da maneira como até aqui foi feita com o objetivo de levantamento de dispositivos aplicáveis aos serviços de utilidade pública, serve também para acentuar, por um lado, a existência de disposições, que são de natureza constitucional apenas porque figuram na Constituição, mas que melhor se enquadrariam em leis complementares, orgânicas ou especiais. Por outro lado, comprova-se que o Estado, além de poder interferir com a maior amplitude de ação possível no domínio econômico, imiscui-se constitucionalmente na própria vida íntima das empresas, tanto coibindo excessos de lucro como restringindo as operações de gerência privada pela imposição de medidas que amoldou o exercício das funções administrativas às normas de trabalho, formação de capitais, condições de em-

prêgo e prestação obrigatória de serviços que se excluem dos objetivos existenciais das organizações.

O resultado é que muitos desses dispositivos ainda não encontraram aplicabilidade prática, continuam apenas a figurar no Texto, como se fossem simples recomendações, conforme acontece, por exemplo, com a mudança da Capital Federal, cujo artigo tem passado de Constituição, para Constituição, de regime para regime, sem nenhuma efetivação real.

Além do mais, principalmente no tocante aos serviços públicos explorados sob sistema de concessão, a aplicação de alguns, dispositivos implicará fatalmente em revisões tarifárias, como a transferência das responsabilidades de certos ônus e obrigações ao próprio público consumidor de produtos-serviços.

Finalmente, por nos referirmos às concessões, estabelecemos os seguintes enunciados que servem de elementos de caracterização e distinção em face do Direito Brasileiro, tendo em vista as variadas formas de prestação do Serviço Público:

a) Tradicionalmente se tem considerado, no Brasil, como Serviço Público:

1.º) o que é prestado, direta ou indiretamente, pelo Estado (União, Estado-membro, Território, Município, Distrito);

2.º) o que é objeto de concessão, arrendamento, e outras formas;

b) Nesse último caso, o Serviço Público é prestado por pessoas jurídicas de Direito Privado, convindo acentuar que, em se tratando de concessão, o Serviço Público é objeto de empresas ou grupos de empresas geralmente monopolísticas ou com características de monopólios legais;

c) A par dessas modalidades clássicas, concessão e arrendamento, o Serviço Público é também prestado por pessoas jurídicas de direito privado, sob outras formas legais, como resultantes de atos, de licenças e autorizações especiais;

d) Mas além dessas pessoas jurídicas de Direito Privado, há outras que prestam Serviço Público perfeitamente caracterizado;

e) Não é, portanto, a forma de prestação que caracteriza o Serviço como de natureza pública;

f) Dêse modo, o Serviço Público não é uma criatura de ato ou contrato, pouco interessando, como elemento de caracterização, a forma jurídica ou administrativa pelo qual é prestado;

g) O serviço público é, além de tudo, uma criatura de *Status*;

h) Sendo embora difícil estabelecer rigorosamente os limites de distinção entre o Serviço Público Privado, e apesar de ser mais fácil distinguir a pessoa jurídica de Direito Público do Direito Privado segundo as normas legais, — o Serviço Público se manifesta por elementos evidentes que lhe imprimem esse “status”;

i) A regulamentação, portanto, ou melhor, o controle especial do Estado, deve se manifestar além das formas tradicionais de intervenção, de modo

a envolver tôdas as pessoas jurídicas que prestam atividades caracteristicamente inerentes ao "status" de serviço público;

j) Ao Estado assiste o direito de regulamentar tôdas as atividades reconhecidamente como públicas ou privadas. Mas em se tratando de Serviços com "status" público, não basta apenas essa regulamentação que decorre fundamentalmente do Poder de Polícia. E' necessário, ainda, o exercício de um controle especial inerente às manifestações da soberania e no interesse das coletividades, de modo a conciliar os direitos do indivíduo com os direitos do Estado.

k) A Constituição, mesmo vagamente, tratou dessa conciliação, consubstanciando dispositivos que, pela sua própria natureza, já representam normas especiais de regulamentação e controle.

SUMMARY

A close analysis of the Constitution reveals the existence of provisions that are constitutional only because they are embodied in the Constitution, although they should rather be the object of complementary legislation. Such analysis also evidences that the State, besides interfering in the field of Economy, with the widest possible freedom of action, involves itself in the internal life of the business corporations, either prohibiting excessive profit or restricting the operations of private management, through measures which impose the performance of administrative acts in accordance with certain norms regulating labour, capital formation, employment conditions and compulsory carrying out of services not comprised within the purpose of such business corporations.

Consequently, a great many of those provisions have not been applied as yet, being included in the Constitution as if they were but mere recommendations, viz., that which deals with the changing of the Federal Capital to the hinterland. Moreover, especially with respect to public services entrusted to concessionary companies, the application of certain provisions such as, for example, the transfer of some charges and obligations to the of the services, would necessarily imply tariff revision.

We have made the following statements as regards concessions, which may help as characterizing elements in the Brazilian law, having in view the different kinds of public services:

a) *It has been traditionally considered as public services, in Brazil; (1) those which are direct or indirectly performed by the State (Federal Union, State, Territory, Municipality, District); (2) those which may be the object of concessions, renting, etc.).*

b) *In the second alternative, public service is performed by juridical persons of private law. It should be emphasized that, in case of concessions, public service is the object of companies or groups of companies, generally monopolistic in nature, or having the characteristics of legal monopolies.*

c) *Besides those classical types, concession and renting, public service is also performed by juridical persons of private law, under some other legal forms. It results from acts, licences and special authorizations.*

d) *Side by side with those juridical persons of private law, others exist which perform perfectly characterized public service.*

e) *It is not the manner of performing the service which characterizes it as public.*

f) *Public service, therefore, is not a creation of an act or contract, and it matters little, as a characterizing element, the nature of the juridical or administrative law through which it is performed.*

g) *Public service is, moreover, the creation of a status.*

h) *Although being difficult to establish a clear dividing line between public and private service, as it is easier to distinguish between juridical persons of public law from those of private law, according to legal norms, public service expresses itself through obvious elements which lend it its status.*

i) *Consequently, regulatory activities, or better, the special controls exercised by the State, must possess other types different from the traditional intervention, in order to comprise every juridical person that perform any activity characteristically inherent to the status of public service.*

j) *The State has the right to regulate every activity recognized either as public or private. Yet as regards services having public status, such regulation, which derives fundamentally from the police power of the State, is not sufficient. The exercise of a special control derives from the manifestations of sovereignty, is also necessary in the interest of society, in order to reconcile the individual rights and the rights of the State.*

k) *The Constitution, although not expressly, has dealt with such reconciling, for it embodies provisions which, by their very nature, actually are special norms of regulation and control.*

A vitalização da vida municipal entre nós será mais fruto de idéias e atitudes, que de providências imediatas, embora estas últimas jamais devam ficar à margem. Esta afirmação vale como uma preliminar básica, um fundamento sobre o qual deverá repousar a já vitoriosa, mas, ainda, muito necessitada campanha municipalista brasileira.

LUCIANO F. MESQUITA, *O Desenvolvimento Nacional e o Município — Diretrizes e Bases da Operação Município.*