

SERVIÇOS DE UTILIDADE PÚBLICA

THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI
Procurador da República no D. F.

A importância que vão tomando de dia a dia as questões relativas aos serviços públicos, especialmente os serviços de utilidade pública, exige um debate largo em torno dos seus principais problemas, para que se possa, de acordo com a experiência de outros povos, criar uma doutrina brasileira, em que se considerem os aspectos políticos e econômicos do problema.

Falamos em doutrina brasileira porque cada povo tem as suas peculiaridades locais, os seus problemas econômicos e financeiros.

A formação da doutrina jurídica está necessariamente condicionada a essas premissas, porque, tendo a norma jurídica apenas uma ação disciplinadora das relações sociais, mas de consequências vitais para a sociedade, não seria possível isolar o problema jurídico dos demais fatores sobre os quais se articulam todas as atividades dos homens: sociais, econômicos, financeiros, políticos, etc.

O desenvolvimento dos serviços de utilidade pública se vem processando, nesses últimos decênios, com uma grande intensidade, em virtude não somente do aperfeiçoamento industrial e da descoberta de novos processos técnicos, mas também em virtude de tendências sociais que visam aumentar o conforto do povo; e, neste ponto, a palavra socialização são perfeitamente bem. Basta verificar-se a data em que foi introduzido o aproveitamento intensivo do gás, da eletricidade sob todas as suas modalidades (luz, energia, telefone, novos meios de condução etc.) para daí deduzir-se a importância dos aperfeiçoamentos técnicos sobre a formação de outras instituições jurídicas e a transformação operada em consequência da sua aplicação intensiva para fins de utilidade pública.

Com este desenvolvimento também se foi operando a dilatação do conceito de utilidade pública, ou melhor, da aplicação dos mesmos processos e das mesmas utilidades, para fins coletivos. O professor Bielsa, dentro de uma determinação tradicional das finalidades do Estado, chegou a denominar alguns desses serviços de "serviços públicos impróprios", certamente para não dilatar demasiadamente a intervenção normal do Estado. Mas o fato concreto, a realidade, é que, próprio ou impróprio, todo serviço que possa ter um fim coletivo e que exija para a sua exploração a apropriação individual de grandes capitais, está destinado a ser considerado um serviço de utilidade pública.

Seria, entretanto, temeridade dar aos serviços de utilidade pública uma definição mais rigorosa.

Em princípio, todo serviço de utilidade pública está a cargo do Estado. Nem seria admissível considerar como tal um serviço que fôsse estranho à intervenção ou regulamentação do poder público.

Processa-se, no entanto, em torno da sua exploração, uma descentralização em virtude da qual tais serviços são outorgados a particulares ou a entidades autônomas que os exploram por delegação do próprio Estado. As primeiras formas de que se reveste a execução desses serviços são:

- a) por administração direta do Estado;
- b) por meio de concessão a um particular;
- c) por meio de entidades descentralizadas, criadas pelo Estado, mas com personalidade jurídica e autonomia administrativa;
- d) por meio de sociedades mixtas em que o Estado participa com os particulares na exploração do serviço.

Qualquer que seja, porém, a forma de execução do serviço ou a entidade que o explora, deve-se considerar sempre a sua finalidade específica, que é a utilidade pública, servir à coletividade, fornecendo por preço de custo a utilidade a todos, sem escolher consumidores.

Evidentemente que esta situação peculiar do fornecedor requer uma disciplina imposta pelo Estado, por meio de normas regulamentares que dizem com a maneira e as condições em que o serviço deve ser explorado (organização e direção das empresas, prazo de exploração, relação com o Estado, tarifas, etc.).

Esta regulamentação é particularmente importante quando se trata de concessão, porque o concessionário age sempre por uma delegação do poder público que continua entretanto como fiador perante o público.

A atividade particular baseia-se principalmente no lucro, enquanto que, no serviço público, ou de utilidade pública, deve-se ter a preocupação precípua do conforto, do benefício público e portanto de tarifas acessíveis à bolsa de todos os consumidores. Entre os dois termos extremos do problema — a ganância, o lucro excessivo, a exploração do consumidor de um lado e, de outro, o prejuízo, a falência, a impossibilidade da prestação em virtude das baixas tarifas — existem modalidades muito interessantes, que motivaram, principalmente nos Estados Unidos, estudos também interessantes.

E' preciso, porém, considerar o problema das concessões de serviço público dentro de um quadro nacional, sem ter em consideração certas modalidades que se vêm apresentando como de resultados apreciáveis, mas que escondem a ganância e a especulação da finança internacional, em prejuízo do público. Efetivamente, quando se fala em lucro razoável, em tarifas justas, deve-se levar em consideração os elementos essenciais na sua fixação, fugindo aos processos complicados da contabilidade especializada criada pela ganância, e que constitui uma rede de sofismas das mais perigosas.

A preocupação de amparar o capital estrangeiro deve ter os seus limites e, por melhores que sejam os benefícios devidos pelo Brasil a esses capitais, nunca será demais pôr em relêvo a astronômica cifra de lucros, tirados da nossa economia e drenados para o estrangeiro.

Aquí deve-se salientar a importância do aspecto político desse problema, isto é, da orientação porventura dada pelo governo em relação ao problema cambial, à exportação de capitais e à

taxação da renda e dos serviços das empresas estrangeiras.

Por meio de todos esses recursos de que dispõe o Estado podem ser minorados os efeitos da evasão dos nossos recursos internos para o estrangeiro. Basta que se considere a avaliação do serviço pelo custo, dentro das normas gerais correntes no comércio para afastar-se o perigo de uma especulação em que a maior vítima é o público.

Mas, para isso, torna-se necessário uma política vigorosa, severa, baseada em um sistema honesto de regulamentação do serviço e uma fiscalização eficiente da boa aplicação dos regulamentos.

Hoje em dia é este o sistema adotado especialmente nos Estados Unidos, isto é, a regulamentação com a fiscalização pelas comissões — "regulation by commissions".

Não se diga também que a regulamentação vem ferir de frente o princípio da liberdade contratual e, por conseguinte, atingir, em sua essência, aquilo que para muitos é substancial em todo regime de concessão.

Há um erro evidente nesta maneira de entender o assunto, e isto por diversas razões, a saber: primeiro, porque o serviço concedido é, em substância, em seu conteúdo, de todo em todo semelhante ao serviço executado pelo Estado, por empresas e organizações autárquicas, ou por empresas de que participa o poder público; segundo, porque não se pode incluir as concessões entre os contratos de direito privado, sendo um contrato de direito público que se rege por normas especiais; terceiro, porque nada impede que se tenha o contrato de concessão entre aqueles dirigidos, isto é, subordinado a disposições regulamentares.

Si há intervenção do Estado nos contratos de direito privado, e naqueles que mais tipicamente o são, porque dizem com o exercício do direito de propriedade, o que não se dirá daqueles que afetam diretamente a esfera normal de atuação do Estado, como sejam os serviços públicos, ou de utilidade pública?

Não deve haver, por isso mesmo, a menor repugnância doutrinária em se admitir a intervenção do Estado mesmo nas concessões já feitas e em execução, tanto mais quanto a regulamentação visa estabelecer normas gerais e impessoais que atingem a todas as concessões, sem privilégios e benefícios particulares, peculiares a este ou aquele indivíduo.

Por conseguinte, ao mesmo tempo que se pode, por essa forma, proteger o interesse público contra os abusos e vícios de vantagens especiais atribuídas a certos indivíduos, de outro lado assegura-se aos executores desses serviços um regime uniforme, equitativo e justo. Os casos particulares, as peculiaridades inerentes a cada concessão devem ser regulados pelo órgão fiscalizador que atenderá às condições especiais que surgem na execução.

Visa, portanto, a regulamentação, apenas fixar as normas gerais e, por isso mesmo, não deve entrar em particularidades que possam tornar impossível a solução, dentro da lei, de questões surgidas na execução da concessão.

Os serviços de utilidade pública oferecem larga margem de lucros e por isso mesmo permitem, de um lado, a exploração do consumidor pela empresa e, de outro lado, importam em uma renúncia, por parte do Estado, de uma situação privilegiada em relação ao público e à própria renda do serviço quando bem explorado.

ELIOT JONES e TRUMAN C. BIGHAM, em uma obra (1) assim descrevem os principais característicos desses serviços (public utilities), de onde se pode concluir a importância excepcional de que se revestem as entidades que os exploram:

1) São serviços indispensáveis e deles não pode prescindir a sociedade. Não seria lícito, já agora, admitir a sua ausência que viria acarretar uma completa subversão econômica e social. Como, efetivamente, imaginar a supressão dos serviços de gás, luz, transportes, telefones, etc.?

2) Esses serviços são executados na base de um monopólio legal ou de fato. São monopólios naturais, o que aumenta a sua eficiência e rendimento.

3) Esses mesmos serviços estão sujeitos a uma regulamentação constante e completa por parte do Governo.

4) São serviços de alta capitalização. Pressupõe-se a inversão de grandes capitais, isto é, a concentração dos mesmos nas mãos de poucos.

5) São serviços que garantem rendimentos particularmente fixos, que sofrem geralmente uma majoração, devida ao crescimento contínuo do serviço.

6) Pela sua natureza esses serviços não são susceptíveis de grandes dificuldades, em consequência da aplicação das leis trabalhistas.

7) Ainda pela sua natureza esses serviços permitem uma participação direta no seu capital, dos consumidores e empregados.

Estas observações, transcritas apenas em breve relatório, mostram muito bem a natureza peculiar dos serviços de utilidade pública, inconfundíveis, no fundo como na forma, com a generalidade dos contratos de direito privado ou mesmo de direito público.

Há, no entanto, numerosos problemas de ordem econômica e financeira que precisam ser considerados para atender aos interesses dos capitais invertidos bem como dos consumidores.

Afora a maneira de outorgar-se a concessão, podemos mencionar ainda outros sobre os quais nos deteremos com mais vagar, em outra oportunidade:

- 1) prazo da concessão;
- 2) capital;
- 3) nacionalização do capital e dos sócios;
- 4) encampação;
- 5) caducidade;
- 6) reversão;
- 7) fixação de tarifas;
- 8) fiscalização.

Cada um desses *itens* corresponde a numerosos problemas cuja complexidade pode ser sentida pelo seu simples enunciado.

Será, no entanto, possível fixar-se em normas rígidas um regulamento para todos os serviços de utilidade pública, qualquer que seja a sua natureza?

Já mostrámos inicialmente a extensão que vai tendo o conceito da utilidade pública e do serviço público.

Qualquer exploração de matadouro, de padarias, de restaurante, pode ser elevada à categoria de serviço público, ou melhor, de utilidade pública; basta que as circunstâncias o exijam.

Deve-se, portanto, circunscrever o limite da aplicação do regulamento, sob pena de consequências imprevisíveis.

Ainda mais, a matéria, o conteúdo da lei, precisa ter um pouco de flexibilidade, não atender a detalhes, mas dar margem a uma legislação supletiva que supra as deficiências das normas gerais, nos casos individuais, nos detalhes da aplicação da lei.

(1) Principles of Public utilities pg. 62.

Interessante sob todos os pontos de vista, para servir de base a um estudo, se nos afigura o projeto aprovado por unanimidade pela IV Conferência Nacional de Advogados, realizada em Tucuman, República Argentina, em julho de 1936 (2).

O projeto está assinado por Rafael Bielsa, R. Corominas Segura, Vitorio Daniel Goytia, Julio O. Ojeda, B. Villegas Basavillaso, e é sobretudo interessante, embora não o aceitemos sem restrições, sinão como uma base para elaboração de um trabalho mais atualizado.

Mas ali se encontram especialmente alguns característicos que se nos afiguram essenciais: clareza de definição dos principais institutos ligados ao problema dos serviços públicos, generalidade das normas, ampla margem para a individualização dos casos particulares.

O trabalho merece ser lido por quantos se interessam pelo assunto. Há em todo o sistema de regulamentação problemas econômicos conexos, ligados uns aos outros pelas bases sobre as quais se assenta todo o regime financeiro e contábil da determinação de tarifas. Mas não se deve exagerar a sua importância. A questão do prazo, por exemplo, que tem sido largamente explorada como ligada intimamente à do capital, exigindo-se geralmente um prazo que, segundo dizem, permita uma justa compensação do capital invertido na empresa.

Mas este problema colocado desta forma, tem um aspecto unilateral, porque não atende ao interesse do público que deve pagar o serviço, a quantidade de utilidades consumidas, mas também deve ter assegurado o perfeito funcionamento do serviço, com todos os melhoramentos consequentes ao progresso da técnica e da ciência.

A questão da extensão do prazo perdeu, assim, o seu interesse e advogou-se o sistema do prazo indeterminado, enquanto fôsse o serviço prestado em condições, o que permitiria teoricamente a perpetuidade da concessão. Problema de importância secundária uma vez que as tarifas representam o custo do serviço e a empresa viva sob o regime de uma severa e honesta fiscalização.

Como se vê, não basta fixar um padrão uniforme para os regimes de concessão ou de exploração do serviço; o que importa é atender precisamente aos interesses em jogo, em cada caso

particular. Outros problemas graves são os ligados à reversão, à determinação do justo preço das utilidades fornecidas e à justa remuneração do capital empregado.

Surgem aí as questões do custo histórico, custo atual, justo valor atual, custo de reprodução, cálculo da depreciação, fundo de depreciação, etc., etc., e tantos outros sobre os quais nos deteremos em outra oportunidade.

Os serviços de utilidade pública são explorados para servir ao público e não como processo de exploração do público em benefício dos que os executam diretamente ou por concessão.

Há serviços essenciais e todos os de utilidade pública o são. A sua falta acarreta uma redução no conforto do público, uma supressão de utilidades consideradas hoje indispensáveis à vida e ao bem estar coletivo.

O custo exagerado, exorbitante, desses serviços acarreta também a redução do conforto e do bem estar. Corresponde, assim, a um desconforto atenuado, mas que pode atingir diretamente a coletividade, na intensidade de sua vida econômica e financeira.

Ora, como já dissemos, o Estado é o fiador do concessionário perante o público, porque a concessão foi outorgada sob a sua responsabilidade, como uma renúncia, em favor de terceiros, de uma obrigação que lhe caberia satisfazer.

Por isso mesmo, a regulamentação do serviço, a fiscalização contínua e eficaz da sua execução constituem corolários forçados da própria natureza do instituto.

Os Estados Unidos vêm mostrando desde alguns anos a possibilidade de tornar efetiva essa regulamentação e a fiscalização da execução, por meio de comissões especiais.

Naquele país, a luta entre o Estado e os interesses das empresas que exploram os serviços tem sido verdadeiramente titânica.

Na imprensa, no rádio, na cátedra, por todos os meios a regulamentação tem sido combatida. Sob a aparência mais cândida, mais inocente, apresentando um problema puramente de interesse monetário como um ponto de vista doutrinário respeitável, os inimigos da regulamentação procuram convencer o grande público, o maior interessado na regulamentação e fiscalização dos serviços.

Devemos, no entanto, ter o espírito preparado para o debate que se está travando. Há prin-

(2) Revista de la Facultad de Ciencias Economicas, Comerciales y Politicas de la Universidad Nacional del Litoral — Janeiro, agosto, 1936, pgs. 248 e seguintes.

ípios fundamentais que devem estar sempre presentes no exame do assunto, para que não se deforme o conceito do serviço público.

As tarifas devem cobrir as despesas de custo do serviço. Esse custo, porém, não pode ser excessivo nem dar margem a um lucro por demais elevado para aquele que explora o serviço.

A remuneração do capital deve ser justa e razoável mas as tarifas devem ser equitativas e

estar à altura das possibilidades econômicas da coletividade.

Em boa hora, está o Governo cogitando de fixar em um projeto as bases da regulamentação.

Nestas linhas, em que nos abstivemos positivamente de citações e considerações jurídicas, fixamos em traços gerais as bases do problema, que examinaremos sob outros aspectos em outra oportunidade.

JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS E PARECERES

Supremo Tribunal Federal

Mandado de segurança n. 656

Licença para tratamento de saúde — Remoção de funcionário.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Barros Barreto: — Heitor da Costa Gonçalves, escriturário de 2.^a classe da Estrada de Ferro de Bragança, no Estado do Pará, impetrou um mandado de segurança contra o ato do Dr. Virgílio Santa Rosa, diretor da aludida ferrovia, que o removeu para as oficinas de Marituba e indeferiu o seu pedido de licença para tratamento de saúde.

A sentença de fls. 74 usque 84 denegou o mandado, pelos seguintes fundamentos, a cuja leitura vou proceder, para melhor julgamento do recurso interposto para o Supremo Tribunal Federal (lê):

Arrazoado pelos interessados a fls. 91 e 101, o Dr. Juiz *a quo* manteve a sua decisão (fls. 116) e, nesta Superior Instância, o Exmo. Procurador Geral da República assim se pronunciou a fls. 133:

"A sentença recorrida merece ser confirmada por seus jurídicos fundamentos.

Aliás, não consta que o Recorrente haja recorrido do ato da autoridade, antes de impetrar o mandado de segurança — circunstância que obstava à concessão dêste como o obsta a de ser pedido para evitar medida disciplinar.

Ao demais, *irremovíveis* são apenas os magistrados, e não os funcionários públicos, além de que ao judiciário não cabe apreciar o mérito dos atos administrativos, mas a sua legalidade.

Acresce que o Diretor da Estrada mandou que o Recorrente fôsse submetido ao exame médico de uma

junta, para apurar a existência da doença alegada como motivo de licença.

Nada disso é ilegalidade, sinão providenciar conforme a lei.

Somos, pois, pelo não provimento do recurso.

30-9-40. — Gabriel de R. Passos".

VOTO

O Sr. Ministro Barros Barreto (Relator): — O Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (Dec-lei n. 1.713, de 28 de outubro de 1939) dispõe, no art. 223, que o funcionário só poderá recorrer ao poder judiciário depois de esgotados todos os recursos da esfera administrativa.

O art. 4.^o, II, da Lei n. 191, de 16 de janeiro de 1936, e o art. 320, II, do Código do Processo, estabelecem que não se dará mandado de segurança, quando se tratar de ato em que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução.

Cuidando-se, no caso em aprêço, de portaria do diretor da Estrada de Ferro de Bragança — que transferiu um escriturário para Marituba e lhe negou licença para tratar de sua saúde — era facultado ao funcionário prejudicado, antes de ingressar em Juízo, recorrer às autoridades administrativas superiores.

Não sendo inamovível o pleiteante do presente mandado, a sua remoção não era um ato ilegal, que competisse ao poder judiciário apreciar, por assistir ao paciente um direito certo e incontestável.