



Texto de Discussão do Setor Elétrico n° 1

Observações preliminares sobre a atuação do Estado no domínio econômico

Luiz Gustavo Kaercher Loureiro

Outubro 2007

Observações preliminares sobre a atuação do Estado no domínio econômico

Luiz Gustavo Kaercher Loureiro¹

O objeto deste estudo é a disciplina jurídica da ação econômica estatal, entendida esta como a atividade do poder público – federal, estadual ou municipal – de produção e/ou circulação de bens e/ou serviços fruíveis e apreciáveis singularmente pelos sujeitos beneficiados. É de grande importância notar que, neste momento inicial, não se está qualificando *juridicamente* esta atividade, como *serviço público, atividade econômica stricto sensu* ou quejandos, mas referindo fenômeno *empírico*. Antes, estas categorias jurídicas serão aqui objeto de análise e crítica e sua eventual aplicação aos textos constitucionais não se pode dar aprioristicamente, como se fossem eles chaves-de-leitura pré-concebidas que ao invés de partirem da Constituição são-lhe impingidas. Em outras palavras, é necessário *justificá-las* e *precisá-las* a partir dos textos normativos e não o contrário.

A proposta deste trabalho é partir para uma leitura direta dos textos constitucionais pertinentes com um mínimo de mediação de textos teóricos e sem excessiva consideração da tradição doutrinária nesta matéria. Uma exegese, enfim, “ingênua” e – por que não ? – literal. Alguns dos resultados a que levará são desviantes da doutrina majoritária.

Em primeiro lugar, sustenta-se aqui que o art. 173 da Constituição é a *fons et origo* de toda e qualquer atuação estatal econômica. Da dicotomia instaurada pelo

¹ Membro do GEEL, Grupo de Estudos de Direito da Energia Elétrica, da Faculdade de Direito da UnB e do CESPPASE, Centro de Estudos sobre Serviços e Políticas Públicas Alternativas da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Pesquisador Associado do GESEL – Grupo de Estudos do Setor Elétrico - UFRJ

caput do artigo partem as duas grandes modalidades de ação estatal²: atividade econômica imputada ao poder público diretamente pela Constituição (“ressalvados os casos previstos nesta Constituição”) e atividade econômica imputada ao Estado pela lei ordinária (“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”).

A primeira categoria contém um conjunto amplo de atividades espalhadas pela Constituição em diversos artigos seus (ex.: arts. 21, incs. X, XI, XII e XXIII; 25, § 2º; 30, inc. V; 176; 177, dentre outros), acomunadas pelo fato terem sido atribuídas ao poder público pela Constituição e – na maior parte – por tratar-se de atribuição de competência exclusiva, razão pela qual a eventual participação privada na execução da tarefa depende de um título jurídico (adiante).

A segunda categoria tem como traços característicos a identificação das instâncias (atividades) por meio de lei ordinária, a vinculação teleológica (atendimento a “imperativos de segurança nacional” e “relevante interesse coletivo”), a atuação do Estado por meio das empresas públicas ou sociedades de economia mista, “em paralelo” aos privados e, por isso, a aplicação de um regime jurídico que não coloque as empresas estatais em posição de vantagem indevida em face desses agentes econômicos não estatais.

Pela leitura proposta, o art. 175 não está em simetria com o art. 173 – como tradicionalmente de afirma – mas é, antes, *um texto instrumental* que oferece ao legislador ordinário uma *técnica jurídica* apta a lidar, sobretudo, com a primeira categoria de atividades mencionada pelo art. 173, acima indicada.

Este artigo *não informa quais são as atividades econômicas qualificadas como serviços públicos*, mas limita-se a dizer que (i.) qualquer que seja a atividade tida por um

² A referência, ali, à “exploração direta de atividade econômica” não refere primeiramente uma categoria jurídica (“atividade econômica *stricto sensu*) mas um fenômeno empírico.

serviço público em concreto, ela é uma tarefa do Estado; (ii.) esta atividade identificada como serviço público tem um regime jurídico cujos traços básicos estão delineados pelo seu parágrafo único (“serviço adequado” como o núcleo do regime, cfe. adiante). A identificação em concreto dos serviços públicos, *dentre as atividades imputadas pela Constituição ao Estado*, é – novamente – tarefa do legislador ordinário que a deve realizar em atenção às características empíricas da atividade, valorações de conveniência etc (infra).

Note-se a abertura do art. 175 e a liberdade do legislador ordinário: o artigo da Constituição não só *não* aponta atividades econômicas em concreto como serviços públicos como *não afirma* que toda e qualquer atividade econômica imputada ao poder público é serviço público³ – ele se limita a asseverar que os serviços públicos *incumbem ao Estado*, o que é coisa muito diversa. De outra banda, salvo raríssimas exceções, a Constituição não qualifica atividades econômicas imputadas ao Estado como serviços públicos.

As duas grandes formas de ação econômica estatal, não são, assim, preconcebidas como “serviços públicos”, “atividade econômica em sentido estrito”, “atividade econômica em sentido estrito monopolizada” etc. São, antes, referidas como vêm propostas pelo texto constitucional: atividades econômicas imputadas ao Estado pela Constituição/atividades econômicas imputadas ao Estado pela lei ordinária. A diferença de regime – não teorizada em termos de categorias jurídicas – é, novamente, retirada da simples leitura da Constituição.

Especificamente quanto ao primeiro tipo de atividades, aquelas de titularidade exclusiva estatal, ainda que muito heterogênea, possui ele certos elementos genéricos que lhe advém do fato de constituírem as atividades em *competências* ou *tarefas estatais* (notar bem: está-se “um tom acima” do conceito serviço público). Em particular, sustenta-se que, por serem competências públicas, estão marcadas pela

³ O que faria com que, p.ex., todas as atividades do art. 21 e 177 fossem consideradas, sem mais, serviços públicos.

vinculação direta e imediata aos objetivos e fundamentos da República (arts. 1º e 3º) e possuem um núcleo jurídico mínimo, consistente no *monopólio jurídico público* da atividade (a qual está, diferentemente das demais ações econômicas, à disposição do seu titular, o poder público).

Essas idéias reitoras, apresentadas sumariamente aqui e desenvolvidas a seguir conflitam com algumas posições mais ou menos bem estabelecidas na literatura nacional.

Em primeiro lugar, a interpretação ora proposta não reconhece a diferença (estabelecida pela doutrina tradicional *a priori*, i.e., como fluindo apenas do texto constitucional e fundada na grande distinção entre “serviço público” e “atividade econômica *stricto sensu*”), entre “serviço público” (art. 21) e “atividade econômica monopolizada” (art. 177)⁴.

De um lado, há inegável semelhança de regime jurídico (ambas são competências públicas exclusivas, delegáveis a privados por meio de contratos), e de objeto (energia: as indústrias do petróleo, do gás e nuclear, referidas no art. 177; a indústria elétrica referida no art. 21, inc. XII). De outro lado, a habitual diferença de tipo essencialista, fundada na *qualidade do interesse público* atendido, parece (i.) empiricamente problemática, (ii.) e dotada de um potencial desestabilizador incompatível com a segurança jurídica eis que o tipo de interesse atendido – que determinaria a inclusão da atividade na categoria “serviço público” ou “atividade econômica monopolizada” - deveria ser aferido caso a caso. Se diferença há entre as atividades do art. 21 e aquelas do art. 177 ela deve ser estabelecida pelo legislador

⁴ Para a dicotomia mais ampla, que separa as atividades econômicas *latu sensu* em “serviços públicos” e “atividades econômicas *stricto sensu*” e também para a categoria “atividades econômicas *stricto sensu* monopolizadas”, ver, por todos, Eros Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, Malheiros, 10ª ed., revista, 2005, especialmente o Cap. 3.

ordinário e corresponde a qualquer clivagem fundada em essências ou natureza das coisas⁵.

Em segundo lugar, ainda que as atividades do primeiro grupo não sejam necessariamente serviços públicos, são, sempre e sempre, *atividades econômicas de titularidade estatal*. É que parece difícil à luz do texto da Constituição reputar algumas delas como “atividades econômicas privadas submetidas à regulação especial”, como faz parte da doutrina, em aproximação delas com a categoria norte-americana da *public utility*⁶. Nem sequer a presença do instituto da autorização desfaz o vínculo dessas atividades com o Estado. Nesses casos, tem-se uma autorização-delegação,

⁵ Por razões que não convém aprofundar aqui, entende-se que não há motivos, *na Constituição*, para extremar os chamados “monopólios” dos “serviços públicos”. As razões de ordem essencialista, segundo as quais os monopólios atenderiam a motivos estratégicos ou de segurança nacional, enquanto que os serviços públicos satisfariam exigências de “interdependência ou coesão social”, à parte o fato de pouco ou nada informarem acerca do regime jurídico respectivo (que vem sendo progressivamente aproximado pela própria Constituição), são de difícil operacionalização, tanto em abstrato quanto em concreto (como distinguir, adequadamente, exigências de segurança nacional ou interesse coletivo daquelas relativas à coesão social, por exemplo ? como dizer, *a priori*, que determinadas atividades, por definição, atendem a interesse coletivo mas não social ?).

A bem notar (e como deixa claro o art. 1º da Lei 9.784), há mais semelhanças de objetivos e finalidades que acomunam a indústria do petróleo, gás e energia elétrica do que entre esta última e várias outras “suas vizinhas” de art. 21. Também os elementos básicos regime jurídico (constitucionais) são muito semelhantes: atividades econômicas que culminam com a prestação de utilidades singularmente fruíveis pelos destinatários, não estão submetidas à livre iniciativa (reservadas ao Estado) e delegáveis, por contrato a particulares.

⁶ Dentre os autores que vislumbram a possibilidade de configurar-se algumas das atividades previstas no art. 21, incs. XI e XII da Constituição como “atividades privadas [autorizadas] de relevância pública”, ver Alexandre Santos de Aragão, *Direito dos Serviços Públicos*, Forense, 2007, p. 224 e segs.

Essa interpretação parece-nos à toda evidência inadequada, à vista do texto constitucional que, mesmo no caso de autorização, afirma ser a tarefa econômica em questão uma competência pública que pode, apenas, ter sua *execução* passada a privados, dentre outros títulos, por autorização. Mas trata-se, sempre, de competência pública com execução indireta, pelo que não se pode transplantar a autorização genérica do art. 170, par. único, para este ambiente, sob pena de, simplesmente, ignorar-se o texto constitucional que é de uma clareza ímpar, nesse aspecto: “*Compete à União...explorar diretamente **OU MEDIANTE** autorização, concessão ou permissão: (...) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água...*”. É sempre e sempre a União que explora...*mediante* autorização. Como ver aí, a partir de um conceito de autorização estabelecido para outro contexto (art. 170, par. único), a *privatização da atividade* que, de pública, passaria a ser privada ? Em síntese, o que os defensores dessa tese acabam por fazer é ignorar o texto constitucional – que deve ser o limite das possibilidades interpretativas - em favor de um suposto conceito [imutável] de autorização.

diferente da autorização de Polícia de que fala, por exemplo, o parágrafo único do art. 170 da Constituição.

Isso é o que se verá com mais vagar nos próximos estudos.