

“Estado garantidor” não resolve problemas de infraestrutura do país

O Conselho Diretor da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) vem debatendo propostas de alteração do Plano Geral de Metas para a Universalização (PGMU) do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), prestado sob regime de serviço público. A convite do ilustre conselheiro Otavio Luiz Rodrigues Junior, elaboramos uma rápida contribuição sobre a questão da pretensão de substituição do regime jurídico de serviço público e do modelo da concessão para um regime jurídico de direito privado e um pretense modelo de autorização para estes serviços de telecomunicações.

A atuação do Estado no domínio econômico e social está prevista expressamente nos artigos 173, *caput* [1] e 175, *caput*[2] da Constituição de 1988. Em ambos os dispositivos, trata-se da prestação de atividade econômica em sentido amplo pelo Estado, subdividida em duas modalidades: a prestação de atividade econômica em sentido estrito (artigo 173) e a prestação de serviço público (artigo 175). Neste contexto, há algumas atividades que, mercê de sua importância para a coletividade, são subtraídas da esfera mercantil e atribuídas ao Estado sob uma específica disciplina de Direito Público.

Tratam-se dos *serviços públicos*, cujo especial regime jurídico, consagrador de prerrogativas ao Estado, é rigorosamente indispensável para a satisfação dos direitos dos usuários. Aliás, à luz da Constituição Federal de 1988, cogitar-se de serviço público “sob regime privado” é uma enorme estultice, porquanto encerra uma gravíssima contradição em termos.

Qualquer que seja a concepção de serviço público adotada, formal ou material, o papel do Estado em sua prestação, direta ou indiretamente, faz parte do núcleo essencial da ideia de serviço público. Ao manter expressamente as telecomunicações com a natureza jurídica de serviço público (cf. artigo 21, XI)[3], a Constituição de 1988 tentou resguardar o elevado interesse público existente neste setor.

Há alguns lustros, exatamente pelo advento da Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472, de 16 de julho de 1997), instalou-se no Direito Público brasileiro a seguinte questão: há discricionariedade legislativa para trasladar-se ao domínio privado uma atividade qualificada pela Constituição como serviço público?

Parece-nos que a resposta é terminantemente negativa. O legislador, obviamente, não pode derogar a Constituição, despublicizando uma atividade ao seu talante. Admite-se a disciplina infraconstitucional do serviço público, jamais a sua extinção para dar lugar a uma atividade privada.

Assinale-se que o termo “autorização”, constante do artigo 21, XI, da Constituição Federal, não irroga ao legislador competência para decidir quais atividades serão consideradas serviços públicos.

Em um Estado de Direito, a atuação estatal se pauta pela legalidade, em todas as suas dimensões, estatuída de acordo com a hierarquia normativa estabelecida pela Constituição. A adoção de uma Constituição rígida reforça o regime da legalidade, pois implica na adoção de um sistema de hierarquia das fontes jurídicas. A Constituição, como norma de hierarquia mais alta que a da lei ordinária significa que o Poder Legislativo está subordinado ao Poder Constituinte. Geralmente, a Constituição é mais genérica que a lei ordinária, que é mais genérica do que os regulamentos ou outros atos normativos de hierarquia inferior, ou seja, há uma série escalonada de atos juridicamente relevantes que parte da

Constituição, passa pela lei e pelos regulamentos até chegar aos atos meramente executivos. A Administração Pública se encontra envolvida de tal forma neste escalonamento de funções jurídicas que todas as ações administrativas são ações dentro desta estrutura escalonada e hierarquicamente estruturada.

Portanto, parece-nos que, a fim de garantir a supremacia constitucional, é de rigor a manutenção do STFC (Serviço Telefônico Fixo Comutado) no modelo-tipo de concessão, evitando-se, assim, a sua inconstitucional conversão em atividade sob regime privado.

A aprovação de uma proposta inconstitucional como esta consolidaria no Brasil um modelo de atuação do Estado bem distinto do previsto na Constituição de 1988. Seria implantado um Estado que não garante a prestação dos serviços públicos ou das políticas públicas, sequer da implantação ou recomposição da infraestrutura do país, pelo contrário. Ou seja, se configuraria a consagração de um Estado que busca garantir, especialmente por mecanismos financeiros ou fiscais, como as isenções ou as parcerias público-privadas, a remuneração e a lucratividade do investimento privado, mesmo que em detrimento da adequada prestação do serviço público ou da realização da obra pública.

Este modelo de Estado que atua apenas no sentido de garantir a concorrência e o livre jogo das forças de mercado, abstendo-se da maior parte das políticas públicas de natureza econômica e social, ficou conhecido no debate europeu como “Estado garantidor” (“*Gewährleistungsstaat*”). Afinal, a garantia da remuneração do capital é assegurada pelo Estado de qualquer maneira, mesmo em detrimento dos direitos dos seus cidadãos.

O problema é que o “Estado garantidor” pode ser satisfatório para alguns agentes econômicos privilegiados e parcela do sistema político que busca servir aos seus interesses, mas não resolve, nem a curto, nem a médio, nem a longo prazos os graves problemas de infraestrutura e de integração social do país.

[1] Artigo 173, *caput* da Constituição de 1988: “*Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei*”.

[2] Artigo 175, *caput* da Constituição de 1988: “*Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos*”.

[3] Artigo 21, XI da Constituição de 1988: “*Compete à União: XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais*”.

Date Created

27/03/2016