

COMPETIÇÃO ENTRE SERVIÇOS PÚBLICOS PRESTADOS EM REGIME PÚBLICO E SERVIÇOS PÚBLICOS PRESTADOS EM REGIME PRIVADO*

Aline Reis de Souza Jatahy* *

INTRODUÇÃO

O adequado enfoque do tema da competição entre o serviço prestado em regime público e aquele prestado em regime privado exige, para sua melhor compreensão, que se abordem noções e conceitos relativos à definição, modo de prestação e regime de exploração de serviços públicos, e a transformação que sofreram ao longo do tempo, a partir das mudanças da concepção dominante sobre o Estado e seu papel.

SERVIÇO PÚBLICO – CARACTERIZAÇÃO E TRANSFORMAÇÃO

Serviço público, segundo definição de Odete Medauar¹, “*diz respeito a atividade realizada no âmbito das atribuições da Administração, inserida no Executivo. E refere-se a atividade prestacional em que o Poder Público propicia algo necessário à vida coletiva, como por exemplo: água, energia elétrica, transporte urbano.*” Apresenta-se “*como uma dentre as múltiplas atividades desempenhadas pela Administração.*”

A caracterização de uma atividade de prestação como serviço público vem sofrendo mudanças ao longo do tempo.

Classicamente a definição de serviço público reunia três elementos²: I) subjetivo, considerando a pessoa prestadora do serviço – o serviço seria público se prestado pelo Estado; II) material, considerando a atividade exercida – serviço público seria a

* Trabalho produzido no Curso de MBA em Direito da Economia e da Empresa da Fundação Getúlio Vargas para a Disciplina Desestatização ministrada pelo Professor Marcos Juruena Villela Souto.

* * Procuradora do Estado do Rio de Janeiro.

1 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 5.ª edição, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, pág. 368.

2 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, pág. 42.

atividade que tem por objeto a satisfação de necessidades coletivas; III) formal, considerando o regime jurídico – serviço público seria aquele exercido sob regime de Direito Público derogatório do Direito comum.

A combinação desses três elementos para definir serviço público era válida durante o período do Estado Liberal marcado pelo abstencionismo, vale dizer pelo afastamento do Estado da vida social, econômica e religiosa dos indivíduos. O Estado tinha, então, reduzidas funções.

Já num período seguinte, em que o Estado abandonou o abstencionismo e passou a ser provedor, prestador e intervencionista, a definição clássica antes vista não mais se revelava adequada à definição de serviço público.

É que o Estado, por fatores diversos (surgimento de um poder econômico altamente concentrado, com conseqüências sociais desastrosas; duas Grandes Guerras, exigindo a atuação do Estado para a reconstrução das economias afetadas; a crise americana de 1929, a demandar a intervenção estatal na economia para contornar seus efeitos, etc.), ampliou suas intervenções e o rol de atividades definidas como serviços públicos, passando a admitir a gestão de serviços públicos por particulares.

A noção tradicional de serviço público sofreu, então, seu primeiro abalo, ante o descompasso verificado entre a teoria e a realidade, a partir da expansão das prestações estatais.

Mais recentemente, no final dos anos 80, já agora em razão de movimento global inverso de retração das prestações estatais, foi reacesa a discussão relativa a serviço público.

O Estado passou, então, por mudanças profundas, marcadas pela consciência da necessidade do enxugamento da máquina estatal e da devolução das atividades à iniciativa social. Não se retirou da economia, mas mudou sua filosofia regulatória “*menos dependente da propriedade pública e da intervenção econômica direta do Estado – daí o programa privatizador – e menos restritiva da concorrência – daí a abertura de setores até então reservados ao setor público ou explorados em regime de concessão exclusiva.*”

Neste contexto, como com acuidade observou o professor Carlos Ari Sunfeld⁴, os serviços públicos adquirem nova dimensão, afastando-se, novamente, de sua concepção tradicional:

3 MOREIRA, Vital em citação de MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, pág. 110.

4 Citação de GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, na obra indicada na nota 2, pág. 45.

“Os velhos serviços públicos de regime afrancesado e explorados diretamente pelo Estado estão desaparecendo, com as empresas estatais virando particulares e o regime de exploração dos serviços sofrendo sucessivos choques de alta tensão. Telecomunicações, energia elétrica e portos são alguns dos setores em que a noção de serviço público, se algo ainda diz, diz pouco; admite-se a exploração em regime privado, por meio de autorizações, não mais apenas pelas clássicas concessões; introduz-se a competição entre prestadores, suscitando a aplicação do ‘Direito da Concorrência’ (ou antitruste) e a interferência dos órgãos incumbidos de protegê-la.”

.....

A caracterização de uma atividade de prestação como serviço público depende, ao que se vê, da concepção política dominante, refletindo necessariamente uma escolha que pode vir fixada na Constituição, nas leis e na tradição.

MODOS DE PRESTAÇÃO

Serviços públicos, como se viu, não se restringem àqueles prestados diretamente pelo Estado.

Além dos serviços centralizados, cuja prestação é de responsabilidade da Administração Direta, há os serviços descentralizados, que incluem tanto aqueles atribuídos por outorga, mediante lei, a entidades da Administração Indireta ou assemelhadas, instituídas pelo Poder Público, como aqueles atribuídos por delegação, mediante ato, contrato ou convênio, a particulares. Neste último caso, apenas a execução do serviço é transferida, sem renúncia do Poder Público da titularidade do serviço.

REGIME JURÍDICO

Quanto ao regime jurídico da prestação, há, ainda, debates, ao menos no plano doutrinário, quanto à possibilidade de a exploração de serviço de titularidade estatal ser feita em regime privado.

Numa concepção tradicional, sustenta-se que os serviços são prestados total ou parcialmente sob o regime de direito público.

Uma visão mais moderna, atenta às transformações impostas à concepção de serviço público em razão do novo modelo de Estado, admite que a exploração do serviço se dê em regime privado.

A lei de organização dos serviços de telecomunicações (Lei n.º 9.472, de 16.07.97) refletiu essa nova visão, prevendo expressamente (art. 163) a possibilidade de serviços reservados ao Estado serem submetidos ao regime privado.

De acordo com a lei de reestruturação do setor de telecomunicações, cada modalidade de serviço pode ser prestada exclusivamente no regime público, exclusivamente no regime privado, e concomitantemente no regime público e privado (art. 65), cabendo à Presidência da República definir o regime da prestação.

O objetivo da inovação foi o de introduzir a desregulação parcial do setor, estabelecendo um novo modelo de regulação para a competição.

A COMPETIÇÃO NOS SERVIÇOS PÚBLICOS DESESTATIZADOS

A implantação e a manutenção da concorrência nos serviços estatais privatizados não é, porém, tarefa fácil.

Trata-se de campo onde o poder econômico é extraordinário, favorecendo concentrações empresariais excessivas e práticas anticoncorrenciais.

Há que se estar permanentemente atento para que os monopólios públicos não se transformem em monopólios privados e para que não se perca de vista que os programas de desestatização tanto mais se legitimam quanto mais respondam aos anseios de maior eficiência (menor preço, maior qualidade) e agilidade na prestação dos serviços públicos.

Para tanto é indispensável que sejam criadas estruturas favoráveis à competição e estímulos à manutenção do ambiente competitivo.

Assumem, então, especial relevo a reorganização da forma de exploração dos serviços públicos e a atuação das Agências Reguladoras.

A REESTRUTURAÇÃO DOS SERVIÇOS ESTATAIS PRIVATIZADOS COM VISTAS À IMPLANTAÇÃO DA CONCORRÊNCIA – A COMPETIÇÃO ENTRE O SERVIÇO PÚBLICO PRESTADO NO REGIME PÚBLICO E NO REGIME PRIVADO

Três foram as principais medidas legais adotadas para a reorganização da forma de exploração dos serviços estatais privatizados, com vistas à introdução do regime de competição:

1.º) desmembramento das diversas fases ou segmentos de uma mesma atividade prestacional, distinguindo infra-estruturas de outras fases ou segmentos que possam ser desenvolvidos em regime de competição.

Reconhece-se, assim, que há: *I)* atividades que configuram monopólios naturais, não podendo se desenvolver em competição e que devem ser objeto de regulação para garantir o acesso de uso essencial à manutenção da competição nas outras fases da mesma cadeia de produção ou prestação de serviços; *II)* outras, a grande maioria, em que a competição pode e deve ser estimulada.

2.º) estabelecimento de concorrência em fases da exploração de atividades econômicas (petróleo, por exemplo) e da prestação de serviços (como o de telecomunicações e energia elétrica), possibilitando aos clientes, consumidores ou usuários a opção entre diferentes fornecedores e prestadores.

Veja-se que no setor de telecomunicações (de longe o que mereceu tratamento legislativo mais detalhado) distinguiu-se entre os serviços de **interesse coletivo** e de **interesse restrito** para fixar a intensidade da concorrência a ser experimentada pelos prestadores de serviço.

Os serviços qualificados como de interesse restrito têm previsão de regime de liberdade quase plena de prestação (art. 126 e seguintes da lei de telecomunicações), caracterizado por mínima intervenção na liberdade de iniciativa (não há controle de preços, compromissos de investimentos, dever de universalização, nem tampouco direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro).

Já os serviços de interesse coletivo têm sua prestação sujeita aos deveres de universalização e continuidade, mas podem ser prestados em dois regimes diferentes previstos em lei, o público e o privado, concomitantemente ou não.

Para facilidade de compreensão do tema, continue-se no exemplo do setor de telecomunicação.

A possibilidade de concorrência entre o serviço público prestado em regime público e aquele prestado em regime privado surge nos casos em que admitida a exploração simultânea do serviço nos dois regimes, o público e o privado.

Neste caso, o sistema jurídico estabelecido para o setor de telecomunicações busca a competição de forma a garantir a melhoria do serviço para o usuário efetivo, sem inviabilizar a universalização, assegurando o acesso ao serviço do usuário potencial, aquele até então excluído do serviço.

Previu-se, então, a chamada **assimetria regulatória**, em que há:

I) de um lado, concessionárias prestando serviço em regime público – prestadores que sucedem as empresas do sistema Telebrás e que tendo enormes vantagens competitivas (rede instalada, imensa carteira de clientes, fluxo de caixa assegurado, posição dominante de mercado) terão, também, os ônus de universalização e continuidade do serviço (exploração de mercados menos atraentes, realização de investimentos); e

II) de outro, empresas autorizadas a atuar em regime privado, em desvantagem competitiva, mas sem os ônus da universalização (Fala-se aqui das chamadas **empresas-espelho**, concebidas para atuar na mesma área geográfica das concessionárias), que estarão concorrendo na prestação do serviço e na captação e/ou na manutenção da clientela.

Pretendendo compensar vantagens e ônus, a assimetria regulatória procura garantir condições de paridade competitiva essencial ao desenvolvimento de um ambiente concorrencial no setor.

3.º) regramento para evitar a concentração ou monopolização de mercados.

Como já se disse, a intenção é evitar a substituição de monopólios públicos por privados.

Para tanto há regras expressas nas diversas leis de reorganização dos setores privatizados, como por exemplo, a do art. 68 da lei de telecomunicações, vedando a titularidade simultânea de concessão e de autorização para a prestação de serviço.

AGÊNCIAS REGULADORAS E ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO À CONCORRÊNCIA NO BRASIL

A regulação dos serviços estatais privatizados tem papel relevante, seja favorecendo a concorrência como instrumento de concretização da desejada eficiência dos serviços, seja na luta pela universalização do serviço.

Anoto que não passou despercebida aos que já se debruçaram sobre o tema a possibilidade de surgirem conflitos entre as Agências Reguladoras atuando na implantação e estímulo à concorrência nos serviços públicos privatizados e os órgãos de defesa da concorrência, atuando dentro de sua competência genérica da defesa da competição.

O delineamento das competências para a defesa da concorrência nas leis de reorganização dos serviços públicos e nas leis de criação das Agências procura minimizar as possibilidades de conflito.

De todo modo, cabe recorrer às lúcidas ponderações de Marcos Juruena Villela Souto⁵ quanto à circunstância de ser o juízo do CADE eminentemente técnico, não podendo se sobrepor ao juízo político do Estado acerca do seu papel na ordem econômica. Ao que acrescenta a afirmação da possibilidade de continuarem a existir monopólios se por decisão política assim for julgado conveniente.

A CONCORRÊNCIA QUE NÃO VEIO

Na definição da modelagem de reorganização dos serviços estatais privatizados já se tinha como certo que o estabelecimento da competição em setores que se submetiam à exploração monopolística exigiria esforço e atenção redobrados. Daí o

5 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização-Privatização, Concessões, Terceirizações e Regulação*. 4.ª edição, Rio de Janeiro: *Lumen Júris*, 2001, pág. 489.

estabelecimento da denominada regulação assimétrica observada no sistema de telecomunicações e a convicção da necessidade de regulação forte, que não só possibilitasse a entrada de novos agentes, como sua permanência em ambiente competitivo.

Passados quatro anos da primeira privatização do sistema Telebrás, a competição, que já se previa tímida num primeiro momento, acabou por revelar-se praticamente inexistente na telefonia fixa, frustrando as expectativas dos mais otimistas.

Recente reportagem do Jornal *O GLOBO*⁶ dá conta, com base em informações apresentadas pelo Presidente da ANATEL, que as operadoras que competem com as ex-estatais não têm mais que 2% do mercado brasileiro.

Os fatores alinhados para justificar a baixíssima concorrência estabelecida nesse segmento do setor de telecomunicações vão desde a enormidade das vantagens competitivas que desfrutam as concessionárias, dificultando um enfrentamento eficiente pelas empresas-espelho, passando pela crise das companhias mundiais de telecomunicações, limitando a concorrência no mercado brasileiro, até a baixa renda média dos brasileiros, tornando variadas áreas pouco atraentes à concorrência.

Parece, contudo, prematuro afirmar que a modelagem prevista fracassou na instalação do regime competitivo no setor.

Como admite o Ministro das Comunicações na reportagem em foco, a ampliação da competição no setor é, ainda, possível e vem sendo estimulada pelo órgão regulador (lembrou-se, dentre outras medidas adotadas, a da permissão para que as empresas-espelho usem terminais celulares para a telefonia fixa).

Os horizontes do modelo dependerão em muito da capacidade dos órgãos reguladores estabelecerem condições efetivas de concorrência no setor. Os olhos dos interessados no setor – usuários, prestadores e Poder Público concedente – estarão certamente voltados para as Agências Reguladoras, creditando, em boa parte, à eficiência ou ineficiência de sua atuação o êxito ou fracasso da competição nos segmentos regulados.

⁶ *O GLOBO* de 19.05.2002, reportagem de Flávia Oliveira.