

ESTADO REGULADOR E SERVIÇO PÚBLICO

FICHA CATALOGRÁFICA

- O48 Oliveira, Paulo Augusto de.
Estado regulador e serviço público / Paulo Augusto de Oliveira. –
Salvador : Faculdade Baiana de Direito, 2016.
112 p.
Bibliografia.
ISBN 978-85-62756-48-1.
1. Gestão pública. 2. Serviço público. I. Título.

CDD 321

Ficha catalográfica elaborada por Ivanildes Sousa CRB 5/1477.

PAULO AUGUSTO DE OLIVEIRA

Professor da Faculdade Baiana de Direito. Advogado em Direito Público. Doutorando em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal. Mestre e Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal.

ESTADO REGULADOR E SERVIÇO PÚBLICO

Salvador
2016



Editoração eletrônica:

Carla Piaggio, Thalita Amorim | contato@carlapiaggio.com.br

Capa:

Amanda da Silva Gonçalves

Conselho Editorial:

Fredie Didier Júnior,
Gamil Föppel El Hireche,
Valton Pessoa,
Dirley da Cunha Júnior,

Cristiano Chaves de Farias,
Nestor Távora,
Rodolfo Pamplona Filho,
Maria Auxiliadora Minahim.

Todos os direitos desta edição reservados à Faculdade Baiana de Direito.

Copyright: Faculdade Baiana de Direito.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Faculdade Baiana de Direito. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.



Rua Visconde de Itaborahy 989,
Amaralina, Salvador – Bahia
(71) 3205-7700 / Fax: (71) 3240-3552
contato@faculdadebaianadedireito.com.br
www.faculdadebaianadedireito.com.br

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	9
INTRODUÇÃO.....	11

CAPÍTULO I

ESTADO REGULADOR	15
1. Intervenção do Estado na Economia: Do Estado Liberal ao Estado Social.....	15
2. Emergência de um Estado Regulador	19
2.1. A Metamorfose das Constituições Contemporâneas.....	20
2.2. Evolução e Reforma da Administração Pública.....	21
3. Estado Garantidor	24
4. Regulação do Estado.....	26
4.1. Regulação Econômica e Social.....	28
4.2. Regulação Setorial e Regulação Transversal	29
5. Conclusões parciais.....	30

CAPÍTULO II

DO SERVIÇO PÚBLICO TRADICIONAL AO SERVIÇO DE INTERESSE ECONÔMICO GERAL.....	31
1. <i>Service Publique</i> Francês	31
1.1. Classificação do Serviço Público na doutrina Clássica Francesa	33
1.2. Modos de Gestão dos Serviços Públicos	34
1.3. Crise da Concepção Clássica Francesa do Serviço Público	35
2. <i>Public Regulatory</i> Americano	36
2.1. As <i>Public Utilities</i> Americanas e o Serviço Público a Nível Europeu	37
3. Os Serviços Públicos no Direito Europeu.....	39
3.1. O Tratado de Roma	39
3.1.1. O Tratado de Roma e o Serviço Público	39
3.1.2. O Disposto no Artigo 86 (antigo artigo 90) do Tratado de Roma	40
3.2. Ataque e Defesa ao Sistema Tradicional dos Serviços Públicos.....	40
3.2.1. A Ofensiva aos Serviços Públicos	40
3.2.2. A Defesa Francesa ao Serviço Público	41
3.3. Carta Europeia dos Serviços Públicos	42
3.4. As Instituições da União Europeia e a Nova Perspectiva Comunitária do Ser- viço Público.....	42
3.4.1. Tratado de Amsterdã.....	43
3.4.2. Comunicação 2000.....	43
3.4.3. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia	44
3.4.4. Outros Documentos Comunitários.....	44

3.5. O Tribunal de Justiça e a Jurisprudência Comunitária do Serviço Público	45
4. Serviços de Interesse Econômico Geral — SIEG	47
4.1. A Concepção Comunitária de Serviço de Interesse Geral	48
4.2. O Tratado de Amsterdã	48
4.3. SIEG's — Exigências Comunitárias e Elementos Caracterizadores	49
4.4. Os Serviços de Interesse Econômico Geral e sua Definição pelos Estados-Membros	50
5. Conclusões Parciais	51

CAPÍTULO III

OS SERVIÇOS PÚBLICOS SOB IMPACTO DA UNIÃO EUROPEIA.....	53
1. A Influência Jurídico-Econômica do Direito Comunitário Europeu	53
1.1. Livre Iniciativa Econômica.....	57
2. Concorrência.....	58
2.1. Direito Comunitário da Concorrência	59
2.2. Exceções ao Princípio da Concorrência.....	61
3. Liberalização, Privatização e Desregulação	63
3.1. Fundamentos da Liberalização	66
3.2. Fundamentos da Privatização	67
3.3. Desregulação.....	68
4. Reforma do Estado/Administração	70
4.1. Empresarialização da Administração Pública	70
4.2. A Responsabilidade Pública de Garantia do Estado/Administração: Partilha de Responsabilidades	71
4.2.1. Ativação das Responsabilidades Privadas.....	73
5. Conclusões Parciais	73

CAPÍTULO IV

O ESTADO REGULADOR DOS SERVIÇOS PÚBLICOS	75
---	-----------

PARTE I

1. Do Estado de Serviços Públicos ao Estado Regulador dos SIEG.....	75
1.1. Do Estado Executor ao Estado Garantidor do Serviço Público.....	75
1.2. O Estado Garantidor e Regulador do Serviço Público.....	77
1.3. A Regulação dos Serviços Públicos	78
2. Serviço Universal	80
2.1. Noção de Serviço Universal no Direito Comunitário	80
2.2. O Conceito de Serviço Universal.....	80
2.3. A Definição/Caracterização do Serviço Universal	82
3. Obrigações de Serviço Universal.....	82
3.1. As Obrigações do Serviço Universal Propriamente Ditas	84
3.1.1. Os Princípios do Serviço Universal	84

SUMÁRIO

3.1.1.1. Universalidade	84
3.1.1.2. Igualdade	85
3.1.1.3. Continuidade	85
3.1.1.4. Adaptação	86
3.1.1.5. Qualidade	87
3.1.1.6. Transparência	87
3.1.1.7. Participação dos consumidores	87
3.2. Princípios Emergentes.....	88
4. A Regulação dos Serviços de Interesse Econômico Geral e da Concorrência.....	88
4.1. As Agências Reguladoras Independentes.....	89
4.1.1. A Regulação do Serviço Universal pelas ARI	91
4.1.2. A Regulação da Concorrência pelas ARI	91

PARTE II

1. Financiamento dos Serviços de Interesse Econômico Geral — Serviço Universal..	92
1.1 O suporte das Obrigações de Serviço Universal.....	92
1.2. Os Sistemas de Financiamento das Obrigações de Serviço Público.....	94
2. A Proteção dos Direitos dos Utentes-Consumidores	96
2.1. O Direito dos Utentes-Consumidores no Direito Europeu	97
2.1.1. Tratado de Amsterdã	98
2.1.2. A Comunicação sobre o Serviço de Interesse Econômico Geral de 2000 ..	98
2.1.3. Carta Europeia para os Serviços de Interesse Geral.....	99
2.1.4. Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia	99
2.1.5. A Atual Estratégia para a política dos consumidores	100
3. Conclusões Parciais	101

CONCLUSÕES	103
-------------------------	------------

BIBLIOGRAFIA.....	107
--------------------------	------------

APRESENTAÇÃO

O trabalho que ora se apresenta é resultado da dissertação de mestrado em Direito Constitucional realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

O texto original sofreu algumas alterações e aperfeiçoamentos em razão de dois fatores essenciais. Primeiramente, em decorrência dos apontamentos realizados pela Professora Doutora Maria Benedita Urbano e pelo Professor Doutor João Nuno Calvão Silva na defesa pública do mestrado, em dezembro de 2009. Além disso, a revisão e atualização da obra levou em consideração a tentativa do trabalho em orientar os estudos dos alunos de Direito Econômico.

Embora o mestrado tenha se dado em Portugal, e ter como pano de fundo o Direito Comunitário Europeu, buscou-se traçar, em diversos momentos, as similitudes e divergências em relação ao ordenamento jurídico brasileiro.

Outrossim, aproveito esse espaço inicial para agradecer o meu orientador de mestrado, e atual orientador no doutoramento em Direito Público na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Professor Doutor Pedro Gonçalves por suas considerações sempre valiosas e oportunas.

Agradeço, também, a Faculdade Baiana de Direito pelo apoio diuturno a mim dispensado e o faço nas pessoas da Coordenadora Acadêmica Ana Carolina Mascarenhas, do Coordenador de Extensão, Fernando Leal Neto e do Diretor Acadêmico, Fredie Didier Junior.

Por fim, um agradecimento especial a Maria Paula, pela sua sempre apaixonante e encantadora companhia, que desde meados de 2008 deixa os meus dias mais felizes e mais completos.

INTRODUÇÃO

Atualmente, os serviços públicos, em regra, deixam de ser geridos diretamente pelo Estado, passando, quase na sua totalidade, à gestão privada.

Neste contexto, a par de uma reorganização das tarefas consideradas públicas, a designação de serviços públicos, no direito comunitário europeu, foi substituída pela denominação, de serviços de interesse econômico geral. Tal substituição de nomenclatura, é importante dizer, não representa mera reformulação terminológica ou denominativa, mas sim, em verdade, toda uma “viragem histórica no tocante à reformulação do papel do Estado em relação a esses serviços”.

A fim de elucidar melhor essa mudança de paradigma, o Direito comunitário europeu, com certeza, constitui ótimo cenário para se construir uma interação sistemática e dogmática entre o perfil hodierno do Estado e o instituto do serviço público.

Adentrando a essa problemática, pode-se dizer que, em um primeiro momento, a ordem jurídica da União Europeia, assume como uma de suas finalidades precípua “alcançar permanentemente um justo equilíbrio entre a *Verwaltungseffizienz* e a *Grundrechtsschutz*, ou seja, entre a eficiência, ou eficácia, da atividade administrativa, e a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos — neste caso, os direitos dos utentes dos serviços públicos e dos consumidores” (Quadros/2001:280).

Constata-se, destarte, que esse novo panorama sobreveio, principalmente, em virtude da política jurídico-econômica adotada pela União Europeia. E, por conseguinte, com a liberalização, privatização e desregulamentação dos serviços públicos.

O serviço público deixa de ser, obrigatoriamente, Estado, e passa a reger-se, nomeadamente, pelo Mercado.

Dessa forma, assiste-se, por consequência, o retorno, nas últimas décadas do século XX, ao protótipo da economia de mercado, baseada, principalmente, na livre iniciativa e na concorrência. Ocasionalmente, assim, o reforço da atividade reguladora do Estado.

Nesse supedâneo, os principais motivos dessa regulação ligam-se, especialmente, à: garantia e controle dos mecanismos de mercado e da concorrência, pois, “deixado a si o mercado pode ser suicidário”; correção das falhas do mercado “*market failure*”; correção de possíveis externalidades negativas; proteção

dos consumidores e, por último, garantia e cumprimento das obrigações do serviço público.¹

Regulação esta que se transforma, hodiernamente, na característica fulcral do Estado na esfera econômica. Tem-se, assim, o “Estado Regulador”. Entretanto, fruto de diversas razões, essa regulação vai se desvinculando do governo, e passa a ser feita por agências reguladoras independentes.

Nesse diapasão, caberá às autoridades reguladoras independentes regular a prestação dos serviços de interesse econômico geral — hoje, exercido, mormente, pelos privados. De forma a assegurar a competitividade e a universalidade na prestação do serviço.

Ante todo o exposto, erigi-se como o principal escopo dessa pesquisa a fundamentação e caracterização do “Estado Regulador dos Serviços Públicos”. O que se dará de forma correlata às transformações jurídicas, políticas e econômicas vivenciadas no cenário comunitário europeu.

Conveniente ressaltar, também, que o assunto não será tratado do ponto de vista de um país em específico. Seguirá, no seu todo, com o direito comunitário europeu como plano de fundo. Todavia, no correr do texto, de forma exemplificativa, utilizar-se-á alguns contextos específicos, nomeadamente os modelos de execução e gestão dos serviços públicos adotados na França e nos Estados Unidos.

Desta forma, para cumprir com o objetivo proposto, a exposição deste trabalho dividiu-se em quatro capítulos, que assim dispõem.

O primeiro capítulo subdivide-se em duas partes. À primeira cabe a análise jurídico-político-econômica da evolução do Estado e da Administração, partindo da transição do Estado liberal para o Estado social até se chegar ao perfil hodierno, o Estado de Regulação. Em um segundo momento, busca-se, em uma visão geral, clarificar e caracterizar o instituto da regulação, o que se faz por intermédio de conceitos, classificações, etc.

Segue-se com o segundo capítulo e, assim, o desenvolvimento histórico dos serviços públicos. De início, o modelo tradicional do “*service publique*” francês, passando pelo “*public regulation*” americano. Esse estudo dará ensejo para se entender o atual modelo comunitário de serviço público, o serviço de interesse econômico geral. Busca-se, de tal modo, compreender as influências do modelo francês e do anglo-saxão na concretização desse novo instituto. Por último, estabelecer, no âmbito das instituições comunitárias, a atual conjuntura dos serviços de interesse econômico gerais no direito europeu.

¹ Nesse sentido, Vital Moreira e Maria Manuel Leitão Marques (2003a:13 e 14).

INTRODUÇÃO

No capítulo terceiro, procurou-se enumerar e elucidar os principais movimentos e transformações jurídicas, políticas e econômicas ocorridas e propostas pelo direito comunitário europeu. As quais, com certeza, influenciaram, diretamente, essa nova roupagem dos serviços públicos. Primeiramente, as transformações ocorridas no âmbito econômico: liberalização, privatização e concorrência. Por fim, a modificação na gestão administrativa: a empresarialização da Administração Pública e a ativação das responsabilidades públicas aos privados.

Por último, o capítulo quarto, que em sua primeira parte, apresenta o resultado da evolução, ponderada sob o prisma das transformações promovidas pelo direito comunitário, tanto do Estado quanto dos serviços públicos, chegando ao hodierno “Estado Regulador dos Serviços Públicos”. Por consequência, a necessária regulação dos atuais serviços de interesse econômico geral, pelo viés econômico e social, respectivamente: a concorrência e o serviço universal. Na segunda parte desse capítulo, o estudo de duas matérias afetas ao tema e de total relevância, o financiamento dos custos adicionais das obrigações de serviço universal, e, também, os direitos dos cidadãos-utentes-consumidores desses serviços.

Ao final, as conclusões.

CAPÍTULO I

ESTADO REGULADOR

SUMÁRIO: 1. Intervenção do Estado na Economia: do Estado Liberal ao Estado Social — 2. Emergência de um Estado Regulador: 2.1. A Metamorfose das Constituições Contemporâneas; 2.2. Evolução e Reforma da Administração Pública — 3. Estado Garantidor — 4. Regulação do Estado: 4.1. Regulação Econômica e Social; 4.2. Regulação Setorial e Regulação Transversal — 5. Conclusões parciais.

No presente capítulo, busca-se entender, de início, como se seguiu a atuação do Estado no domínio econômico através dos tempos. Perpassando, assim, em análise, as mudanças ocorridas em cada momento político vigente. Restringe-se, pois, tal apreciação, ao que pertine para o desenvolvimento do tema central desse trabalho.

Tal estudo, com efeito, é pressuposto lógico para o adequado entendimento acerca do funcionamento dos mercados, pois “sin Estado no hay mercado” (Ariño Ortiz/2004:05).

Em um segundo momento o objeto de estudo será o instituto da “regulação”.

1. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA: DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL

A Revolução Francesa de 1789 marca o triunfo, sobretudo na Europa ocidental, de uma nova racionalidade política, contrapondo-se ao Estado Absolutista, e assim, abre caminho à possibilidade de concretização de uma nova ordenação social e à teorização de um novo modelo de Estado — o modelo liberal.

A intervenção estatal na ordem econômica e social, no chamado período liberal, era mínima, restrita a alguns serviços públicos indelegáveis, como: defesa, fazenda e justiça. A preocupação dessa forma estatal, cujos primórdios remontam aos fins do século XVIII, era preservar a liberdade das pessoas e, para isso, deveria manter-se distante da vida social, econômica e religiosa dos cidadãos. O não-intervencionismo era a regra-matriz desses tempos.¹

Nesse sentido, a ação do Estado devia reduzir-se à garantia da ordem e da segurança. Uma espécie de “guarda noturno”. A posição de observador.

1 A intervenção econômica do Estado não é, ao contrário de um entendimento tradicional que toma por base de raciocínio o abstencionismo liberal do século XIX, um produto do século XX, nem se pode dizer que encontra sua origem no período mercantilista e no subsequente Estado de Polícia. A análise histórica demonstra que os Estados da antiguidade oriental, localizados historicamente entre o terceiro e o primeiro milênio antes de Cristo, desenvolveram programas de intervencionismo econômico e social (Amaral/1994:51).

O Estado Liberal, vigente no século XIX, era, como aponta Vital Moreira (2001:225), caracteristicamente marcado pela separação entre o Estado e a economia, pela liberdade econômica e a liberdade de empresa, pela autorregulação da economia pelos mecanismos do mercado (a “mão invisível” de Adam Smith), pela redução do papel do Estado às funções de polícia e garante dos quadros institucionais da vida econômica (direito de propriedade, liberdade de empresa, liberdade de trabalho, etc.). Não existe uma administração econômica em sentido próprio, dado o princípio da não intervenção.²

O Estado e a Sociedade são, com efeito, entendidos como realidades contrapostas em termos dicotômicos.³ A Sociedade, concebida com um todo homogêneo, alcança o equilíbrio e justiça por si mesma dado que os interesses e aspirações individuais se justapõem e se orientam por uma racionalidade de sentido único que, pressupostamente, potencializará o equilíbrio natural e justo do sistema. O Estado, por seu lado, frente à sociedade, remete-se a uma posição passiva, pretendendo manter-se neutro na aplicação de um direito que o transcende e que, na sua abstração, traduz os ditames da justiça natural (Vaz/1997:47).⁴

Acreditava-se, assim, que os interesses individuais dos privados, o egoísmo dos indivíduos, poderiam ser convertidos em interesses comuns, acarretando benefícios em toda a sociedade.⁵

Todavia, a concepção econômica do liberalismo e da crença num Estado mínimo, seguido da feroz defesa de uma economia de mercado não regulada, depressa deu sinais de exaustão.

2 Desse modo, a crença liberal no indivíduo pressupõe que o Estado se abstenha, quanto possível, de intromissão na vida econômica e social, porquanto a mão invisível do mercado e as liberdades econômicas melhor assegurariam o interesse geral. A preocupação pela felicidade e pelo bem-estar devia ser deixada à livre autodeterminação dos cidadãos (Zippelius/1997:394).

3 Assim dispõe Rogério Soares (1969:40): “pode afirmar-se que toda a estrutura política do século XIX vai construir-se como uma tentativa de conseguir a mais completa separação entre Estado e Sociedade”.

4 O autor continua: “(...) a função do Estado deveria se restringir à garantia e permanência da ordem jurídica segundo o ideal do Estado jurídico Kantiano, ou seja, garantir a cada indivíduo a liberdade como homem, a igualdade como súdito e independência como cidadão. (...) a Constituição vai ser entendida, em primeira linha, como instrumento de defesa dos direitos individuais”.

5 Nesse sentido Adam Smith, assim deflagra: “Todo indivíduo empenha-se continuamente em descobrir a aplicação mais vantajosa de todo o capital que possui. Com efeito, o que o indivíduo tem em vista é sua própria vantagem, e não a da sociedade. Todavia, a procura de sua própria vantagem individual natural ou, antes, quase necessariamente, leva-o a preferir aquela aplicação que acarreta as maiores vantagens para a sociedade. Orientando sua atividade de tal maneira que sua produção possa ser de maior valor, visa apenas a seu próprio ganho e, neste, como em muitos outros casos, é levado como que por uma mão invisível a promover um objetivo que não fazia parte das suas intenções. Ao perseguir seus próprios interesses, o indivíduo muitas vezes promove o interesse da sociedade muito mais eficazmente do que quando tenciona realmente promovê-lo. Nunca ouvi dizer que tenham realizado grandes coisas ao país aqueles que simulam exercer o comércio visando ao bem público” (Smith/1996).

Isto é, o que se deu em seqüência foi uma realidade distinta: enormes riquezas se acumulavam nas mãos de poucos, as classes trabalhadoras se encontravam em condições de crescente mal-estar; salários insuficientes, más condições de trabalho (principalmente para mulheres e crianças), etc. Isso gerou uma profunda insatisfação entre as classes trabalhadoras, aumentando o seu espírito de protesto e revolta. O que se faz sentir a partir das atuações proletárias de 1830 e 1848, onde fica claro que as desigualdades e os egoísmos privados, longe de traduzirem-se em benefícios públicos, o que geravam, realmente, eram injustiças e desigualdades cada vez maiores.

Por seu turno, no século XX, agora, sob o prisma do princípio da igualdade, o desenvolvimento econômico e social não fica mais ao encargo exclusivo da iniciativa privada, passa a ter o Estado como seu protagonista.

Surgem, dessa forma, os ideais do Estado Social com o propósito de corrigir o quadro de grandes desigualdades sociais, atuando, diretamente, no mercado e promovendo políticas públicas de fomento da atividade econômica.

Destarte, costuma-se identificar a Iª Guerra Mundial como o fim do abstencionismo econômico do Estado que a representação liberal postulava, “*the end of laissez faire*”.⁶

Nos dizeres de Vital Moreira (2001:225), sob a relação Estado/Economia pode-se extrair que o Estado intervencionista e social “que se desenvolve entre o fim da primeira guerra mundial (1914-1918) e os anos 80 do século XX, é essencialmente caracterizado pela intervenção econômica do Estado e dos poderes públicos em geral, tanto na própria atividade econômica, mediante empresas públicas, quer na orientação, controle e disciplina da economia privada, intervenção que no auge do intervencionismo público atingiu considerável participação pública na atividade econômica, de condicionamento da iniciativa privada e assumiu mesmo a forma de planejamento mais ou menos diretivo do conjunto da economia. Um dos traços mais marcantes do papel do Estado neste período foi a sua dimensão social ‘Estado Social’, enquanto garante de condições básicas de vida a todos os cidadãos”.

O Estado começa a ser cada vez mais solicitado a intervir na vida social, de forma que a Administração ultrapassa definitivamente a sua condição de esquadra

6 Outros acontecimentos corroboram com esse processo de intervenção direta estatal nos domínios econômicos, dentre eles: Revolução Bolchevista de 1917; a Constituição de Weimar (1919) que confere ao Estado tarefas de conformação social e de uma “democracia econômica”; a crise de 1929, iniciada nos Estados Unidos da América, que obrigou a maior parte dos países a fazer da economia uma questão política fundamental do governo; e, também, a IIª Guerra Mundial que ampliou as preocupações sociais e econômicas postas aos Estados de forma a promover o bem comum.

de polícia e repartição de finanças. A paz social não se reduz já à ordem nas ruas, pressupõe e responsabiliza a Administração na caminhada para um bem-estar suscetível de medida, com base nos critérios de determinação do futuro que os conhecimentos técnicos vão pondo à disposição das vontades coletivas. Exige-se do Estado/Administração medidas de planejamento econômico e social, uma intervenção direta e dirigente na economia, um sistema completo de prestações a todos os níveis da vida social.^{7,8}

Evoluiu-se, portanto, de uma profunda separação Estado-Sociedade para uma forte interpenetração desses dois mundos; peregrinou-se de um Estado abstencionista para um intervencionista. Deixou de se acreditar no mercado como via para alcançar a felicidade individual e o bem estar social, e, passou-se a encerrar a Administração Pública como solução de todos os males.

Acerca da sua evolução, o Estado Social teve sua aplicação progressiva conforme o alargamento das tarefas impostas aos poderes públicos. Sobre esse desenvolvimento Afonso Vaz (1997:59) se pronuncia da seguinte maneira: “primeiramente, após a I^a guerra mundial, foram tomadas medidas esparsas de controle econômico (intervencionismo restrito); em seqüência ocorreu o ‘dirigismo’⁹, onde entendia-se que o Estado pode intervir sempre que os comportamentos individuais ou de grupo ponham em causa o bem da coletividade que aquele representa; por último, no pós II^a guerra mundial, emerge o poder-dever do Estado de intervir através de um processo global, coerente e sistemático, tendente a racionalizar, ordenar e sistematizar a economia do país”.

Contudo, a comprovação de que muitos problemas sociais persistiam, pôs em discussão este modelo de atuação do Estado. Além disso, a hipertrofia estatal para viabilizar o desempenho dessas múltiplas atividades resultou numa Administração ineficiente, pesada e burocrática, sem condições orgânicas de cumprir o principal objetivo que se impôs ao longo do século XX — promoção do bem-comum.¹⁰

A década de 80 tornou latente essa crise. E, em seqüência, verifica-se a falência desse modelo estatal “fortemente interventor”.

7 (Andrade/2007:49) Da música ao pão, era o Estado quem fornecia.

8 O “*Welfare State*” chamou para si a responsabilidade de desenvolver políticas públicas nas áreas sociais. No âmbito econômico emergiu a doutrina Keynesiana, caracterizada pela forte intervenção estatal, na busca pelo pleno emprego e a atuação em setores estratégicos da Economia.

9 A intervenção e o dirigismo econômico traduzem-se na proliferação de organismos autônomos ligados à administração central, mas, não integrados nos ministérios — os institutos públicos, e as nacionalizações dão origem a numerosas empresas públicas (Amaral/1994:83).

10 Como afirma Pedro Gonçalves (1999b:08) “os resultados deste modelo de administração pública, titular de uma responsabilidade máxima, são sobejamente conhecidos: crescimento exponencial do aparelho administrativo e das despesas públicas, ineficiência da atuação administrativa, constante aumentos de impostos.”

2. EMERGÊNCIA DE UM ESTADO REGULADOR

Conforme apontado anteriormente, verificou-se como o principal motivo do fracasso do Estado social a ineficiência de uma estrutura administrativa hipertrofiada para o desempenho direto dos serviços de interesse social. Isso somado os necessários custos excessivos para a sua manutenção, consubstanciando o vultoso endividamento estatal que restou por prejudicar a possibilidade de novos investimentos.

A esses fatores somam-se as exigências decorrentes do processo de integração Europeia. Onde a eleição do princípio das liberdades econômicas (alicerçado no princípio da concorrência) e de um mercado comum estabeleceram-se como pilares estruturantes da integração e da construção de um mercado único europeu. O que acaba por impor a necessidade de se colocar à disposição do mercado as atividades e serviços até então nas mãos do Estado.

Assim, identifica-se, como aponta Pedro Gonçalves (2006:535), que “nas últimas décadas do século XX, sob uma onda liberal de reação contra o *overload* do Estado Social Administrativo, iniciou-se um movimento de ‘inversão de rota’, no sentido de uma ‘contração quantitativa’ da intervenção pública. A realização desse objetivo reclamava uma reordenação do sistema de distribuição de papéis entre o Estado e Sociedade: na imagem de um pêndulo que se movimenta entre os pólos do público e do privado, introduzia-se uma oscilação em favor do espaço privado, da sociedade e do mercado”.

Desse modo, deixou o Estado de ser executor de certas atividades públicas. Assumindo, assim, uma nova faceta, a de ente regulador e fomentador das ações do setor privado¹¹. E as atividades residuais sob sua responsabilidade, agora, passam a ser exercidas de forma descentralizada, com a contratação de órgãos ou empresas privadas.

É importante referir, todavia, que a funesta experiência vivida no Estado Liberal serviu para esclarecer que o Estado não pode se abster completamente de interferir nos mercados econômicos.

Tem-se, portanto, que o Estado Regulador, não obstante fundar-se numa economia de mercado, não se confunde com o Estado Liberal do século XIX, assente nas ideias do *laissez-faire*, *laissez-passer* e do abstencionismo público.

Ora, nos tempos hodiernos, entende-se que a “mão invisível do mercado carece da mão visível da regulação pública” (Marques, Moreira/2003c:74), isto é, a lógica da concorrência deve ser temperada pelo Estado, no âmbito de uma responsabilidade de controle e garantia da própria iniciativa privada (Silva/2005:176).

¹¹ No mesmo modo: Tinne. Heremans (2012:24 e ss).

O Estado Regulador, assim, nascido de uma crise anunciada— colapso do Estado social, surge como um modelo estatal intermediário, alternativo aos dois modelos anteriormente vivenciados — Liberal e Social. Uma espécie de “terceira via”, em que não atua como agente econômico, mas também não se abstém por total, porta-se, também, como garantidor de certos fins de interesse público.

O Estado Regulador tem como ideia matriz a redução do papel econômico do Estado. Assim o faz por intermédio da liberalização dos setores anteriormente sujeitos ao regime de monopólio público ou privado, da privatização de empresas públicas, do fortalecimento dos poderes regulatórios e do fomento da concorrência, tanto a nível nacional quanto internacional-comunitário.

Esse novo modelo de comportamento estatal, como aponta Pedro Gonçalves e Licínio Lopes (2004:182)¹², “não representa a retirada, abdicação ou renúncia do Estado a toda e qualquer forma de compromisso em face das novas atividades correspondentes aos serviços públicos econômicos. Essas, por força do processo de privatização material que foram objeto, são agora atividades privadas, exercidas segundo a lógica do mercado. Mas essa lógica de mercado é temperada pela presença do Estado, do qual se reclama a definição da disciplina que rege a atuação dos agentes do mercado, a supervisão e a fiscalização do cumprimento do que nessas regras se estabelece e se exige que garanta a realização, pelo mercado, de certos fins sociais, para esse efeito cabe-lhe estabelecer uma regulação social”.

2.1. A Metamorfose das Constituições Contemporâneas

Superado o paradigma liberal oitocentista, em que o papel do Estado se limitava a garantir as bases jurídicas da economia capitalista, sendo-lhe vedada qualquer intervenção, de acordo com o princípio de uma estrita separação entre o Estado e a economia, a economia veio a tornar-se uma questão política, uma questão de Estado e uma questão constitucional. Por isso as constituições vão incluir um conjunto maior ou menor de normas e de princípios constitucionais destinados a caracterizar a organização econômica, determinar as principais regras do seu funcionamento, delimitar a esfera de ação dos diferentes sujeitos econômicos, prescrever os grandes objetivos da política econômica, enfim, constituir as bases fundamentais da ordem jurídico-político-econômica (Moreira/2006:35).

Às constituições contemporâneas, em decorrência do Estado Social, resultou uma elevada densidade normativa e programática da disciplina constitucional, sobretudo com orientações socialistas e coletivistas. Com isso, acolheram

¹² O Estado regulador surge em resposta ao fracasso tanto do pensamento liberal (Estado Liberal) quanto intervencionista (Estado Social). A combinação das “falhas do Estado” com as “falhas do mercado” constitui, sem hesitação, ou espaço para dúvidas, o fundamento racional da intervenção reguladora. Uma síntese de ambos ou um modelo de Estado onde a realidade, até certo ponto, predomina sobre a ideologia.

as transformações econômicas vigentes em tal período, tais como: nacionalizações e intervencionismo estatal na gestão de empresas. Embora garantissem paralelamente a existência da iniciativa privada.

O resultado foi que, paulatinamente, foram ocorrendo uma série de transformações interpretativas. Uma verdadeira metamorfose nas constituições econômicas¹³ hodiernas.

O que se percebe a partir dos anos 70, como aponta Vital Moreira (2006:40), “foi a eclosão de um movimento ‘neoliberal’, tendente ao regresso a uma economia de mercado baseada na iniciativa privada e na concorrência e não na ingerência do Estado como agente econômico, devendo ele ser reduzido a um papel de garante da concorrência e da regulação das ‘falhas de mercado’. Mais mercado, menos Estado; privatizações e não nacionalizações; concorrência e não nacionalizações; concorrência e não planejamento econômico — tais eram as novas consignas.”

Outros fatores também podem ser apontados para essa mutação das ordens econômicas vigentes, dentre elas: a maior confiança do papel do mercado e da concorrência na economia, promoção da iniciativa privada e do setor privado; a conseqüente relativização do setor público; além, é claro, dos resultados desastrosos colhidos com o último modelo estatal.

Contudo, o fator mais relevante, ou o que melhor impulsiona essa transformação jurídico-econômica é a influência do processo de integração comunitário europeu¹⁴. Afinal, a política econômica da Comunidade Europeia, na busca da concretização de um mercado único europeu, centra-se na liberalização e abertura ao mercado de atividades econômicas antes exercidas em monopólio, na livre iniciativa econômica dos privados, num mercado concorrencial, etc.

Atualmente, no Estado Regulador, as constituições econômicas passam a fundamentar-se na não intervenção econômica do Estado e tendem, assim, a redução deste a um papel essencialmente regulador, inseridas no contexto de uma economia de mercado regulado.

2.2. Evolução e Reforma da Administração Pública

Como alude Dulce Lopes (2003:156), “as mudanças que, ostensiva ou subrepticamente, se dão no seio da economia, da sociedade e das suas relações

13 “Constituição econômica pode ser entendida como o conjunto das normas e dos princípios constitucionais relativos à economia, isto é, que configuram a ordem constitucional da economia”. (Moreira/ 2006:35) Ou então, definida a partir de sua função como: “ordenamento essencial da atividade econômica — contendo os princípios e as normas essenciais ordenadoras da economia, dos quais decorrem sistematicamente as restantes normas de ordem jurídica da economia. Ela é, pois, uma parte fundamental da ordem jurídica da economia, ou seja, a parte estruturadora e básica dela” (Franco; Martins/1993:16).

14 Mais sobre o assunto em (Marques/1999).

recíprocas não podem deixar de produzir efeitos na concepção de Administração Pública que, em cada momento, se revela mais adequada a esses novos dados. Deste modo, uma “sociedade dotada de alta contingência obrigará o direito do centro regulativo — o direito constitucional e o direito administrativo — a enfrentar mudanças radicais na compreensão da positividade da própria regulação editada pelos centros político-constitucionais, nomeadamente na mudança do próprio paradigma do Estado e da Administração”.

Nas palavras de J. J. Gomes Canotilho (2001:707) “qualquer reforma da Administração exige reforma do Estado e qualquer reforma do Estado é indissociável da reforma da Administração”.¹⁵

Diante disso, no mister de se delinear uma evolução da Administração Pública, esta pode ser designada como sendo o poder público empenhado na satisfação imediata de interesses da comunidade heteronomamente fixadas (Soares/1983:136), com o objetivo prioritário de defender e proteger os direitos dos cidadãos perante autoridades administrativas (Dias; Oliveira/2006:20). Outrossim, agora em sentido material, conforme aponta Marcello Caetano (1980:05), “o conjunto de decisões e operações mediante as quais o Estado e outras entidades públicas procuram, dentro das orientações gerais traçadas pela política e diretamente ou mediante estímulo, coordenação e orientação das atividades privadas, assegurar a satisfação regular das necessidades coletivas de segurança, bem-estar dos indivíduos, obtendo e empregando racionalmente para esse efeito os recursos adequados”.

Nesse sentido, agora, sob uma perspectiva histórico-evolutiva, bem como, numa visão conjunta do desenvolvimento e transformação do Estado/Administração, pode-se identificar as seguintes fases.¹⁶

Primeiramente, no Estado Liberal, tem-se a vinculação do Estado à lei — o princípio da legalidade da administração, bem como, a separação dos poderes estatais

15 Sob a idéia de que as mutações políticas têm sempre grande repercussão sobre as estruturas da organização administrativa vide, Freitas do Amaral (2004:150).

16 No âmbito dessa modernização do Estado e da Administração, Gomes Canotilho (2001:713) aponta três planos de análise estratégicas modernizadoras: (i) o da compreensão dos novos papéis do Estado e da Administração (teoria clássica das funções do Estado); (ii) o da captação dos novos quadros e condicionamentos externos conducentes a justificações de novos modos de atuação do Estado e da administração (liberalização dos mercados, globalização); (iii) o da análise das diferentes estruturas, procedimentos e comportamentos internamente relevantes para os processos de mudança. O autor ainda faz um elenco desses condicionalismos externos, dentre eles: globalização e internacionalização dos bens e fatores de mercado com as conseqüências de uma permanente concorrência de países e regiões; deslocação de funções, competências e possibilidades de conformação política do Estado nacional para organizações supranacionais e internacionais — sobre o assunto (Machete/2007:35-41); erosão acentuada do caráter vinculativo, das pretensões de universalidade e universalização e do grau de eficácia das normas jurídicas produzidas pelo Estado; influência e decisivo relevo, para todos os domínios existenciais — do econômico ao cultural, do social ao individual, do nacional ao internacional —, das tecnologias de informação e comunicação.

por diversos centros organizatórios — o princípio da separação dos poderes, o que caracteriza o nascimento do direito administrativo.¹⁷

Contudo, o colapso da política liberal e o seu não comprometimento com o princípio da igualdade, somado a diversos acontecimentos da primeira metade do século XX, fizeram com que verdadeiras mudanças fossem provocadas no comportamento estatal. Nesta senda, abre-se caminho para uma Administração mais interventora e compromissada com as políticas sociais.

As fronteiras entre Estado e Sociedade, assim, foram-se diluídas.

A esse respeito, assinala Rogério Soares (1986:29), “ao lado da tradicional Administração de autoridade, representada pela polícia, desenvolve-se aquilo que se chamará de uma Administração de prestação para pôr em relevo a intenção de fornecer aos cidadãos meios de satisfação direta de necessidades nos mais variados setores, desde a educação ao desporto, desde a saúde à previdência, desde a habitação à alimentação. Isto quer dizer que teremos um leque muito mais largo de atuação da Administração do que no fim do século passado “XIX”, quando a intervenção significava ou o alargamento da polícia (mudando do sentido negativo de garantia de liberdade para um positivo de regulamentação dessa liberdade), ou a realização de atividades pouco apetecidas ou deficientemente desenvolvidas pela iniciativa privada (transportes e comunicações, p. ex). Esta nova Administração é, ao contrário da anterior, um instrumento de transformação da sociedade para a realização duma ideia de justiça social”.

A sociedade passa, então, de certa forma, a atuar cada vez mais na concretização das atividades estatais por intermédio das funções e responsabilidades delegadas, pelo Estado, aos entes privados.¹⁸ Acompanha esse perfil mais interveniente da Administração — Estado Social, um exponencial aumento da máquina administrativa, seguido do crescimento de empresas públicas, autarquias e outras figuras institucionais.

Todavia, a Administração Pública, cada vez mais hipertrofiada e burocrática, depressa deu sinais de ineficiência, deparando-se, assim, com o fracasso no desempenho de suas missões públicas.

O que se deu em seqüência foi a transição do Estado social para o regulador, e com isso, um tumultuado processo de reestruturação — política e administrativa, com alterações imediatas nas entidades e órgãos públicos, nos próprios agentes

17 Nos dizeres de Rodrigues Queiró (1976:05), direito administrativo seria entendido como “o conjunto de normas jurídicas que disciplina a administração pública.”

18 Nessa nova organização administrativa têm-se a passagem da centralização à descentralização da Administração Pública, e com isso uma configuração pluralista da mesma. O governo dirige os serviços e atividades da administração direta superintende na administração indireta e exerce tutela sobre a administração autônoma.

do Estado, na natureza jurídica e operacional das administrações direta e indireta, no controle dos atos da Administração, etc.

Em um primeiro momento, a Administração, sob a predominância da filosofia regulatória, põe-se numa atividade de desregulamentação¹⁹ e desburocratização. Constatando-se, assim, um real avanço da atividade regulatória e um recuo da atividade produtora e prestadora de serviços do Estado.

Esta primeira fase ou etapa coincide, cronologicamente, com os finais dos anos 70 e se espalha ao longo dos anos 80 do século XX — que também assiste ao processo de desestatização e de privatização.

Na década de 90, agora sobre forte influência do direito comunitário, buscou-se otimizar e melhorar a qualidade da normação regulatória, sobretudo, com a introdução de arranjos institucionais e mecanismos técnicos, como: informação, consulta e participação pública, listas de controle e análise do impacto das regulações.

Atualmente, na continuidade da evolução e reforma da Administração Pública, busca-se estabelecer políticas e/ou programas de melhoria na qualidade reguladora.

Dentre as finalidades dessas políticas regulatórias estão o melhoramento da eficácia e eficiência dos regimes de prestação de serviços públicos, a transparência e as responsabilidades do conjunto do sistema regulador, etc.

Por último, cumpre salientar, a modernização na gestão da Administração Pública, como é exemplo o “*New Public Management*”, e, também, a atenuação/ativação das responsabilidades públicas aos particulares, os quais passam a exercer tarefas públicas.²⁰

3. ESTADO GARANTIDOR

Associado a todo esse complexo processo de reconfiguração das missões e da posição do Estado, está a delimitação do patamar em que se encontra, hodiernamente, a responsabilidade pela execução das tarefas públicas.

Primeiramente, assistiu-se a passagem do abstencionismo liberal, ao intervencionismo “sufocante” do modelo social. Hoje, verifica-se, no contexto do “*after privatization*” uma configuração intermédia. O Estado assume, concomitantemente à função de regulador, um papel de garantidor das tarefas públicas.

Como assinala Pedro Gonçalves (2008:159), “a privatização material estendeu-se, pois, para zonas claramente abrangidas por um ‘dever estadual de garantia’: com esta fórmula, pretende-se representar o dever ou a incumbência

19 Redução das regras governamentais para o funcionamento da economia.

20 A política do *New Public Management* e a atenuação das responsabilidades do Estado serão melhores analisadas no capítulo III dessa pesquisa.

constitucionalmente imposta ao Estado de ‘garantir’ ou ‘assegurar’ a realização de certos fins (defesa dos direitos dos cidadãos, promoção do bem-estar, segurança, fornecimentos de serviços essenciais)”.

E continua, “o juízo segundo o qual o dever estadual de garantia não reclama, em todos os casos, uma responsabilidade do Estado no plano executivo só se tornou plausível após se concluir que, no ‘*after privatization*’, o Estado ficaria em condições de continuar a assumir a sua indeclinável responsabilidade jurídico-constitucional pela realização dos fins e dos interesses protegidos pela garantia”.

O Estado de Garantia²¹ foi, assim, chamado a assumir uma nova posição, a de garante da realização de dois objetivos ou interesses fundamentais²²: (i) o correto funcionamento dos setores e serviços privatizados, e (ii) a realização dos direitos dos cidadãos, designadamente dos direitos a se beneficiarem, em condições acessíveis, dos serviços de interesse geral. A assunção de uma responsabilidade pública de garantia acaba por traduzir a persistência do compromisso estadual com a realização do princípio da socialidade e de outros fins constitucionais (Canotilho/2003:353).²³

Assim sendo, no Estado Regulador/Garantidor busca-se uma conciliação entre os ditames e interesses comunitários (liberdades econômicas e concorrência), as transformações político-econômicas (privatização, liberalização) e os objetivos constitucionalmente consagrados nos Estados (bem-estar/coesão social e econômico, desenvolvimento sustentável, etc.).²⁴

O que se busca concretizar por intermédio de uma regulação cada vez mais adequada, coerente e não sufocante, bem como, pela atenuação e ativação das responsabilidades públicas aos privados.

21 Sobre o tema, dentre outros autores: Franz Jurgen Sacker (2005: 280 e ss), Karl Heins Ladeur (2006: 340 e ss); Claudio. Franzius (2003: 243 e ss); Rainer Schroder (2007:160 e ss).

22 Nesse sentido, Pedro Gonçalves (2006:537).

23 Seguindo o pensamento de Gomes Canotilho (2001:717), já em outra parte, “a mudança de compreensão das funções e papéis do Estado reside no fato de uma tarefa erguida à tarefa pública não ser obrigatoriamente prosseguida, de forma direta, pela administração. O exercício de tarefas públicas por privados não significará sempre uma verdadeira retirada do Estado, mas tão somente a escolha de uma outra forma de prossecução de tarefas públicas. O Estado permanece responsável, mas a tarefa pode ser prosseguida e executada com mais efetividade, eficiência e economicidade se se adotarem novos padrões de organização. Estas sugestões encontram pleno acolhimento, como se sabe, não apenas nos processos de privatização, mas também nas formas de cooperação-coordenação dos particulares com a administração. Se a isto acrescentarmos a crescente preferência do Estado por esquemas reguladores, ou seja, pela imposição de regras públicas sobre atividades privadas de especial sensibilidade comunitária (gás, telecomunicações, eletricidade, águas, transportes), facilmente chegamos à conclusão de que os papéis e funções do Estado sofreram importantes deslocamentos compreensíveis nos últimos trinta anos. Começou-se, nos anos setenta e oitenta, pela liberalização e privatização. Seguiu-se, nos anos noventa, a re-regulação, ou seja, o controle das escolhas privadas por imposição de regras públicas, precisamente em domínios dos quais os Estados se havia retirado. Assiste-se hoje, de forma difusa, à articulação de regulações, isto é, à articulação das regulações nacionais que tomam em conta variantes institucionais específicas com a regulação europeia”.

24 No caso do Direito Português tem-se o artigo 81 da CRP.

Como assinala Pedro Gonçalves (2006:538), “a regulação representa, na verdade, a pedra de toque do novo modelo de intervenção pública na economia e nos mercados, surgindo como instrumento por excelência de efetivação da responsabilidade de garantia. Em grande medida, é por via da regulação que hoje se realiza o dever estadual de garantir ou assegurar a realização do interesse público e de proteção ou até de realização dos direitos dos cidadãos”.

4. REGULAÇÃO DO ESTADO

No que tange ao termo Regulação, como alude Vital Moreira (1997:34), “há duas ideias que se ligam ao seu conceito etimológico: primeiro, a ideia de estabelecimento e implementação de regras, de normas; em segundo lugar, a ideia de manter ou restabelecer o funcionamento equilibrado de um sistema”.^{25 26}

No entanto, o conceito de regulação está longe de um consenso unânime dos autores, sobretudo, por se tratar de um termo polissêmico. Dessa feita, podem-se enumerar algumas definições encontradas na doutrina.

Dentre elas a do próprio Vital Moreira (1997:34), com base nos apontamentos anteriores: “o estabelecimento e a implementação de regras para a atividade econômica destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado, de acordo com determinados objetivos públicos”.

Já na visão de Pedro Gonçalves (2006:540)²⁷: “conhecendo uma pluralidade de conteúdos e de significações, o conceito de regulação do Estado é aqui assumido como categoria conceitual que identifica uma intervenção estatal externa (hetero-regulação) na esfera da economia, do mercado e, em geral, das atividades privadas desenvolvidas em contexto concorrencial; em traços genéricos, essa intervenção consiste na definição das condições normativas de funcionamento da atividade regulada e no controle da aplicação e observância de tais condições.”

Na doutrina brasileira pode-se retirar o conceito emitido por Marçal Justen Filho (2002:40). “Regulação estatal pode ser definida como um conjunto ordenado

25 Mais sobre o conceito de Regulação em (Sanches/2000:05-22), na doutrina brasileira, vide Bilac Pinto (2002).

26 Em outro ponto, afeto às teorias da regulação, pode-se elencar algumas doutrinas sobre a matéria. Todavia, a fundamentação que é tradicionalmente aceita é a do interesse público (*public interest theory*), formulada no contexto regulatório anglo-saxão. Pode-se citar, ainda, a “teoria dos interesses de grupos”; a qual entende a regulação como resultado do relacionamento entre diferentes grupos e o Estado, em vista de proteger a atividade em si; a “teoria do interesse privado” ou “Teoria de Chicago”, oposta da teoria do interesse público, por afirmar que a regulação se presta a proteger interesses econômicos privados, os quais agem em captura do agente regulador, que, por sua vez, age em benefício dos entes regulados ao invés de fazê-lo em prol do interesse público. Mais sobre o assunto em (Ogus/1994:29-75) e (Baldwin; Cave/1999:19-33).

27 O autor continua (2006:541) “a atuação reguladora poderá conhecer um sentido conformador, dirigista, disciplinador ou simplesmente controlador, mas traduz, em qualquer caso, uma ação de ‘alguém que está de fora’, que se comporta como agente exterior à atividade regulada, *hoc sensu*, o Estado regulador situa-se na posição de um ‘estranho’ ao exercício efetivo da atividade regulada; interfere, intromete-se apenas para definir as regras de desenvolvimento da atividade, bem como, para implementar e fiscalizar a verificação de tais regras”.

de políticas públicas que busca a realização de valores econômicos e não econômicos, reputados como essenciais para determinados grupos ou para a coletividade. Essas políticas envolvem a adoção de medidas legislativas e administrativas, destinadas a incentivar práticas privadas desejáveis e a reprimir tendências individuais e coletivas incompatíveis com os valores prezados”.

Diante de todos esses apontamentos, pode-se dizer, em síntese, que a regulação engloba a capacidade para o estabelecimento de normas — leis, regulamentos, etc., a garantia da sua aplicação e execução, bem como a fiscalização do seu cumprimento e, se for o caso, a punição das infrações/desrespeito às regras.

Nesse sentido, o processo de regulação implica as seguintes fases: formação das orientações da regulação; definição e operacionalização das regras; implementação e aplicação das regras; sancionamento dos transgressores; decisão dos recursos. Resultando, assim, numa verdadeira conjugação de poderes normativos, executivos e sancionatórios.

Hodiernamente, o que se altera em relação ao conceito de regulação pública tradicional é que não se pretende impor determinados fins exteriores ao próprio mercado e contras as regras deste (regulação lesiva do mercado, através de fixações de preços, limitações ao acesso ao mercado, etc.). A nova ordem do mercado exige que a regulação adquira um novo conteúdo assente em princípios “conformes ao mercado”, visando fomentá-lo e defendê-lo. Os fins e os objetivos passam a ser os que resultam do funcionamento do mercado, aberto e transparente, visando, assim, a regulação tão só fixar regras gerais e garantir a sua aplicação de uma forma mais independente (Maças; Moreira/2002:08).

Nesse supedâneo, passou-se do modelo tradicional de regulação, realizada diretamente pelo Estado, à moderna regulação, desempenhada por entidades independentes.

Primeiramente, o Estado praticava, por intermédio das empresas públicas, um tipo de regulação endógena. Isto é, além da sua presença direta na economia, a empresa pública dispunha de poderes de regulação externa de toda a atividade do respectivo setor e dos respectivos operadores privados. Havia uma cumulação da atividade empresarial com uma atividade administrativa de regulação (Moreira/2001:228).

Somada a essa regulação indireta por via da empresa pública, tem-se a regulação por vias diretamente administrativas, como: o condicionamento do acesso ao mercado ou restrições a liberdade comercial das empresas privadas.

Em seguida, verifica-se a regulação tradicional, efetuada diretamente por organismos da administração direta do Estado, ou, por organismos administrativos criados especificadamente para essas tarefas de regulação, relativamente autônomos — agências públicas ligadas à administração indireta do Estado.

Entretanto, é a partir das últimas décadas do século XX que o cenário da regulação altera-se substancialmente, nomeadamente quanto ao seu formato institucional e quanto à relação com o governo. A regulação passa a ser efetuada por entidades independentes.

O que ocorre por consequência, sobretudo, dos movimentos de liberalização e privatização. Além, é claro, da influência do direito comunitário europeu.

A racionalidade dessa regulação consiste na desgovernamentalização, despoliticização e despartidarização da função reguladora, fazendo prevalecer os valores da imparcialidade, da tecnicidade e da previsibilidade (Moreira/2001:230).

Em outras palavras, a distinção da regulação independente com o modelo tradicional consiste em àquela se afastar da órbita governamental e, com isso, das habituais funções administrativas e da execução/submissão das leis em geral.

4.1. Regulação Econômica e Social

Interessa, por ora, focar a atenção sobre uma distinção freqüentemente proposta pela doutrina e de extrema valia para a continuidade da pesquisa: regulação “econômica” e regulação “social”.

A regulação econômica²⁸ tem por objeto a regulação da própria atividade em si mesma, como: entrada de empresas nas atividades, mercados, preços, quantidade e qualidade dos produtos e serviços, etc. A regulação social²⁹ tem finalidades externas à atividade econômica: proteção ambiental, defesa dos consumidores, segurança, etc.

Como assinala João Confraria (2005:25), “a regulação econômica centra-se no estabelecimento de regras sobre preços e qualidade de serviço, número de empresas, condições de acesso às atividades e investimentos. A regulação dita social, por seu turno, relaciona-se com a proteção do meio ambiente, com a

28 Para Jorge Vasconcelos, retirado do Glossário de economia industrial e do direito da concorrência, “a regulação econômica, em sentido lato, consiste na imposição de regras emitidas pelos poderes públicos, incluindo sanções, com a finalidade específica de modificar o comportamento dos agentes econômicos no setor privado. A regulação é utilizada em domínios muito diversos e recorre a numerosos instrumentos, entre os quais o controle dos preços, da produção ou da taxa de rentabilidade (lucros, margens ou comissões), a publicação de informações, as normas, os limiares de tomada de participação. Diferentes razões têm sido avançadas a favor da regulação econômica. Uma delas é limitar o poder de mercado e aumentar a eficiência ou evitar a duplicação de infra-estruturas de produção em caso de monopólio natural. Outra razão é proteger os consumidores e assegurar um certo nível de qualidade assim como o respeito de certas normas de comportamento, nomeadamente em matéria de deontologia para algumas profissões liberais como os médicos ou os advogados. A regulação pode também ser adotada para impedir a concorrência excessiva e proteger os fornecedores de bens e serviços”.

29 A vertente social da regulação estatal justifica, como aponta Pedro Gonçalves (2006:538), que o processo de reconfiguração do papel do Estado e o trânsito para uma nova etapa, de uma ação mais modesta, não significa um retorno à época liberal do século XIX: mantém-se presente um Estado socialmente ativo.

saúde, com as condições de trabalho, com a qualidade e segurança de bens e serviços e com a defesa dos consumidores, através da imposição de restrições principalmente sobre a tecnologia de produção ou sobre as características físicas e tecnológicas dos produtos”.

Já na visão de Cunha Maques (2005) “classicamente, a regulação, quanto ao fim, distingue-se entre econômica e social, consoante as suas motivações, conquanto, por vezes, a fronteira entre ambas seja pouco clara. No presente contexto, a regulação incidirá sobre a regulação econômica, cujo o principal objetivo é a maximização do bem-estar social, induzindo as entidades gestoras a produzirem aquilo que é desejável, de forma a alcançar resultados ótimos no que concerne aos preços praticados, às quantidades produzidas e aos padrões de qualidade oferecidos. A regulação social possui finalidades exteriores à atividade econômica, como *inter alia*, a preservação ambiental, a segurança e a defesa das condições de igualdade no trabalho, e a proteção dos interesses dos consumidores”.

No que se refere à regulação dos serviços públicos, hoje, serviços de interesse geral, não ocorre uma modalidade pura de regulação — econômica ou social, e sim, uma espécie de regulação mista, preocupada tanto com questões de cunho econômico quanto social.

Por fim, a título de complementação, tem-se a divisão do direito da regulação em “direito administrativo da regulação” — quando as normas regulatórias se dirigem às entidades reguladoras e a outras instâncias da Administração Pública, e “direito privado da regulação” — quando as normas de regulação se dirigem diretamente aos regulados.³⁰

4.2. Regulação Setorial e Regulação Transversal

O instituto da regulação ainda compreende mais um tipo de divisão: a regulação setorial e a regulação transversal.

Primeiramente, tem-se a regulação setorial que atinge setores determinados da economia, pelo que regulados são apenas os operadores econômicos que atuam nos setores atingidos — energia, comunicações, etc. (Gonçalves/2006:541). Ou seja, abrangem, somente, determinados setores econômicos específicos (os outrora chamados de grandes serviços públicos, agora, serviços de interesse econômico geral). Para tanto, pressupõe poderes normativos, sancionatórios, de fiscalização e supervisão.

A regulação setorial distingue-se da regulação transversal, vez que, trata-se de uma regulação através da intervenção contínua e indispensável para atingir os objetivos aceitáveis nos setores de interesse geral (Marques; Almeida; Forte/2005:20).

³⁰ Divisão acolhida por Pedro Gonçalves (2006: 545).

Essa regulação é efetivada por autoridades distintas em cada setor econômico, as quais visam disciplinar as atividades dos prestadores de serviços regulados.

Por seu turno, as regulações transversais são as “aplicáveis à generalidade dos agentes econômicos. É o caso paradigmático da regulação da concorrência, que arranca da premissa de que a economia e o mercado devem funcionar sem interferência pública, salvo no caso de ocorrência de patologias e desvios mais ou menos graves, abusos ou práticas lesivas do interesse geral” (Gonçalves/2006:542). Incide, de certa forma, sobre toda a economia.

Nesse mister, tal regulação, procura estimular as regras do mercado a fim de promover um salutar ambiente concorrencial, aplicando-se a todos os agentes econômicos (Gonçalves/2006:542), e, não somente a determinados setores em que se justifica uma ação específica do Estado. Pode, dessa forma, ser exercida por órgãos exclusivos destinados à proteção da concorrência (autoridade de defesa da concorrência), ou, até mesmo, pelas autoridades setoriais reguladoras de serviços de interesse econômico geral (Marques; Almeida; Forte/2005:15).

A ação regulatória dá-se em sentido impeditivo e repressivo de práticas de defesa da concorrência, mas, por vezes, poderá incidir na própria estrutura empresarial.

5. CONCLUSÕES PARCIAIS

Percebe-se, ante o exposto, uma grande reestruturação na forma de intervenção estatal no domínio econômico. Uma verdadeira mudança de paradigmas do Estado e da Administração.

Primeiramente com a passagem do Estado Liberal para o Social, depois disso, a opção por um modelo de “terceira via” o Estado Regulador, como aponta Fritz Werner (*apud*, Canotilho/2003:707), uma verdadeira fuga para a regulação — o que se verifica, sobretudo, a partir dos anos 80.

Dessa feita, o último quartel do século XX dá início a uma reorganização das tarefas consideradas públicas, e, por conseguinte, a modernização do Estado/Administração em prol de eficiência e funcionalidade nas funções e órgãos do Poder Público.

Com relação aos serviços públicos, estes deixam de ser geridos diretamente pelo Estado e passam a serem executados, maiormente, pelos privados. Consequentemente, dá-se uma notável transformação das formas de administração econômica — desestatização, privatização, criação de entidades reguladoras, etc.

Diante disso, o Estado, então, exerce, agora, essencialmente a função de regulador da economia, conciliando o mercado com as necessidades sociais. Além disso, assume uma posição de garante das tarefas e dos interesses públicos.

CAPÍTULO II

DO SERVIÇO PÚBLICO TRADICIONAL AO SERVIÇO DE INTERESSE ECONÔMICO GERAL

SUMÁRIO: 1. *Service Publique* Francês: 1.1. Classificação do Serviço Público na doutrina Clássica Francesa; 1.2. Modos de Gestão dos Serviços Públicos; 1.3. Crise da Concepção Clássica Francesa do Serviço Público — 2. *Public Regulatory* Americano: 2.1. As *Public Utilities* Americanas e o Serviço Público a Nível Europeu — 3. Os Serviços Públicos no Direito Europeu: 3.1. O Tratado de Roma; 3.1.1. O Tratado de Roma e o Serviço Público; 3.1.2. O Disposto no Artigo 86 (antigo artigo 90) do Tratado de Roma; 3.2. Ataque e Defesa ao Sistema Tradicional dos Serviços Públicos; 3.2.1. A Ofensiva aos Serviços Públicos; 3.2.2. A Defesa Francesa ao Serviço Público; 3.3. Carta Europeia dos Serviços Públicos; 3.4. As Instituições da União Europeia e a Nova Perspectiva Comunitária do Serviço Público; 3.4.1. Tratado de Amsterdã; 3.4.2. Comunicação 2000; 3.4.3. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; 3.4.4. Outros Documentos Comunitários; 3.5. O Tribunal de Justiça e a Jurisprudência Comunitária do Serviço Público — 4. Serviços de Interesse Econômico Geral — SIEG: 4.1. A Concepção Comunitária de Serviço de Interesse Geral; 4.2. O Tratado de Amsterdã; 4.3. SIEG's — Exigências Comunitárias e Elementos Caracterizadores; 4.4. Os Serviços de Interesse Econômico Geral e sua Definição pelos Estados-Membros — 5. Conclusões Parciais.

O presente capítulo percorrerá a trajetória do serviço público europeu, nomeadamente os de natureza econômica, até se chegar à caracterização hodierna do serviço de interesse econômico geral.

De início será analisado o modelo francês de serviços públicos, tendo em vista seu forte alcance sobre o modelo adotado nos demais países da Europa Ocidental. Em sequência, o modelo americano das *public utilities*, e sua influência no direito europeu.

Por último, a análise da materialização dos serviços de interesse econômico geral, bem como, a recepção e concretização desse novo instituto pelas instituições europeias.

É o que se passa a fazer.

1. *SERVICE PUBLIQUE* FRANCÊS

O instituto jurídico do serviço público desenvolveu-se nomeadamente no direito francês, onde, constituía “a pedra angular do direito administrativo” na concepção de Gaston Jézé (*apud* Machete/2007:173). Autor que desenvolveu a partir da noção de serviço público o sistema do Direito Administrativo francês.

O surgir da teoria do serviço público se deu, nomeadamente, no final do século XIX e coincide com o progresso do liberalismo político e das ideologias solidaristas. Traduz, no campo do direito, o esforço realizado no domínio público de consolidar o pacto republicano.

A jurisprudência administrativa construiu a doutrina do serviço público fazendo-a assentar em dois pilares: na legitimidade de intervenção pública substanciada na ligação orgânica da atividade do Estado ou a outra pessoa coletiva

de direito público — critério orgânico —, e, numa missão de interesse geral — critério material ou funcional (Machete/2007:174).

Na seqüência do desenvolvimento desse instituto, pode-se destacar, no início do século XX, Hauriou, que pôs em relevo a importância do serviço público como “serviço prestado ao público de maneira regular e continua para satisfazer uma ordem pública e por uma organização pública” (Caetano/1980:1068).

Seguindo, em mesma época, tem-se a concepção de Leon Duguit. Para o autor o serviço público seria toda a atividade cujo desempenho devia ser assegurado pelos governantes como indispensável à realização e ao desenvolvimento da independência social, não podendo, por sua natureza, ser integralmente cumprida senão com a intervenção da força governante.

Nas suas próprias palavras: “*On aperçoit dès lors la notion de service public: c’est toute activité dont l’accomplissement doit être réglé, assuré et contrôlé par les gouvernants, parce que l’accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l’interdépendance sociale et qu’elle est de telle nature qu’elle ne peut être assurée complètement que par l’intervention de la force gouvernante.*” (Duguit/1923:73).

Duguit tinha, claramente, uma noção sociológica do serviço público — atividade social que em dado momento não podia deixar de ser assegurada pelos governantes.

Por outro lado, seu discípulo, Gaston Jezé, mais cingido ao positivismo jurídico, atendia as realidades do direito positivo. Para ele, dizer que em certa hipótese há serviço público significaria que para dar satisfação regular e continua a dada categoria de necessidades de interesse geral os agentes públicos podem aplicar os processos do direito público, isto é, um regime jurídico especial, segundo o qual a organização do serviço público pode ser modificada a todo momento pelas leis e regulamentos, sem que se possa opor qualquer obstáculo invencível da ordem jurídica. Trata-se, portanto, de uma obrigação pública, uma prestação administrativa fora do mercado (Caetano/1980:1068).^{31,32}

Diante disso, pode-se, resumidamente, designar o serviço público, na tradição francesa e em sentido estrito, como sendo aquelas prestações organizadas e

31 “Em termos históricos, podem enunciar-se algumas funções associadas ao conceito de serviço público considerado como um verdadeiro pilar da tradição jurídico-administrativa continental. Inicialmente, começou por se identificar com a própria essência do Estado, representando a finalidade última de qualquer atuação estadual e, portanto, seu fundamento e limite. De igual forma, foi mobilizado, a nível jurisprudencial, como critério operativo de aclaração da repartição de competências entre a jurisdição comum e a jurisdição administrativa no ordenamento jurídico francês. Como refere Leon Duguit, fundamentando-se no princípio da interdependência e da solidariedade social, ‘e a volta da noção de serviço publico que gravita todo o direito público’ moderno” (Lopes/2003:151).

32 Esta visão rígida de serviço público puramente administrativo, alicerçada na doutrina de Duguit e de Jezé, e depois também de Bonnard, mas combatida por Berthelemy e Hauriou, manteve-se, praticamente intocada até a 1ª Guerra Mundial (Quadros/2001:281).

proporcionadas pelo poder público aos particulares, destinadas a satisfazer necessidades coletivas essenciais suscetíveis de fruição individual. Na sua concepção clássica, o serviço público representa a responsabilidade do poder público pelo bem estar coletivo. É a ideia de que a iniciativa privada e o mercado não podem responder a essas necessidades coletivas em termos satisfatórios, já porque não garantem sequer a existência dos serviços (Moreira/2003a:227).

Nesse mesmo sentido, Chevallier (1997:12), ao apontar que: “o serviço público é um princípio de valor que guia a gestão pública, tendo a função de assegurar o fornecimento de prestações aos cidadãos e às organizações, cobrindo toda a vida social com uma armadura de serviços. De um lado, a Administração cumpre tarefas de assistencialismo aos cidadãos desafortunados e assume os serviços de educação, cuidados de saúde e previdência social e, de outro, assume os encargos das grandes funções, como abastecimento de energia, água e telefonia, dando suporte estrutural ao desenvolvimento econômico. A essas últimas tarefas, denominaram-se serviços públicos industriais e comerciais.”

Uma última nota se coloca em relação aos serviços industriais e comerciais, adiante entendidos como econômicos. A tradição francesa, por intermédio das “Leis de Rolland”, consolidou, em termos gerais, certos princípios que deviam reger tais atividades, dentre eles se destacam: (i) princípio da igualdade, estabelecendo que todos os utentes têm direito ao mesmo tratamento e à mesma forma de acesso aos serviços públicos, independente da localização geográfica em que se encontrem; (ii) princípio da continuidade, relacionado com o caráter de essencialidade do serviço; e (iii) princípio da adaptação, determinando que o serviço público deve ser prestado de acordo com a variação dos interesses dos utentes, sendo a prestação melhorada, modificada e expandida continuamente.

1.1. Classificação do Serviço Público na doutrina Clássica Francesa

Ante a noção clássica de serviço público, acima apontada, faz-se necessário a distinção dos tipos de serviço público existentes. Tal dar-se-á consoante as afinidades apuradas segundo certos critérios, dentre eles os de maior relevância são: o do objeto e o da retribuição das prestações.³³

Quanto ao primeiro, distinguem-se os serviços públicos econômicos, os sociais ou de segurança social e os culturais.

- São serviços públicos econômicos aqueles que se propõem a satisfazer as necessidades coletivas de caráter econômico produzindo bens materiais, facilitando a circulação das pessoas, das coisas ou das ideias, ou fornecendo bens para consumo. Seriam os relacionados às prestações materiais;

33 A classificação adotada é a realizada por Marcello Caetano (1980:1069).

- São serviços públicos sociais, ou da segurança social, os destinados aos indivíduos que não podendo granjear meios de subsistência, hajam perdido o suporte familiar, ou então, os que visam a ajudar os indivíduos nas suas relações de interesse de ordem geral;
- Serviços públicos culturais são os que têm por objeto a educação, a instrução, o aperfeiçoamento dos indivíduos.

Segundo o critério de gratuidade das prestações há que distinguir os serviços públicos de prestações gratuitas e os serviços públicos de prestações onerosas.

- os de prestações gratuitas seriam os fornecidos aos utentes as prestações sem que tenha havido antes ou se exija em troca uma contraprestação correspondente, ou seja, não implicam nenhum pagamento por parte do usuário;
- os de prestações onerosas são realizados em troca de uma contraprestação em dinheiro ou que são elas próprias contraprestações de anteriores prestações dos utentes.

1.2. Modos de Gestão dos Serviços Públicos

A gestão do serviço público implica uma atividade constante destinada a manter a organização adequada aos seus fins e, com isso, assegurar um funcionamento eficiente. Na sua prestação tradicional estes eram fornecidos diretamente pelos poderes públicos, frequentemente em regime de monopólio, sem concorrência privada. Mas a lei, em certos casos, permitia que a pessoa coletiva de direito público, sem se demitir da supervisão do serviço, entregue a sua gestão aos particulares. Ou seja, se admitia a organização e fornecimento dos serviços públicos por delegação dos poderes públicos a outras entidades.

A prestação direta por parte dos poderes públicos podia revestir-se das seguintes formas (Moreira/2003a:229):

- a “*regie* direta”, se o serviço público fosse organizado e fornecido pelos serviços administrativos diretos do poder político;
- a administração indireta, se o serviço público era organizado e fornecido por um estabelecimento, instituto ou autarquia pública, com certa independência;
- empresa pública, se o serviço público era organizado e prestado por uma entidade pública de natureza empresarial.

Salienta-se, também, a gestão por concessão. Esta era praticada em relação aos serviços públicos económicos e consistia em confiar a exploração do serviço a uma empresa privada, por vezes, poderia ser até mesmo uma empresa pública, que atuaria, durante o prazo estipulado, por sua conta em risco, como se fora o concedente.

Como ressalta Vital Moreira (2003a:229), a figura da concessão presidiu a organização dos poucos serviços públicos até a I^a Guerra Mundial, por efeito da proibição do envolvimento do poder público na esfera econômica (concepção do Estado Liberal). A passagem a *regie* direta mediante estabelecimentos públicos desvalorizou a importância da concessão, passando os serviços públicos a incumbir predominantemente aos próprios poderes públicos.

1.3. Crise da Concepção Clássica Francesa do Serviço Público

A doutrina francesa clássica sobre o serviço público considerava que sua natureza pública implicava, como consequência necessária, a natureza administrativa da posição dos respectivos utentes. Assim, a natureza da posição do utente não variava em função do modo de gestão, seja ele explorado direta ou indiretamente por uma autoridade pública, seja ele explorado por uma entidade privada por concessão.

Desse modo, em todas as modalidades de gestão, a situação jurídica do utilizador era regulada por normas de direito administrativo. Os serviços públicos, incluindo os seus utilizadores, estavam submetidos a um regime administrativo. Isto é, os utentes encontravam-se numa situação regulamentada pela disciplina do direito público.

Todavia, a correspondência necessária entre o caráter jurídico do serviço público e a regulamentação pelo direito administrativo da posição jurídica do utente do mesmo serviço foi posta em causa com o aparecimento dos serviços de caráter industrial e comercial, bem como, do surgimento das empresas públicas. Por ser a noção de serviço público, um conceito, de certa forma, central do direito administrativo francês, instaura-se, a partir daí, uma crise doutrinal sobre a função e fronteiras desse ramo do direito (Machete/2007:174).³⁴

Dessa feita, passa-se, a partir do alargamento das prestações da administração a novos setores econômicos, a distinguir-se, na França, entre a categoria dos serviços públicos administrativos — integralmente subordinados a um regime administrativo, e a dos serviços administrativos de caráter industrial e comercial e, posteriormente, os de caráter social — aos quais se aplicam, sobretudo, normas de direito privado. É o caso designadamente do regime jurídico a que ficam sujeitos os utilizadores destes serviços.

Em um segundo momento, a concepção francesa do serviço público registrou uma segunda crise, ainda mais forte. Sofre o embate da ideologia “liberal” de raiz anglo-saxônica, especialmente do modelo do “*public regulatory*” americano — crítica do Estado do bem-estar e favorável ao mercado. As relações entre o titular do serviço e os utentes tornam-se privadas e o conceito de utente aproxima-se do de consumidor.

³⁴ No mesmo sentido Dulce Lopes (2003:151).

Soma-se a esse cenário, ainda sob a influência da ideologia liberal norte-americana, a globalização do mercado e o aumento da concorrência. O que acaba por iniciar um sentimento da inevitabilidade da reforma do Estado.

Passa-se, a partir de então, a dar crescente importância à concorrência e ao mercado e, também, adotam-se políticas de resultados.³⁵ No setor dos serviços públicos, em consequência destes movimentos, a concorrência sucede ao monopólio e a regulação à tutela administrativa.

2. PUBLIC REGULATORY AMERICANO

Essencialmente distinta da concepção europeia de serviço público, como encargo e responsabilidade direta do Estado, é a concepção tradicional americana das *public utilities*, cuja racionalidade também consiste em garantir a todos o acesso a um mínimo de serviços e bens essenciais.

As *Public Utilities* referem-se essencialmente às atividades exploradas pelas designadas indústrias de rede (água, comunicações, televisão, rádio, transportes ferroviários e aéreos, energia, gás) — as empresas que atuam nesse setor são definidas como “*enterprizes engaged in furnishing communication services, water supplies, transportation by bus, truck ou rail, or in manufacturing and distribution gas or electricity to the general public*” (Peter Fisher *apud* Gonçalves/1999b:18).

A ideia central é proporcionar o acesso de todos os cidadãos a certas prestações essenciais, de qualidade e com preços acessíveis. Nessa concepção, porém, mesmo esses serviços (considerados essenciais) mantêm substancialmente a categoria de mercadoria, fornecida através do mercado (mercadoria especial, mas mercadoria), e, por conseguinte, da concorrência³⁶, obedecendo assim uma racionalidade econômica e comercial.³⁷

35 A mudança no paradigma nas relações entre os cidadãos e o Estado veio igualmente contribuir para modificar a visão tradicional de serviço público. O Estado Providência trouxe consigo o alargamento dos direitos fundamentais que, para além dos direitos de liberdade, passam também a incluir os direitos sociais e os direitos de participação nos procedimentos administrativos e na própria gestão das organizações. Os direitos a prestações, os princípios de igualdade e da não discriminação aproximaram os utentes dos consumidores e deram um novo sentido a economia social de mercado (Machete/2007:177).

36 “...para los estadounidenses, la intervención pública pretende fundamentalmente la protección de la competencia, en la creencia de que un sistema competitivo es el mejor medio para conseguir un alto nivel de vida. Si bien, esto no debe entenderse como un total abandono de la prestación de servicios esenciales a la competencia en este país, que conoce también la sujeción de estas actividades a un régimen peculiar para la salvaguarda del interés público, sino como la construcción de la teoría del servicio público desde el respecto al mercado y la competencia” (Sendín García/2003:14).

37 Poderia haver monopólios públicos ou monopólios privados — publicamente regulados, sobretudo no caso dos “monopólios naturais” (indústrias de rede). Entretanto, a preferência vai no sentido de se estabelecer, por via de regulação externa, certas “obrigações de serviço público” a um ou mais operadores privados.

Os Estados Unidos partem, numa lógica liberal, da consideração do interesse geral como interesse comum, isto é, os sujeitos privados ao satisfazerem seus próprios interesses, satisfazem, por consequência, os interesses da comunidade. A função das autoridades públicas é garantir que a prossecução dos interesses dos particulares não seja corrompida por práticas injustas que impeçam a satisfação do interesse comum, do interesse público. Dessa forma, caso haja a necessidade, isto é, se o mercado não se mostrar eficiente na satisfação dos interesses e bem comum, poderão os poderes públicos intervir no mercado.³⁸

Apesar dessa lógica liberal em que o sistema norte-americano se fundamenta, o fato de aquelas empresas satisfazerem necessidades coletivas básicas irá determinar a sua sujeição a uma regulação pública especial “*public regulations*”, em cujos termos elas ficam vinculadas a observar obrigações impostas unilateralmente “*standard terms and conditions*” pelas designadas “*Public Utilities Conditions*” (Gonçalves/1999b:19).

No que respeita a regulação, a forma tipicamente norte-americana, já desde finais do século XIX, era a de separar essa tarefa em relação ao poder executivo e às “*executive agencies*”, confiando-a antes às comissões reguladoras independentes, dotadas de vastos poderes regulamentares, administrativos e sancionatórios.³⁹

Isto se dá de maneira tal que esta regulação não surge na intenção de reforçar os poderes estatais, e sim, de forma a coadunar os poderes das grandes empresas. Deste modo, o Estado trabalha como um controlador das liberdades económicas dos grandes poderios económicos.

Trata-se de uma espécie de regulação em que o Estado assume o papel de Polícia Administrativa, sem, entretanto, intervir no interior dessas atividades, nem pré-determinar os rumos da atividade empresarial (Ariño Ortiz/1996:97).

2.1. As *Public Utilities* Americanas e o Serviço Público a Nível Europeu

Nos últimos tempos pode-se visualizar uma maior convergência entre a forma de execução, prestação e gerenciamento a que se sujeitam os serviços públicos na

38 Como aponta Sendín García (2003:14-16) “*A tales efectos debe partirse del hecho de que, en el derecho americano, lo normal es que la prestación de los servicios esenciales sea, salvo excepciones, llevada a cabo por empresas privadas, que persiguen, como cualquier otra empresa, una rentabilidad económica, pero que, en cuanto prestan un servicio público, están sometidas a una regulación pública minuciosa, supervisada por el control judicial*”. E continua: “*Entre los americanos se parte del la consideración de que, a eses interés general sólo se puede llegar a través de un proceso en el que confluyan los distintos intereses particulares implicados, de cuya ponderación conjunta de haría expreso aquél. Lo que hace que el procedimiento de regulación deba tener un carácter abierto, que permita la participación de los diferente grupos de interés afectados, y lo suficientemente transparente para garantizar que esa participación sea efectiva*”.

39 Também nesse sentido, Rosenbloom e Kravchuk (2002:428) ao afirmarem que “a atividade regulatória americana é realizada através de agências (independentes ou subordinadas a algum departamento de Estado), cuidando dos mais diversos assuntos relacionados à atividade económica, tais quais segurança de produtos, proteção da vida animal e meio ambiente, emprego, campanhas eleitorais, dentre outros”.

União Europeia e Estados Unidos. Em ambos os contextos, se há manifestado uma tendência em substituir os métodos tradicionais de intervenção econômica, para a regulação do serviço público — acrescentando, pois, a necessidade de se regular a concorrência.

Como aponta Gonzalez-Varas Ibáñez (1996:447-451): *“El modelo norteamericano está especialmente resente en la labor normativa y jurisprudencial europeas. En Estados Unidos se practica una política de liberalización que influye en Europa y que puede servir así como modelo para la realización de las redes transeuropeas; igualmente, al profundizarse en la liberalización resulta un cambio respecto del modo en el que tradicionalmente se configuran las funciones del Estado, pues de un papel esencialmente interventor se pasa a un papel principalmente de control de las relaciones económicas.”*

E continua, *“Sin embargo, en todos los países del mundo, junto a necesidades económicas puramente individuales existe una necesidad de salvaguardar interés colectivos. Las vías para ello son, no obstante, diferentes. La teoría del servicio público podría ser considerada como una genuina expresión o versión europea al respecto. Así, se há mantenido, con acierto, que el modelo económico europeo, por contraposición al sistema norteamericano, está basado en el entendimiento conjunto entre reglas de la competencia y satisfacción de los servicios públicos. En este sentido, la tendencia y el intento de realizar una política social comunitaria conllevaría la necesidad de no prescindir de la noción de servicio público”*.

No que respeita ao interesse público, o Estado modelado pela “Escola de Duguit” deveria por si só desempenhar as atividades econômicas essenciais para a sua concretização. Em outro viés, nos Estados Unidos o interesse público deveria ser protegido por intermédio de instrumentos de submissão das empresas privadas prestadoras de serviços considerados essenciais para a sociedade, à regulação estatal, e sobre estas empresas seriam impostas obrigações especiais.

Sobre essa ótica, parece haver uma aproximação de objetivos entre esses modelos. Afinal, a regulação, norte-americana, tem o propósito de implementar certas políticas, as quais visam atingir resultados que as circunstâncias do mercado não levariam à concretização, não sendo, por esse prisma, essencialmente diverso da finalidade dos serviços públicos da Escola Francesa. Portanto, em ambos os modelos o interesse público permanece como foco da ação estatal.

No modelo francês acentua-se que o serviço público constitui parte integrante da Administração. Ao contrário, nos EUA a prestação de serviços de interesse econômico nunca fez parte da tradição administrativa. Ressalva-se o caso do Reino Unido, pois, se observa uma tradição mais flexível, admitindo-se em determinadas hipóteses a prestação desses serviços diretamente pelo Estado, não deixando, entretanto, de configurar, regra geral, que a Administração se limite à

atividade regulatória das prestações essenciais — parte-se da premissa de que toda a atividade econômica é privada.

3. OS SERVIÇOS PÚBLICOS NO DIREITO EUROPEU

3.1. O Tratado de Roma

O Tratado de Roma deu início a uma série de transformações na esfera econômica e política no continente europeu. Não foi por acaso que a partir dele ficou instituída a Comunidade Econômica Europeia.⁴⁰

A assinatura deste Tratado encetou o projeto de alcançar a supremacia econômica dos seus signatários. Para isso, as mudanças deveriam tomar o rumo da liberalização e da redução da intervenção do Estado ao mínimo necessário à manutenção do funcionamento do mercado. Essas medidas serviriam, de imediato, para facilitar o comércio entre os Estados-membros e garantir a livre circulação de bens, serviços, capitais e de pessoas (Justen/2003:138).

Nesse sentido, o Tratado de Roma assegurou a neutralidade em matéria de regime econômico, nomeadamente, no que respeita ao envolvimento do Estado na atividade econômica, sendo os Estados-membros livres para criar ou manter empresas públicas ao lado das empresas privadas. No entanto, o setor público da economia não pode por em causa duas ideias fundamentais: (i) a garantia da liberdade de iniciativa privada; e (ii) a primazia das regras de concorrência. O Estado pode manter-se como proprietário e empresário, mas, não pode em princípio estabelecer exclusivos públicos nem furtar-se às regras do mercado e da concorrência com as empresas privadas (Moreira/2003a:229).

O direito comunitário articula-se, assim, desde a origem da Comunidade Econômica Europeia — atual união Europeia, em um novo modelo econômico, baseado, sobretudo, nas teses da redução do Estado, da eficiência, da liberdade de iniciativa privada e da concorrência.

3.1.1. O Tratado de Roma e o Serviço Público

O Tratado de Roma desconhece quase que na sua totalidade a noção de serviço público. A criação de um mercado livre e fundamentado no liberalismo econômico não levou em consideração, num primeiro momento, uma noção desse instituto.

Além de não salvaguardar o conceito de serviço público, a orientação do Tratado foi ao sentido de reduzir os espaços ocupados pela atuação direta do Estado

⁴⁰ A preocupação preponderantemente econômica encontrava suas razões em virtude do momento histórico vigente, como: o panorama do pós-guerra, pois se encontrava uma Europa debilitada, sem condições de concorrer com o mercado mundial. Ademais, o crescimento econômico que se vivenciava nos Estados Unidos da América também influenciou a produzir o cerne dessa aliança que hoje se reconhece como União Européia.

no mercado, atingindo, em última análise, os serviços públicos, tais como se configuraram no período pós-guerra (Justen/2003:140).

Na redação inicial do Tratado que institui a Comunidade Europeia o conceito de serviço público é apenas encontrado no artigo 73 (anterior artigo 77⁴¹), no âmbito da política de transportes, permitindo a concessão de auxílios, desde que “correspondam ao reembolso de certas prestações inerentes a noção de serviço público”.

3.1.2. O Disposto no Artigo 86 (antigo artigo 90) do Tratado de Roma

No capítulo relativo às regras de concorrência encontra-se a novidade terminológica que guarda alguma identidade com a noção genericamente difundida de serviço público: trata-se da figura do serviço de interesse econômico geral.⁴²

O dispositivo do artigo 90 número 2, atual artigo 86 parágrafo 2⁴³, representa a transição para uma nova perspectiva do serviço público no direito europeu.

Tal preceito possibilita às empresas que se ocupem da gestão de serviços desta natureza a subtração, designadamente, às regras de concorrência se o seu respeito se revelar “um obstáculo ao cumprimento, de direito ou de fato da missão particular que lhe foi confiada”.

3.2. Ataque e Defesa ao Sistema Tradicional dos Serviços Públicos

3.2.1. A Ofensiva aos Serviços Públicos

O principal fator que caracterizou uma verdadeira “ofensiva” ao serviço público foi o rigor da Comissão Europeia e do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia na interpretação dada ao Tratado de Roma, em desfavor dos serviços públicos e em favor das regras de mercado e da concorrência.⁴⁴

41 Artigo 73 do Tratado de Roma: “São compatíveis com o presente Tratado os auxílios que vão ao encontro das necessidades de coordenação dos transportes ou correspondam ao reembolso de certas prestações inerentes à noção de serviço público”.

42 Como aponta Souvirón Morenilla (1998:251), o serviço público era, principalmente, uma questão que deveria ser subtraída à competência comunitária, uma vez que se referia a matérias irrenunciáveis e inegociáveis cometidas aos Estados. Por isso mesmo, durante muito tempo, o direito comunitário derivado não rompeu esse equilíbrio (Justen/2003:143). Este relativo desinteresse na exploração dos conceitos de serviço público e serviço de interesse econômico e geral, explica-se pela preocupação inicial de promover um espaço de livre circulação em termos concorrenciais, o que seria possível apenas em domínios consensuais; não se alargando assim as zonas politicamente sensíveis. Daí que a noção desses institutos tenha sido introduzida de modo a configurar uma derrogação possível, entre outras, às regras de concorrência (Gonçalves; Martins/2004:188).

43 Artigo 86, parágrafo 2, Tratado de Roma, “As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse econômico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto no presente Tratado, designadamente as regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de fato, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afetado de maneira que contrarie os interesses da Comunidade”.

44 Além disso, o processo de liberalização dos serviços públicos promovido pela integração europeia foi sentido, sobretudo, na França como um ataque direto a essa instituição tão cara aos franceses (Justen/2003:152).

Nos anos setenta começou-se a desenvolver a concepção da necessidade de extinção das intervenções estatais sobre a atividade econômica. Ademais, as tendências de supressão de benefícios que pudessem afetar a liberdade de competição econômica conduziram a fortes ataques aos monopólios estatais.

Como aponta Vital Moreira (2003a:235), os fatores da mudança de atitude das instituições comunitárias em relação aos serviços públicos tradicionais foram diversos, dentre eles:

- O programa do “mercado europeu”, visando criar um genuíno mercado sem fronteiras internas, que era obstaculizado pelos exclusivos públicos ligados aos serviços públicos, que eram outras tantas reservas nacionais, impedindo, portanto, uma interpenetração plena das economias nacionais;
- A campanha pela desintervenção do Estado na economia, que surgiu na Europa no princípio dos anos 80 vinda dos Estados Unidos, acompanhada da crítica neoliberal do modelo de serviço público e da economia pública em geral, acusando uma e outra de ineficiência, desperdício e ausência da liberdade de escolha;
- A crise fiscal e financeira do Estado “social” herdado das “décadas de ouro” do pós guerra (anos 50, 60 e 70), a qual potenciou as pressões para a privatização das empresas públicas, incluindo as encarregadas da prestação de serviços públicos.

O resultado foi a sucessiva liberalização e privatização dos serviços públicos tradicionais.⁴⁵

3.2.2. A Defesa Francesa ao Serviço Público

Depois de uma primeira fase assaz e agressiva contra os serviços públicos tradicionais, seguiu-se uma fase de temporização e de compromisso.

A França tomou “consciência” do processo de liberalização do setor dos serviços públicos e produziu uma contra-ofensiva a essa situação. Uma verdadeira mobilização popular ocorreu no intuito de assegurar a defesa e a continuidade dos regimes jurídicos configurados à ideia do serviço público à francesa.

No período entre 1992 e 1997, que termina com a assinatura do Tratado de Amsterdã, a França exerceu enorme pressão junto aos demais países para que

⁴⁵ A liberalização foi necessariamente precedida da empresarialização das formas tradicionais de organização dos serviços públicos, de modo a permitir-lhes concorrer no mercado com as novas empresas privadas. Por sua vez, a privatização tornou necessária uma prévia societarização das empresas públicas, transformando o seu capital institucional em capital social, titulado em ações e suscetíveis de serem alienados em bolsa (Moreira/2003a:236).

o tema recebesse o tratamento que os franceses julgavam merecer.⁴⁶ O produto de ampla discussão do tema resultou na redação de um novo dispositivo a ser inserido no Tratado de Roma consolidado. Dai surgiu o atual artigo 16 do Tratado da Comunidade Europeia, modificado em Amsterdã (Justen/2003:153).

3.3. Carta Europeia dos Serviços Públicos

A preocupação de regular a nível comunitário as atividades abrangidas pela ideia de serviço público foi também determinante na elaboração de um projeto de Carta Europeia dos Serviços Públicos. Para tanto, a Comissão Europeia fez uso da possibilidade facultada pelo artigo 86, n. 3⁴⁷, que lhe permite velar pela disposição do mesmo artigo através da emissão de instrumentos jurídicos vinculantes, tais como diretivas e decisões (Gonçalves; Martins/2004:190).⁴⁸

Dentre outras finalidades, a Carta Europeia de Serviço Público pretendia ser um documento interpretativo dos Tratados, atuando de forma subsidiária e flexível, de maneira a garantir a especificidade, diversidade e harmonia das organizações e da gestão dos serviços públicos. Para tanto, erigia o princípio da proporcionalidade como ponto propulsor da ponderação entre as regras do Tratado e os objetivos comunitários prosseguidos. Ademais, visava à construção de verdadeiras redes de serviço público em todo o território europeu.

Todavia, a Carta Europeia dos Serviços Públicos não logrou êxito.

O Tribunal de Justiça chamado a pronunciar-se sobre o alcance deste número entendeu que ele vai mais além do que a mera salvaguarda e manutenção do acervo comunitário, podendo densificar as obrigações que decorrem do Tratado e impor modelos organizativos dos serviços públicos, permitindo uma ampla e frutuosa elaboração comunitária nesta matéria (Gonçalves; Martins/2004:190).

3.4. As Instituições da União Europeia e a Nova Perspectiva Comunitária do Serviço Público

A busca de uma caracterização de serviço público a nível comunitário, ou melhor, a efetivação dos serviços econômicos de interesse geral, fez com que a

46 A noção, ou melhor, o “serviço público à francesa” diz respeito à identificação do instituto com um compromisso social. Isso significa que a exigência dos serviços públicos se presta também a atender uma exigência social de solidariedade e coesão social.

47 Artigo 86, n. 3, do Tratado de Roma: “A Comissão velará pela aplicação do disposto no presente artigo e dirigirá aos Estados-membros, quando necessário, as diretivas ou decisões adequadas”.

48 Também nesse sentido Dulce Lopes (2003/178): “O Projeto de Carta Europeia dos Serviços Públicos, de iniciativa francesa, visava a ser um documento interpretativo dos Tratados, e erigia, na senda do trilho comunitário, o primeiro princípio geral de funcionamento aplicável ao conjunto de serviços públicos o princípio da proporcionalidade, que radica na ponderação entre as regras inscritas no Tratado e os objetivos de interesses comuns prosseguidos”.

União Europeia, por intermédio das suas instituições, designadamente o Conselho, o Parlamento e o Tribunal de Justiça, buscasse concretizar tal instituto.

O que ocorreu, sobretudo, por intermédio do direito derivado e julgados comunitários — que permitiram adequar as normas de direito originário aos novos desígnios da política Europeia, e se concretizou, nomeadamente, nas alterações introduzidas no Tratado de Roma, em decorrência do Tratado de Amsterdã.

3.4.1. Tratado de Amsterdã

O artigo 16 do Tratado da Comunidade Europeia⁴⁹, modificado pelo Tratado de Amsterdã, assume particular relevo no âmbito de evolução da perspectiva Europeia acerca dos serviços públicos.

Sua inclusão no Tratado de Amsterdã segue a orientação da Comunicação apresentada pela Comissão acerca dos serviços de interesse geral na Europa⁵⁰. Tal justificava a relevância de um dispositivo específico para o tema, inclusive por considerá-lo compatível com a existência de um mercado interno e com a política de concorrência da Comunidade (Justen/2003:165).

O artigo 16 do Tratado, inserido na Parte I — relativa aos princípios por que se deve reger a Comunidade Europeia, considera os serviços de interesse econômico geral⁵¹ como um valor comum da União, e ressalta, principalmente, a sua contribuição para a promoção da coesão social e territorial do continente europeu.

3.4.2. Comunicação 2000

Algumas mudanças no entendimento dos serviços econômicos de interesse geral impulsionaram a emissão de mais uma Comunicação, também relativa a essa matéria, a Comunicação 2000.

Nesse documento reitera-se a quase integral compatibilidade entre as regras do Tratado relativas à concorrência e ao mercado interno com a prestação de serviços de interesse geral de qualidade e, quando tal não aconteça, é permitida a imposição de obrigações que poderão implicar a concessão de direitos especiais e exclusivos e a aplicação de sistemas de financiamento específicos. Formulam-se, igualmente,

49 Artigo 16: “Sem prejuízo do disposto nos artigos 73, 86 e 87, e atendendo a posição que os serviços de interesse econômico geral ocupam no conjunto de valores comuns da União e ao papel que desempenham na promoção da coesão social e do limite das respectivas competências e dentro no âmbito de aplicação do presente Tratado, zelarão por que esses serviços funcionem com base em princípios e em condições que lhes permitam cumprir as suas missões.”

50 Usualmente designada “Comunicação 96”. Elaborada em 1996 a propósito dos serviços de interesse econômico geral sugeriu a inclusão de um artigo que tratasse do papel desempenhado por eles na Comunidade. Assim, foi introduzido o artigo 16 ao tratado de Amsterdã.

51 O tema “os serviços de interesse econômico geral” será abordado logo adiante.

os princípios gerais nesta matéria, quais sejam o princípio da neutralidade, o princípio da liberdade dos Estados membros na definição dos serviços de interesse geral, bem como o princípio da proporcionalidade (Gonçalves; Martins/2004:194).

Procede-se, assim, uma análise dos vários setores, total ou parcialmente, liberalizados, aos quais foram impostas obrigações de serviço público.

3.4.3. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

Apesar de sua não constitucionalização, e do debate sobre sua qualidade como diploma jurídico-político, deve-se ressaltar a importância da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.⁵²

Tal diploma contempla, em seu artigo 36⁵³, a garantia de respeito ao acesso aos serviços de interesse econômico geral, nos moldes estabelecidos pelas leis e práticas nacionais e conforme as regras do Tratado da Comunidade Europeia.

A edição dessa Carta revela a inclinação do Direito Comunitário em adotar uma teoria dos serviços de interesse econômico geral vinculada à proteção dos direitos fundamentais (Justen/2003:175).

3.4.4. Outros Documentos Comunitários

No mesmo sentido dos diplomas supra citados, o Comunicado da Comissão Europeia — Serviços de interesse geral na Europa “2001/C”, trata da importância desses serviços no âmbito comunitário. Assim se verifica: “O interesse dos cidadãos constitui o elemento central da política comunitária relativa aos serviços de interesse geral. Estes serviços prestam um importante contributo para a competitividade global da indústria Europeia e para a coesão econômica, social e territorial. Enquanto utilizadores, os cidadãos europeus habituaram-se a obter serviços de elevada qualidade a preços razoáveis. Consequentemente, os utilizadores e as suas exigências são o principal alvo da ação pública neste domínio. A Comunidade protege os objetivos de interesse geral e a missão de servir o público.”

Nessa mesma linha a Comissão Europeia redigiu o Livro Verde de 2003⁵⁴, sobre os serviços de interesse geral, que assim dispõe no seu item 17: “A expressão

52 Na opinião de Dulce Lopes: (2003:173) “Trata-se de uma disposição que apenas acolhe e ratifica o acervo comunitário a este propósito, mas que, ao mesmo tempo, acaba por precisar a extensão do princípio da universalidade pelo qual se deve reger a prestação de serviços.”

53 Artigo 36: “A União reconhece e respeita o acesso aos serviços de interesse econômico geral conforme sejam promovidos pelas práticas e leis nacionais, de acordo com o Tratado que estabelece a Comunidade Europeia, com o fim de promover a coesão social e territorial da União”.

54 O Livro Verde é o documento que dá a conceituação dos serviços de interesse geral, remetendo diretamente aos serviços sujeitos a obrigações de serviço público — Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em Matéria de Contratos Públicos e Concessões, COM (2004) 327 – final.

‘serviços de interesse econômico geral’ [...] se refere a serviços de natureza econômica aos quais os Estados-Membros ou a Comunidade impõem obrigações de serviço público, por força de um critério de interesse geral. O conceito de serviços de interesse econômico geral abrange assim, sobretudo, certos serviços prestados pelas grandes indústrias de redes, como os transportes, os serviços postais, a energia e as comunicações. Todavia, também se refere a qualquer outra atividade econômica sujeita a obrigações de serviço público.”

Como um prolongamento do Livro Verde, a Comissão Europeia editou a COM (2004) 374, em 2004, denominada Livro Branco Sobre os Serviços de Interesse Geral⁵⁵, elaborado a partir de consulta pública sobre os preceitos contidos no Livro Verde. O Livro Branco expõe as estratégias através das quais a União Europeia visa “favorecer o desenvolvimento de serviços de interesse geral de qualidade”, assim como apresenta “os principais elementos de uma estratégia que procura assegurar que todos os cidadãos e empresas da União tenham acesso a serviços de qualidade e a preços acessíveis”.

Por último, tem-se o Tratado de Lisboa, 2007, que reafirma a importância dos serviços de interesse econômico geral, reforçando-se como valores comuns da União Europeia: “— o papel essencial e o amplo poder de apreciação das autoridades nacionais, regionais e locais para prestar, mandar executar e organizar serviços de interesse econômico geral de uma forma que atenda tanto quanto possível às necessidades dos utilizadores; — a diversidade dos variados serviços de interesse econômico geral e as diferenças nas necessidades e preferências dos utilizadores que possam resultar das diversas situações geográficas, sociais ou culturais; — um elevado nível de qualidade, de segurança e de acessibilidade de preços, a igualdade de tratamento e a promoção do acesso universal e dos direitos dos utilizadores.”

3.5. O Tribunal de Justiça e a Jurisprudência Comunitária do Serviço Público

O Tribunal de Justiça Europeu é constantemente chamado a se manifestar acerca do tema serviço público. Assim sendo, vai-se segregando a interpretação do Tratado por intermédio de suas decisões. Alguns assuntos, bem como, o desenvolvimento do conceito de serviço público, pela perspectiva Europeia, foram, assim, se concretizando.

Dentre as decisões tomadas por esse egrégio Tribunal relatam-se aquelas que vêm dando suporte ao desenvolvimento desse novo ideal de serviço público, os serviços de interesse econômico geral, e também, algumas matérias correlatas ao tema.

(i) *Acórdão British Telecommunications — Processo 41/83 — de 1985*, nesse acórdão o TJ se pronuncia sobre o alcance do atual artigo 86 do TrCE, e esclarece,

⁵⁵ Livro Branco sobre os serviços de interesse geral, COM (2004) 374 – final.

de maneira ainda tímida, que o âmbito normativo conferido a Comissão vai para além da mera salvaguarda e manutenção do acervo comunitário, podendo até mesmo fundar o adensamento das obrigações que decorram do mesmo diploma.

(ii) *Acórdão República Francesa Contra Comissão das Comunidades Europeias — Processo C 208/88 — 1991*, o TJ, nesse acórdão, esclarece que o artigo 86, número 3, ao autorizar a Comissão a adotar diretivas, lhe confere “o poder de adotar regras gerais que especifiquem as obrigações que para os Estados-membros resultem do Tratado no que respeita as empresas referidas nos dois primeiros números”. Com uma ressalva, pois, “tal poder não pode servir, pela sua própria natureza, para declarar que um Estado-membro deixou de cumprir determinada obrigação que lhe incumbe por força do Tratado”, já que, para tal, existem meios apropriados previstos nesse mesmo texto normativo.

(iii) *Acórdão Reino de Espanha e outros contra Comissão — processo C 271/90, C 281/90 e C 289/90 — 1992*, o Tribunal reafirma a decisão anterior, esclarecendo que o artigo 86 só se torna operativo relativamente a medidas tomadas pelos Estados e não relativamente a comportamentos anticoncorrenciais adotados pelas próprias empresas, e ainda prescreve que o poder da Comissão, nesse quesito, não se limita à mera vigilância da aplicação das regras comunitárias pré-existentes.

(iv) *Acórdão Corbeau — processo C 320/91 — 1993*, o Tribunal considerou que parte da atividade de serviço postal desenvolvida pela empresa em questão reunia, pelas obrigações que a ela se encontravam associadas, as condições necessárias para ser considerada um serviço de interesse econômico geral. Ademais, considerou que o desempenho dessa atividade específica pode justificar que outros serviços prestados pela mesma empresa, mas não onerados com obrigações similares, se mantenham em regime de monopólio, como forma de preservar o equilíbrio econômico do serviço de interesse geral assumido pelo titular do direito exclusivo. Isso, por intermédio do mecanismo de compensação dos setores menos rentáveis para os setores mais rentáveis dentro da mesma empresa.

Dessa feita, admite-se a restrição da concorrência com base na necessidade do titular de um direito exclusivo exercer sua missão, de interesse geral, em condições econômicas equilibradas.

(v) *Acórdão Almelo — processo C 393/92 — 1994*, o Tribunal nesse caso, referente à admissibilidade de cláusulas de aquisição exclusivas no domínio de fornecimento de energia elétrica, considerado como serviço de interesse econômico geral, retoma a tese da proporcionalidade. Assim sendo, declarou que só “devem ser admitidas restrições a concorrência de outros operadores econômicos, na medida em que as mesmas se afigurem necessárias para permitir à empresa encarregada de tal missão de interesse geral cumpri-la”.

Nesta senda, considera como critério para avaliar a admissibilidade dessa derrogação a tomada em consideração das “condições econômicas em que se encontra a empresa, nomeadamente os custos que deve suportar.” Confirma, mesmo entendimento do caso *Corbeau*, o cabimento da restrição à concorrência fundada na necessidade de se desempenhar uma missão de interesse econômico geral.

4. SERVIÇOS DE INTERESSE ECONÔMICO GERAL — SIEG

No domínio comunitário, a expressão “serviço público”⁵⁶ foi, gradualmente, substituída pela noção de “serviço de interesse econômico geral” — já utilizada no Tratado de Roma.⁵⁷

El tratado de Roma que, ya desde sus orígenes, hubo de aplicarse a países con tradiciones jurídicas heterogéneas, aunque entonces aún muy afines, y que en concreto había de regir en un gran país como Alemania donde la noción de servicio público ha sido en realidad desconocida como categoría institucional propiamente dicha, evitó en el entonces artículo 90.2 (actual artículo 86 n. 2) hacer uso de esa expresión tan típicamente incardinada en la tradición jurídica sobre todo francesa (López-Muñiz/2001:257).

Como aponta Dulce Lopes (Lopes/2003:179) “a razão por essa opção, e concomitantemente preterição terminológica, prendeu-se com a intenção de distanciamento relativamente à noção tradicional de serviço público e às críticas que lhe podem ser apontadas, com a conveniência da criação de um supra conceito que abarca os traços que se podem considerar próximos ou comuns aos diversos Estados-membros”.

Dessa feita, e a partir da promulgação do Tratado de Roma, a ideia de serviço de interesse econômico geral passa, praticamente, a substituir o conceito de serviço público no direito comunitário. Visando, com isso, abarcar, num supra conceito, a totalidade de concepções dos países membros a propósito desse instituto⁵⁸. Trata-se de uma terminologia resultante de um processo de convergência de tradições jurídicas díspares, por isso mesmo necessariamente amplo e abrangente.⁵⁹

56 Como salientado anteriormente, o conceito de serviço público foi, pelo Tratado de Roma, quase que integralmente omitido. Encontra-se apenas referência ao mesmo no artigo 73, relativo à política setorial dos transportes.

57 Nomeadamente os supracitados artigos 16 e 86 n. 2.

58 “A Comunidade Européia tem sido muito renitente no que se refere à mobilização da noção do serviço público, preferindo a utilização de diferente terminologia por forma a abarcar as *public utilities*, que apelam, tão somente, para a dimensão material da noção jurídica de serviço público, ainda que este seja um conceito de raiz essencialmente descritiva e pragmática. É certo que também na doutrina anglo-saxônica das *public utilities* se pode divisar uma nota objetiva só que variável, uma vez que tais serviços tanto podem ser assegurados tanto por pessoas jurídicas públicas, como por pessoas jurídicas privadas, sendo, no entanto, que o essencial nesta associação dos privados é a finalidade de prestar um serviço de interesse coletivo que, por isso, merece um tratamento jurídico particular” (Gonçalves; Martins/2004:198).

59 Nesse sentido, novamente (Gonçalves; Martins/2004:198).

Dessa forma, percebe-se que a denominação adotada pela Comunidade Europeia conjuga o caráter econômico desses serviços e, também, a sua subordinação ao interesse público.

4.1. A Concepção Comunitária de Serviço de Interesse Geral

O conceito de serviço de interesse econômico geral vem sendo, progressivamente, erigido à categoria central do direito comunitário. Destarte, é objeto de elaboração contínua, sempre com base do disposto no artigo 86, n.2, tanto através da jurisprudência⁶⁰ comunitária, como da doutrina, quanto das Diretivas Europeias.^{61,62}

Nesse cotejo, por serviços de interesse geral se entendem as atividades de serviços, comerciais ou não, considerados de interesse geral pelas autoridades públicas e, por esse motivo, sujeitas as obrigações específicas de serviço público.⁶³

Assim, nesse diapasão, e aumentando a caracterização deste instituo na seara econômica, podem-se enumerar alguns elementos exemplificativos desse conceito⁶⁴: (i) no plano objetivo ou material, tem de ser um serviço público independente da entidade que o presta; (ii) deve tratar-se de um serviço econômico, excluindo-se desde logo os serviços sociais, culturais, educativos, etc.; (iii) deve se caracterizar por um serviço universal, ou seja, uma prestação dirigida à generalidade dos cidadãos; e depois, como um serviço essencial.

4.2. O Tratado de Amsterdã

O artigo 16 do Tratado da Comunidade Europeia, alterado pelo Tratado de Amsterdã⁶⁵, assume fundamental relevo na concretização do conceito comunitário dos serviços de interesse econômico geral.

Inserido na parte primeira, relativa aos princípios pelos quais se deve reger a Comunidade Europeia, os serviços de interesse econômico geral são considerados um “valor comum da União”. Ressaltando-se, também, a sua contribuição para a promoção da coesão social.

60 Nomeadamente o Acórdão *Corbeau* de 1993.

61 Comunicação 96 e 2000 da Comissão Europeia.

62 O instituto dos serviços de interesse geral foi o objeto de estudo da Comunicação 96, cujo objetivo foi pôr termo à interpretação diferenciada do conceito de serviço de interesse econômico geral nos diversos Estados-membros, segundo os respectivos critérios nacionais, criando-se em seu lugar, um conceito comunitário sobre o tema. (Quadros/2001:286).

63 Glossário da União Europeia.

64 Nesse sentido, Fausto de Quadros (2001:287).

65 Na visão de López-Muñiz (2001:173) “*Como es conocido, el ejercicio por la Comisión — enseguida respaldada por el Tribunal de Justicia — de sus poderes del art. 86.3 a finales de los 80 y principios de los 90, generó una preocupada reacción particularmente en Francia. Ese fue el sentido de la presentación por el Gobierno francés del famoso proyecto de Carta Europea de los Servicios Públicos, auténtico memorandum sobre el servicio público en Europa. El debate ha sido y viene siendo de considerables dimensiones y explica, entre otras actuaciones, la importante Comunicación 96 y la ulterior inclusión de un nuevo art. 16*”.

Assiste-se, pela introdução do artigo 16, à evolução de um setor de interesse geral a nível comunitário, competindo, agora, às instituições comunitárias a tarefa de promoção da conciliação entre os objetivos de eficiência econômica e os intentos sociais de coesão e inclusão (Mark Freedland *apud* Lopes/2003:173).

Nas palavras de Vital Moreira (2003a:237), “era a consagração definitiva dos serviços de interesse econômico geral na ordem comunitária e um sinal eloquente do novo equilíbrio entre eles e os requisitos da economia de mercado e da concorrência”.^{66,67}

Todavia, a preocupação em “frear” os chamados excessos liberais da Comissão acarretou na elaboração da Declaração n. 13, anexa ao Tratado de Amsterdã. Esta dispõe que o estabelecido no artigo 16 do Tratado que institui a Comunidade Europeia, no que tange aos serviços públicos, será aplicado em pleno teor pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, nomeadamente no que se refere aos princípios da igualdade de tratamento, da qualidade e da continuidade desses serviços.

4.3. SIEG's — Exigências Comunitárias e Elementos Caracterizadores

Como aponta o Glossário da União Europeia “Os serviços de interesse econômico geral designam as atividades de serviço comercial que preenchem missões de interesse geral, estando, por conseguinte, sujeitas as obrigações específicas de serviço público”.

Com esse conceito, a Comissão pretende articular as exigências de uma maior liberalização e melhor concorrência com a satisfação das necessidades de interesse geral, ao entender que no contexto de uma sociedade aberta e dinâmica, a solidariedade e a igualdade de tratamento constituem objetivos fundamentais na Comunidade Europeia. Os serviços de interesse geral estão na base de um modelo europeu de sociedade e, nessa medida, devem por ela ser acautelados (Gonçalves; Martins/2004:200).

Nesse sentido, no final de toda essa evolução do conceito de serviços de interesse econômico geral, algumas características podem ser apontadas (Moreira/2003a:237):

- O poder público pode e deve tomar como incumbência sua assegurar que certas prestações essenciais à vida coletiva sejam proporcionadas a todas as

66 Na opinião de Dulce Lopes (2003:173): “Este artigo opera uma ligação indiscutível entre a matéria dos serviços de interesse econômico geral e à política de coesão econômica e social, considerando a definição harmonizada dos princípios e condições da gestão de atividades de interesse econômico geral na Comunidade como um instrumento apto a atenuar as disparidades de desenvolvimento regional”.

67 Esta associação dos serviços de interesse econômico geral à execução da política de coesão social e territorial visa, sobretudo, clarificar o comprometimento do direito comunitário em evitar que a liberalização da prestação de serviços de interesse econômico geral tenha um impacto negativo sobre as zonas geograficamente desfavoráveis. Outrossim, o estabelecimento de obrigações de serviços universais, por parte dos Estados-membros, também visa a promover uma maior coesão social.

pessoas, podendo por isso afastar mais ou menos intensamente as regras do mercado, na medida em que isso seja necessário para esse objetivo;

- Todavia, para esse efeito não se torna necessário ser o próprio poder público a encarregar-se direta ou indiretamente de prestar esses serviços ao público, podendo limitar-se a velar por que eles sejam prestados pelas empresas privadas submetidas a “obrigações do serviço público” apropriadas;
- Esses serviços constituem uma limitação ou restrição do princípio da concorrência e do mercado, que deve reger toda a economia, devendo estes limitar-se ao necessário para assegurar as missões de serviço público, princípio da proporcionalidade;
- A definição desses serviços, bem como, o modo de assegurar a sua prestação cabe aos Estados-membros, definindo o âmbito e a natureza das prestações inerentes, as obrigações, limitações, regras, padrões de qualidade e segurança, e os modos de financiamento ou de compensação devida aos operadores de serviço público;
- Tudo isso fica sob o controle da União Europeia, nomeadamente da Comissão, na verificação se no exercício dessa função os Estados violam as regras comunitárias, nomeadamente quanto a limitações desnecessárias ou desproporcionadas do mercado da concorrência.

4.4. Os Serviços de Interesse Econômico Geral e sua Definição pelos Estados-Membros

De tudo o que fica dito, retira-se que o conceito de serviços de interesse econômico geral se aproxima, consubstancialmente, do tradicional conceito de serviços públicos de caráter industrial e comercial. Designa, assim, as atividades de cariz econômico, de interesse público e geral, e cuja natureza justifica, por conseguinte, que sejam submetidas às obrigações de serviço público.

Conforme dispõe a Comunicação 96, incumbe aos Estados-membros da União Europeia a definição das atividades que devem ser qualificadas como de caráter de interesse geral, bem como, as obrigações de serviço público ligadas àquelas.⁶⁸

Tem-se em vista os princípios atinentes ao serviço público econômico de cada Estado-membro, especialmente o da adaptação, já que a prestação deverá ser feita de acordo com interesses e peculiaridades regionais.⁶⁹

68 O conceito de “atividades de interesse econômico geral” é um conceito constitucional no direito português, previsto no artigo 86, n. 3, da Constituição da República Portuguesa, que atribui ao Estado o dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações legais por parte das empresas que prossigam atividade de interesse econômico geral.

69 Convém destacar que em Portugal vários SIEG’s ainda encontram-se geridos, ao menos em parte, por empresas públicas, às quais estão também sujeitas a condições especiais de prestação dos SIEG’s, não somente pelas

Todavia, essa qualificação se encontra sujeita a revisão comunitária, no que se refere à aferição da conformidade das disposições delineadas internamente com as exigências comunitárias.

Assim, a definição dos serviços de interesse económico geral não se encontra “livre do direito comunitário” nem está na inteira disponibilidade das autoridades administrativas nacionais ou na absoluta dependência de valorações determinadas por razões exclusivamente políticas. Trata-se de um conceito jurídico indeterminado que, ainda que seja dotado de uma grande flexibilidade e suscetível de ser objeto de controle jurisdicional a nível nacional pelos órgãos jurisdicionais competentes, e a nível comunitário pelo Tribunal de Primeira Instância e pelo Tribunal de Justiça da Comunidade, bem como de apreciação por parte da Comissão Europeia, por intermédio da sua Direção Geral da Concorrência (Lopes/2003:190).

5. CONCLUSÕES PARCIAIS

Apesar da anunciada morte do serviço público, pode-se afirmar, consubstancialmente, que este não morreu. Ao contrário, o Direito Comunitário apenas reformulou, robusteceu e ampliou aquele conceito, conciliando ele aos objetivos

disposições gerais da matéria, mas também por expressa disposição legal constante nos artigos 19 e 20 do Decreto-Lei nº 558/99, que recepciona os princípios que regem o assunto, assim como as normas comunitárias, tanto na conceituação quanto na definição da missão das empresas prestadoras do serviço. Decreto-Lei nº 558/99 de 17 de Dezembro. “Artigo 19º — Noção: 1 — Para efeitos do presente diploma, são consideradas empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral aquelas cujas atividades devam assegurar a universalidade e continuidade dos serviços prestados, a coesão económica e social e a proteção dos consumidores, sem prejuízo da eficácia económica e do respeito dos princípios de não discriminação e transparência. 2 — Salvo quando a lei dispuser diversamente, os termos em que a gestão é atribuída e exercida constarão de contrato de concessão. Artigo 20º — Princípios orientadores — As empresas públicas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral devem prosseguir as missões que lhes estejam confiadas no sentido, consoante os casos, de: a) Prestar os serviços de interesse económico geral no conjunto do território nacional, sem discriminação das zonas rurais e do interior; b) Promover o acesso da generalidade dos cidadãos, em condições financeiras equilibradas, a bens e serviços essenciais, procurando, na medida do possível, que todos os utilizadores tenham direito a tratamento idêntico e neutro, sem quaisquer discriminações, quer quanto ao funcionamento dos serviços, quer quanto a taxas ou contraprestações devidas, a menos que o interesse geral o justifique; c) Assegurar o cumprimento das exigências de prestação de serviços de carácter universal relativamente a atividades económicas cujo acesso se encontre legalmente vedado a empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza; d) Garantir o fornecimento de serviços ou a gestão de atividades cuja rentabilidade não se encontra assegurada, em especial devido aos investimentos necessários ao desenvolvimento de infra-estruturas ou redes de distribuição ou, ainda, devido à necessidade de realizar atividades comprovadamente deficitárias; e) Zelar pela eficácia da gestão das redes de serviços públicos, procurando, designadamente, que a produção, o transporte e distribuição, a construção de infra-estruturas e a prestação do conjunto de tais serviços se procedam de forma articulada, tendo em atenção as modificações organizacionais impostas por inovações técnicas ou tecnológicas; f) Cumprir obrigações específicas, relacionadas com a segurança, com a continuidade e qualidade dos serviços e com a proteção do ambiente, devendo tais obrigações ser claramente definidas, transparentes, não discriminatórias e susceptíveis de controlo.” São exemplos atuais de empresas públicas gestoras de serviço de interesse económico geral em Portugal: CTT — Correios de Portugal, SA (serviços postais); EDP — Eletricidade de Portugal, SA (distribuição de energia elétrica); RTP — Radiotelevisão Portuguesa, SA e TAP Air Portugal, EP (transporte aéreo).

da comunidade Europeia e, por conseguinte, dos Estados-membros, quais sejam: desenvolvimento da coesão social e territorial e da solidariedade — elementos chaves para o modelo europeu de sociedade.

Constata-se que da conjugação do caráter econômico desses serviços com a subordinação ao interesse público resulta o serviço de interesse econômico geral. O qual, como aponta Canotilho (2003:353), “procura articular dois modelos: o de *service publique*, de matriz francesa, e o de *public utility regulation* (de cariz anglo-saxônico)”.

A questão fundamental desses serviços consiste no compromisso entre as obrigações de serviço público e a implementação de um mercado concorrencial nesses setores. Se a liberdade de empresa e a concorrência estão na base da constituição econômica comunitária, não é menos verdade que os serviços de interesse econômico geral fazem parte integrante do modelo europeu de sociedade (Marques; Moreira/2003b:66).

O convencimento de que há certas atividades que encerram um forte conteúdo de interesse geral em um contexto de solidariedade social, obriga que o desenvolvimento dessas atividades seja objeto de especial atenção por parte dos poderes públicos, a fim de assegurar sua prestação a toda a coletividade, em condições determinadas pelo interesse público (Carlón Ruiz/2006:37).

Diante desse contexto a Comunidade Europeia e os Estados-membros deverão zelar para que esses serviços “funcionem com base em princípios e em condições que lhes permitam cumprir as suas missões”.

CAPÍTULO III

OS SERVIÇOS PÚBLICOS SOB IMPACTO DA UNIÃO EUROPEIA

SUMÁRIO: 1. A Influência Jurídico-Econômica do Direito Comunitário Europeu: 1.1. Livre Iniciativa Econômica — 2. Concorrência: 2.1. Direito Comunitário da Concorrência; 2.2. Exceções ao Princípio da Concorrência — 3. Liberalização, Privatização e Desregulação: 3.1. Fundamentos da Liberalização; 3.2. Fundamentos da Privatização; 3.3. Desregulação; 3.4. A Regulação Posterior a Liberalização e Privatização — 4. Reforma do Estado/Administração: 4.1. Empresarialização da Administração Pública; 4.2. A Responsabilidade Pública de Garantia do Estado/Administração: Partilha de Responsabilidades; 4.2.1. Ativação das Responsabilidades Privadas — 5. Conclusões Parciais.

Após a explanação, que antecedeu esse capítulo, da evolução da noção tradicional de serviço público, parte-se, agora, para uma atenção mais pormenorizada acerca da influência exercida pelo direito comunitário na alteração das dinâmicas que esse conceito pressupõe.

Assim, se pretende discutir, em face do atual quadro jurídico comunitário, as repercussões que, em virtude das políticas jurídico-econômicas adotadas pela União Europeia, decorrem para os Estados-membros.

Como decorrente da exposição precedente, foi em virtude da forte influência do direito comunitário que se pôde constatar a paulatina europeização dos serviços públicos, chegando, através disso, aos chamados serviço de interesse econômico geral.

Agora, cumpre analisar as exigências formuladas pelo direito europeu à concretização desse instituto.

1. A INFLUÊNCIA JURÍDICO-ECONÔMICA DO DIREITO COMUNITÁRIO EUROPEU

O Tratado de Roma, decididamente, deu início a uma odisséia de transformações na esfera jurídica, econômica, política e cultural no continente europeu.

Suas razões, preponderantemente econômicas, encontravam ensejo no panorama do pós-guerra que revelava uma Europa debilitada, sem condições de concorrer com todas as suas forças no mercado mundial. Tal inquietação, aliada ao crescimento econômico que se vivenciava nos Estados Unidos da América, produziu o germe dessa aliança que hoje se conhece como União Europeia.

Atualmente, o Tratado de Roma de 1957 continua a ser a espinha dorsal da ordem econômica comunitária (Moreira/2003a:232). E, se baseia, desde o início, em certos princípios, uns de índole jurídico-econômica-idade de mercado, liberdades de circulação, concorrência efetiva, outros de índole predominantemente

jurídico-política — princípio das competências de atribuição, solidariedade, não discriminação, proporcionalidade, equilíbrio institucional, etc. (Santos; Gonçalves; Marques/2004:93).^{70,71}

A estes princípios o Tratado de Maastricht acrescentou outros. Por um lado, introduziu, tacitamente, o princípio de uma economia de mercado aberta e de livre concorrência, aos quais considerou como, verdadeiros, princípios retores do mercado comum europeu.

Por outro lado, seguiu-se o objetivo fundamental da Comunidade Econômica Europeia de estabelecimento de um “mercado comum” e, mais tarde, de um “mercado único”, o que pressupunha a liberdade de circulação de fatores econômicos dentro do espaço comunitário, bem como, a liberdade de estabelecimento em qualquer dos Estados-membros, em pé de igualdade com os nacionais.

As liberdades fundamentais da ordem econômica comunitária podem ser assim elencadas: (i) a liberdade de circulação de pessoas, nomeadamente dos trabalhadores; (ii) a liberdade de prestação de serviços em qualquer Estado-membro, incluindo designadamente as profissões liberais; (iii) a liberdade de circulação de bens e capitais dentro do território da Comunidade; e (iv) a liberdade de estabelecimento profissional e empresarial em qualquer Estado-membro (Moreira/2003a:232).^{72,73}

70 Desse modo, como afirma Vital Moreira “a ordem econômica fundamental da Comunidade Econômica Europeia (CEE), origem da atual União Europeia, é baseada na economia de mercado e na concorrência” (Moreira/2003a:232).

71 Outrossim, também por essa égide, o setor público da economia não pode pôr em causa duas idéias fundamentais: (i) a garantia da liberdade de iniciativa privada, e (ii) a primazia das regras de concorrência. O Estado pode manter-se como proprietário e empresário, mas não pode, em princípio, estabelecer exclusivos públicos nem furtar-se às regras do mercado e da concorrência com as empresas privadas. A ordem econômica da UE não proscreve a economia pública, mas proíbe, em princípio, os exclusivos e os privilégios das empresas públicas (Moreira/2003a:232). Ressalta-se que os Estados-membros são livres para criar ou manterem empresas públicas ao lado das empresas privadas, como dispões o artigo 295 do Tratado: “o presente Tratado em nada prejudica o regime de propriedade dos Estados-membros”. Nos apontamentos de Dulce Lopes: “Isto significa, em traços largos, que os princípios fundamentais que informam o direito econômico da Comunidade Europeia determinam, em situação de livre concorrência, uma mudança no modo de assegurar os serviços públicos. No entanto, essa mudança não se refere ao diferente estatuto jurídico do seu prestador, ou melhor, à sua reserva a atores públicos ou privados, mas ao diferente regime a que a prestação destes serviços se encontra submetida” (Lopes/2003:160).

72 O autor ainda completa (Moreira/2003a:233) “Estas quatro liberdades fundamentais não são isentas de restrições e de reservas, mas estas não prejudicam a regra. Ora, é vidente que estas regras fundamentais da ‘constituição econômica’ da UE não são facilmente conciliáveis com os princípios tradicionais dos serviços públicos, já porque estes eram muitas vezes prestados em regime de monopólio público e à margem do mercado, já porque, em todo o caso, implicam uma fuga maior ou menor às regras da concorrência, bem como a existência de setores econômicos fora da livre circulação monetária”. Também sobre esse assunto, vide: (Santos;Gonçalves; Marques/2004:94 e ss).

73 Como aponta Martínez Lopez-Muniz (2001:253): “*se trata de la gran integración jurídico-económica europea por vía negativa, que constituye el principal fundamento del proceso unificador mediante el abatimiento y supresión de antiguos límites, prohibiciones e intervenciones de los Poderes Públicos de los Estados miembros para lograr, ciertamente, un espacio económico aunado en todo el territorio de la Unión*”.

Essa evolução jurídico-econômica da UE é, por conseguinte, apontada por Sourivón de Morenilla (1998:251): *“hay que distinguir en la evolución del Derecho comunitario dos fases bien diferenciadas. De suyo el mercado y la libre competencia, que han presidido el Tratado Comunitario Europeo desde su texto originario, resultan antitéticos con los monopolios estatales y todo régimen exorbitante en el desarrollo de actividad económica (datos considerados básicos al menos en la cultura jurídica continental para la configuración del servicio público). La existencia de monopolios en los Estados miembros queda por ello muy constreñida, aunque no excluida de modo radical por el Tratado da Comunidad Europea siempre que en el desarrollo de la actividad monopolizada de que se trate — y salvo excepciones — se respeten las reglas de la competencia efectiva. Durante un largo trecho el Derecho comunitario derivado no rompió este difícil equilibrio. Sin embargo, en los últimos tiempos, adensado por el Tratado Único Europeu el principio capital del mercado y la competencia, y reforzados los instrumentos de la política económica comunitaria a tal fin, el Derecho derivado ha comenzado a articular de modo incisivo una generalizada aplicación de dicho principio con determinaciones vinculantes de liberalización y prohibición de las reservas y derechos exclusivos en sectores tradicionalmente configurados en los Estados miembros como servicio público, e imposibilitando así que éstos puedan amparar sus ‘publicaciones’ en aquel marco abstracto y no radicalmente impeditivo a tal efecto del propio Tratado de Roma”*.^{74,75}

Quanto aos serviços públicos, pode-se concluir que estes sofreram diversas transformações. O que se deu por intermédio de uma mudança de paradigma, não só quanto ao regime econômico, como com a relação do Estado com a economia e a definição das suas tarefas e incumbências, e, também, quanto ao seu modo de gestão.

Vital Moreira (2003a:238) elenca as transformações ocorridas sob três aspectos:

No que respeita a vertente econômica:

- a *liberalização* dos antigos exclusivos públicos (abertura ao mercado, fim dos monopólios públicos);

74 Diante disso, as normas de direito originário que apelavam, direta ou indiretamente, para esta realidade foram objeto de uma modelação por via de jurisprudência do Tribunal de Justiça e do direito derivado, que lhes permitiu adequarem-se aos novos desígnios da política comunitária (Gonçalves; Martins/2004:189).

75 No pensamento de González-Varen Ibañez (2008:99) *“El derecho comunitario europeo ha provocado la aparición de un nuevo escenario jurídico en aquellos ámbitos que tradicionalmente pudieron configurarse como servicios públicos. En efecto, la repercusión del derecho comunitario europeo sobre los servicios públicos no se agota en el fenómeno de la aplicación del Derecho comunitario de la competencia a las empresas gestoras de servicios públicos. El servicio público, no obstante, aparece inmerso dentro de este nuevo sistema. Más bien, entramos en un nuevo escenario jurídico en el que los protagonistas son conceptos claves como la liberalización, la privatización, y el complejo de términos regulación-autorregulación-desregulación. El papel del poder público ha cambiado, así como la propia estructura y funcionalidad del los sectores que tradicionalmente pudieron configurarse como servicios públicos”*.

- a *privatização* do setor público (transferência de empresas para o setor privado), tornando a economia uma questão essencialmente privada;
- a *concorrência* como princípio universal, mesmo entre empresas públicas, obrigando a transparência da gestão empresarial, nomeadamente quanto às ajudas de Estado.

No que respeita ao novo papel do Estado, a mudança passou pelas seguintes linhas:

- a *desintervenção do Estado*, com redução considerável da sua função como proprietário e empresário, deixando à economia privada a satisfação das necessidades individuais e coletivas;
- a concentração do papel do Estado na função reguladora (*Estado Regulador*), na sua tripla função de legislador, de fiscalizador e de entidade sancionadora das infrações às regras.

No que respeita à mudança de paradigma da gestão pública (nova gestão pública ou *new public management*), as linhas de mudança passam pelas seguintes notas:

- a introdução de uma lógica empresarial na gestão pública, com ênfase nos critérios da rendibilidade e da eficiência dos serviços, bem como, na avaliação do desempenho e na responsabilidade dos gestores;
- o financiamento dos serviços públicos remanescentes pelo lado da procura (*demand oriented*) em vez de um financiamento pelo lado da oferta (*supply oriented*), o que implicou a generalização do pagamento dos serviços pelos utentes;
- a crescente utilização de mecanismos de direito privado e de instrumentos de gestão privada (gestão financeira e contabilística, etc.) na gestão de serviços públicos.

Por derradeiro, convém salientar que os princípios liberais (economia de mercado, livre concorrência, etc.) já originados no Tratado de Roma e ainda reforçados pelo Ato Único Europeu com o objetivo de alcançar um mercado sem fronteiras internas e uma economia de mercado aberta, livre e concorrencial, levam consigo uma preocupação, também, social. O que fica evidente ao se analisar os objetivos incorporados ao direito comunitário primário, a exemplo: “a promoção do progresso econômico e social e de um elevado nível de emprego e a realização de um desenvolvimento equilibrado e sustentável, nomeadamente mediante a criação de um espaço sem fronteiras internas, o reforço da coesão econômica e social e o estabelecimento de uma união econômica e monetária, que incluirá, a prazo, a adoção de uma moeda única, de acordo com as disposições do presente” (Artigo 2 do Tratado da União Europeia).

1.1. Livre Iniciativa Econômica

Como exposto acima, “a liberdade de iniciativa econômica privada constitui o princípio fundamental da ordem econômica comunitária” (López Muñiz/2001:252).

Assim sendo, o sistema econômico comunitário, sobretudo após o Tratado de Maastricht, se baseia, de forma cada vez mais contundente, na liberdade econômica e, por conseguinte, na liberdade de concorrência. O que ocorre da maneira cada vez mais aberta e livre possível em todo o território europeu.

“Deve regir el principio in dubio pro libertate o in favor libertatis” (López Muñiz/2001:254).⁷⁶

Assim, as restrições ou regulações limitativas, estatais ou comunitárias, devem ser as menores possíveis, de forma a atender os interesses e consecução dos fins de interesse geral e do bem comum. Isso, começando pelas próprias liberdades e pela efetivação da concorrência.⁷⁷

Nas suas diversas irradiações a liberdade de iniciativa econômica privada implica designadamente a liberdade de acesso às atividades econômicas e liberdade de exercício dessas atividades, o que envolve naturalmente a liberdade de iniciar uma atividade econômica e a liberdade de gestão e atividade de empresa (e, portanto, o direito ou liberdade de criação de empresa, individual ou coletiva, e a liberdade de empresa ou liberdade de empresário) (Gonçalves; Martins/2004:307).

Todavia, a liberdade de iniciativa econômica não pode ser tomada em termos absolutos.

O que fica, claramente, demonstrado nos ditames comunitários, quando se estabelece que tal liberdade deve existir “de acordo com o direito comunitário e as legislações e as práticas nacionais” (artigo 16 da Carta de Direitos Fundamentais). E que deve ficar expresso no direito interno dos Estados-membros.⁷⁸

76 O autor complementa (López-Muñiz/2001:254): *“Sin embargo, es enormemente ilustrativo que, al enfatizar el Tratado de Maastricht, de 1992, los valores y objetivos de la cohesión social y económica — y las consiguientes nuevas políticas y acciones comunitarias reforzadas entonces —, al mismo tiempo que se creaba la unión económica y monetaria, con el consiguiente transvase de importantísimo poder a la Unión — a la Comunidad-, se consideró oportuno introducir en el texto del Tratado, no una sino varias veces, una expresión principal decisiva. La política económica, para alcanzar los fines del art. 2 — dirá el actual art. 4, en su ap. 1 —, habrá de llevarse a cabo con el respecto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia. Y el mismo artículo, en el ap. 2, reiterará que paralelamente (...) la aplicación de una política monetaria habrá de hacerse también de conformidad con los principios de una economía de mercado abierta y de libre competencia. En el art. 98 actual (antiguo 102 A) lo confirmará: los Estados miembros y la Comunidad actuarán respetando el principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia”*.

77 No âmbito do direito português esse princípio encontra consagração no texto constitucional, artigo 61, n. 1 c/c 80 “c”, e artigo 86, n. 1 e n. 2.

78 No direito português, por exemplo, essa ressalva está disposta no artigo 61, n. 1 e 86, n. 1 da CRP.

2. CONCORRÊNCIA⁷⁹

O direito comunitário europeu, como visto, vem provocando a aparição de um novo cenário jurídico-econômico no âmbito de configuração dos tradicionais serviços públicos. Tal repercussão se dá, dentre outros fatores, sensivelmente, por intermédio do direito comunitário da concorrência às empresas gestoras dos serviços públicos. “*El servicio público, no obstante, aparece inmerso dentro de este nuevo sistema*” (Gonzales-Varas Ibañes/2008:99).

“*El punto de partida del proceso comunitario puede fácilmente caracterizarse en torno a la realización de la política comunitaria de competencia. Tal proceso está en gran medida impulsado por los vientos liberalizadores, que llegan a Europa del otro lado del Atlántico. De momento, la tendencia está en proseguir las corrientes económicas actuales de privatización y liberalización*” (Gonzalez-Varas Ibañes/1996:431). “*Por tras de los procesos de privatización y liberalización, conducentes a organizar un mercado libre basado en la competitividad entre las empresas, la primera cuestión importante que se há planteado es la de establecer las bases imprescindibles para la existencia misma del mercado. Un mercado, en efecto, para ser tal, exige la presencia de diferentes sujetos económicos que ofrecen y demandan, que compran y venden, en régimen de libertad, formándose los precios de acuerdo con los equilibrios que van imponiéndose a las aspiraciones de lucro de las diferentes empresas intervinientes*” (Muñhoz Machado/1998:227).⁸⁰

79 Numa visão mais técnica sobre concorrência, envolvendo os paradigmas de interação entre Estado e Mercado, pode-se identificar algumas Escolas de pensamentos:

Escola de Chicago, liberais clássicos, consideram que qualquer intervenção do Estado na Economia é desnecessária e desaconselhável, enquanto fonte de distorções; a oferta e a procura adaptam-se “natural” e dinamicamente conduzindo a sucessivos pontos de equilíbrio. Dessa forma, a concorrência livre é a única atividade que garante a eficiência alocativa. A tutela da concorrência pelo Estado deve, por isso, limitar-se a penalizar comportamentos empresariais que originem ineficiência, tolerando e estimulando comportamentos geradores de eficiência, mesmo que provoquem o aparecimento ou a manutenção transitória de situações monopolistas. A defesa da concorrência não se deve, portanto, (pre) ocupar primariamente com a estrutura dos mercados porque, no longo prazo, se não existirem barreiras administrativas inibidoras, prevalece a concorrência e fica salvaguardada a eficiência alocativa.

Escola de Harvard, neoclássica, admite a intervenção corretora do Estado para forçar a condições que caracterizam a situação de concorrência perfeita. Esta situação conduziria a eficiência alocativa. As imperfeições de mercado, em vez de se atenuarem e anularem com o tempo, podem se acumular e bloquear o desenvolvimento da concorrência. Para evitar os custos resultantes da correspondente ineficiência é necessário intervir sobre a estrutura do mercado, fomentando permanentemente um adequado nível concorrencial.

Escola Contratualista, opõe à noção de concorrência perfeita a noção de concorrência livre e considera que a liberdade contratual entre as partes otimiza a eficiência alocativa, independentemente da estrutura de mercado resultante. Neste sentido, o Estado deve apenas definir os direitos de propriedade e garantir a validade dos contratos que afirmam tais direitos.

A economia social de mercado, inspirando-se no ordo-liberalismo da *Escola de Freiburg*, atribui ao Estado duas funções, que consistem na concretização de duas ordens de princípios: princípios constituintes e princípios reguladores. Estes são indispensáveis porque “mesmo quando a concorrência perfeita se encontra realizada, ela contém fraquezas e falhas que necessitam correção (Vasconcelos/2000:165).

80 Nesse mesmo sentido LÓPEZ MUÑIZ (2001:250): “*Las fuertes tendencias a la reducción o eliminación de monopolios públicos y derechos exclusivos en todas las actividades de alguna significación económica,*

Assim, exige-se dos Estados-membros e da Comunidade, a adoção de políticas econômicas coordenadas e baseadas na definição de objetivos comuns, e conduzidas de acordo com o princípio de uma economia de mercado aberta e de livre concorrência.

Nesse desiderato, o modelo contemporâneo de intervenção estatal no âmbito econômico, o Estado Regulador visa essencialmente um retorno ao mercado, mediante a privatização do setor empresarial público, a liberalização dos setores que estavam sob regime de exclusivo público ou privado e a implementação de mecanismos de concorrência, em substituição dos antigos regimes de regulação administrativa (Moreira/2001:226).⁸¹

2.1. Direito Comunitário da Concorrência

O direito comunitário da concorrência está articulado de modo a atender um modelo econômico hodierno, sob a égide, sobretudo, das teses de redução do intervencionismo econômico do Estado, da eficiência e da concorrência. No entanto, a livre concorrência para o direito comunitário não implica em abertura irrestrita do mercado e controle único pelos seus próprios mecanismos. Acredita-se que o mercado também funciona sob a regulação de ordem pública.⁸²

Para tanto, o correto funcionamento da economia e do mercado — em termos de eficiência e de equidade — pressupõe a existência de um quadro legislativo de defesa da concorrência. Tanto a nível comunitário⁸³ como a nível nacional⁸⁴, a legislação deve combinar disposições preventivas que proibam a

acrecentadas también por los enormes cambios tecnológicos del último tercio del siglo, además de por los nuevos vientos de la época, emplazaron a partir de final de los 80 frontalmente a servicio público, con su connotación prevalentemente estatalista — aunque también con su aún más importante significación social —, provocando una nueva y quizás definitiva crisis de esta vieja y batallona noción”.

81 Nesse mister, deve-se garantir os mecanismos do mercado e da concorrência. Como aponta Vital Moreira (2001:227) e também (Marques; Moreira/2003a:13 e 14): “Deixado a si mesmo o mercado pode ser suicidário, por efeito da concentração monopolista de empresas, das coligações entre empresas para limitar a concorrência, dos abusos de posição dominante, das práticas restritivas em geral. Importa portanto regular o mercado para garantir a concorrência. As leis de defesa concorrência (antitrust/anticartel) e os mecanismos dedicados a implementá-las fazem hoje parte imprescindível da panóplia regulatória de qualquer economia de mercado”.

82 Uma regulação que se dedique, sobretudo, a estabelecer as condições necessárias para que a concorrência se desenvolva eficientemente no contexto do mercado vigente.

83 Como aponta Muñoz Machado (1998:225) “*La propia Comisión europea ha hecho algunas indicaciones generales sobre cómo debe entenderse el servicio público en el contexto de un mercado abierto y regido por las reglas de la competencia. Sus criterios están contenidos en la Comunicación sobre los servicios de interés general en Europa*”. A esse respeito tem-se a Comunicação 96, que trata dos Serviços de Interesse Econômico Geral.

84 No caso português tem-se o Decreto Lei n 371/93, que “visa integrar numa autêntica lei quadro da política de concorrência os desenvolvimentos próprios de uma economia aberta, em crescente processo de internacionalização e de dinamismo concorrencial, contribuindo para a liberdade de formação da oferta e da procura e de acesso ao mercado, para o equilíbrio das relações entre agentes económicos para o favorecimento dos objetivos gerais e desenvolvimento económico e para a salvaguarda dos interesses dos consumidores”.

priori determinadas práticas com disposições corretivas que controlem a *posteriori* e eventualmente sancionem comportamentos ilícitos (Vasconcelos/2000:187).

Assim sendo, o direito comunitário europeu considera a livre concorrência como a regra geral de todas as atividades econômicas, devendo as exceções serem adequadamente justificadas.

Diante disso, pode ser extraída, em linhas gerais, a ideia central acerca do direito comunitário da concorrência.

Inicialmente, cabe destacar que a finalidade desse direito é proporcionar a integração econômica dos países membros da Comunidade. Em decorrência disso, passa-se a adotar a premissa de que o mercado goza de uma presunção de eficácia instrumental que lhe é inerente. Ou seja, o mercado tem condições intrínsecas de se ajustar de modo a produzir um resultado mais eficaz na geração do bem-estar econômico do povo. Porém, aliado a essa característica natural do mercado, o direito comunitário quer proteger contra abusos de poder econômicos e gerar igualdade de condições de agentes econômicos. Para isso, existem regras de regulação da concorrência que submetem a todos os Estados-membros (Justen/2003:138).⁸⁵

Destarte, deve-se ter em mente, pois, que a opção pela lógica da concorrência como norteadora das políticas econômicas da Comunidade Europeia não se constitui um fim em si mesmo.

O Tratado da Comunidade Europeia, em seu artigo 3, declara explicitamente que será assegurada “a coerência e a continuidade de suas ações para atingir os seus objetivos”. Isso impõe um tratamento da concorrência compatível com outros princípios, tais como: das liberdades e direitos fundamentais, democracia e do Estado de Direito.

Nesse sentido, pode-se entender que a concorrência é uma consequência das liberdades econômicas, já citadas no subitem anterior, em particular da liberdade de empresa.⁸⁶

Para além de um princípio que atravessa todo o articulado do Tratado da Comunidade Europeia e de uma liberdade econômica, síntese e garantia das demais, é

85 “Sem a efetivação deste princípio poderia verificar-se a permanência ou criação de mercados restritos, fechados, e de barreiras artificiais ao comércio intracomunitário através de acordos entre empresas, a exploração abusiva de posições dominantes no mercado, com efeitos restritivos sobre a competição empresarial, bem como, a realização de operações de concentração danosas da concorrência. Do mesmo modo, também certos auxílios concedidos pelos Estados a empresas ou setores de produção mostram-se incompatíveis com o mercado comum porque deformadores da concorrência e do comércio intracomunitário” (Santos; Gonçalves; Marques/2004:100).

86 É uma forma de coordenação econômica reconhecida como verdadeiro motor do sistema de economia de mercado e, nesta ótica, uma garantia da efetivação das ditas liberdades.

também uma política da União Europeia, fato que explica a sua localização na sistemática do Tratado da Comunidade Europeia — artigos 81 e ss. (Santos, Gonçalves; Marques/2004:100). Há, dessa forma, um compromisso entre o serviço público e o mercado, mediante coabitação transitória entre o vetor de serviço público e o vetor concorrencial (Moreira/2001:245). O princípio da livre concorrência participa assim de um modo essencial no estabelecimento de um verdadeiro mercado comum. (C. Galvada e G. Parléani *apud* Santos; Gonçalves; Marques/2004:100).

2.2. Exceções ao Princípio da Concorrência

O Tratado da Comunidade Europeia exige o estabelecimento de “um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado interno” (art. 3. alínea “g”). Assim, nesse quadro anticoncorrencial, ficam impedidas as práticas de acordos verticais, abusos de monopólio, proteção de empresas nacionais ou qualquer outra modalidade de protecionismo.⁸⁷

Ao contrário das demais regras de concorrência a que se refere genericamente o artigo 3, e que se encontram previstas ao longo do título V da Capítulo I do Tratado da Comunidade Europeia, o artigo 86 n. 2, admite que, quando esteja em causa a prestação de serviços de interesse econômico geral, sejam permitidas derrogações às regras de concorrência — ou mesmo a exclusão de aplicação das mesmas — e ao princípio da não discriminação em razão da nacionalidade, bem como às demais regras do mesmo diploma que possam ser convocadas a este propósito.

Esta derrogação é aplicável quando estas atividades sejam desenvolvidas tanto por empresas públicas, quanto por empresas privadas às quais foram concedidos direitos especiais ou exclusivos⁸⁸, na medida em que todas elas se encontram sujeitas aos imperativos da concorrência, de acordo com o disposto no artigo 86 n. 1 do Tratado.

Todavia, como aponta Dulce Lopes (2002:192), a medida e natureza dos direitos especiais e exclusivos atribuídos não é aferida de forma isolada, pois exige-se

87 O Tratado, fonte essencial do direito comunitário da concorrência, regula essa matéria nos artigos 81 a 89, os comportamentos anticoncorrenciais estão previstos nos artigos 81 a 82.

88 Nota-se, como ressalta Dulce Lopes (2003:189 e 190), que “apesar do fato de se admitir no artigo 86 que certas empresas, por estarem encarregadas da gestão de serviços de interesse econômico geral, possam gozar de direitos especiais ou exclusivos, isso não significa, imediata e incondicionalmente, que esses direitos sejam considerados compatíveis com o direito comunitário. Pelo contrário, foi instituído, com base nas indicações fornecidas no n. 2 do artigo 86 do Tratado, um procedimento faseado que orienta, substancialmente, o controle administrativo e o controle jurisdicional comunitários que incidem sobre a regularidade da atribuição deste direito pelos vários Estados-membros. Por seu intermédio, exige-se, como condição positiva primária de aplicação deste artigo, que a essa empresa tenha sido, efetivamente, confiada a gestão de serviços de interesse econômico geral”.

que eles sejam objeto de uma apreciação conjugada com as restantes regras do Tratado. Assim, por revestir caráter excepcional, firmou-se o entendimento de que a derrogação estabelecida no artigo 86 deveria ser alvo de uma interpretação restritiva⁸⁹. Nestes moldes, a prossecução de uma determinada missão de interesse econômico geral apenas pode justificar uma derrogação às regras da livre concorrência se não for cabalmente conseguida se submetida a este regime, ou seja, se as empresas não dispuserem de nenhoutro meio tecnicamente possível ou economicamente viável que lhes permita, com respeito por essas regras, cumprir sua missão.^{90,91}

E continua, “esta exigência de proporcionalidade, na sua subdimensão de aferição da necessidade da medida restritiva em apreço, é ainda complementada por uma exigência de ponderação de custos e benefícios (proporcionalidade em sentido estrito), já que o artigo 86 n. 2, *in fine*, inscreve uma proibição de afetação do desenvolvimento das trocas comerciais de forma que contrarie os interesses da Comunidade”.

Ou seja, busca-se um equilíbrio entre o direito comunitário da concorrência e as prerrogativas públicas, bem como, entre os interesses comunitários e dos Estados-membros.

“El servicio público encuentra un planteamiento jurídico concreto o especial respecto de las demás actividades económicas; las empresas gestionan servicios de interés económico general tienen una vinculación distinta (menos fuerte) que la simples empresas que realizan funciones mercantiles. Además, es que el servicio público se integra dentro del planteamiento general de la competencia, dentro de la lógica de la competencia” (Gonzalez-Varas Ibañez/1996:501).⁹²

89 Esse foi o entendimento do tribunal de Justiça na sentença *British Telecomunicações* de 1974, no intuito de não se colocar em perigo a liberalização comunitária com a realização do mercado interno.

90 Também nesse sentido, López-Muñiz (2001:258) *“esa limitación o exclusión, esa sustración parcial o total a las reglas del Tratado por decisión legal de los diversos Estados miembros, sólo es legítima cuando lo requiera y en la medida en que lo requiera, justamente, el cumplimiento de la misión específica a ellos confiada, debiendo tenerse en cuenta para esta valoración no solamente las circunstancias económicas, sociales y políticas del Estado en cuestión, sino también naturalmente la intensidad de su afectación al desarrollo de los intercambios en el ámbito comunitario, que, como dice el precepto, no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad”*.

91 Nesse sentido as sentenças *Corbeau* e *Almelo*.

92 *“El tratado de la Comunidad Europea ha sido desde el principio sensible a la necesaria protección y garantía de los interés generales a que deban servir determinados servicios tradicionales o nuevos en los Estados miembros. El art. 86.2 refleja esa sensibilidad, hasta el punto de legitimar, como hemos dicho, que pueda excluirse la aplicación de las normas del Tratado en parte o en todo, siempre que ello sea necesario para aquella protección y garantía a la que se reconoce ab initio un valor claramente preferente. El Tratado se funda en un principio general preferente de libertad y competencia en el mercado, acoge también con no poca transcendencia un principio complementario de regulación e intervención pública, con capacidad de*

3. LIBERALIZAÇÃO, PRIVATIZAÇÃO E DESREGULAÇÃO

Na década de 80, sobretudo a partir de 1986, as Instituições Comunitárias passaram a tomar medidas voltadas ao fortalecimento do mercado e da concorrência.

Nesse sentido, dos anos de 1986 à 1993 a Comissão Europeia aprovou um conjunto de diretivas em diversas áreas tendentes à liberalização de vários serviços públicos tradicionais.

Não diferente, o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, por intermédio do acórdão *British Telecomunicações* de 1986, contestou o regime do monopólio público.

Ademais disso, seguiu-se: o Livro verde da Comissão Europeia sobre o serviço de Telecomunicações em 1987, seguidas das diretivas de 1988 e 1990, propondo uma certa liberalização desse setor. O Ato Único Europeu, 1986, acentuando as liberdades econômicas e uma economia de mercado. A Diretiva 96/92, que organizava uma abertura progressiva do mercado de eletricidade.

Sob essa égide, Vital Moreira (2003a:235) aponta os principais fatores da mudança de atitudes das instituições comunitárias em relação aos serviços públicos tradicionais: (i) o programa do mercado único europeu, visando criar um genuíno mercado sem fronteiras internas, que era obstacularizado pelos exclusivos públicos ligados aos serviços públicos, que eram outras tantas reservas nacionais, impedindo, portanto uma interpretação plena das economias nacionais; (ii) a campanha pela desintervenção do Estado na economia, que surgiu na Europa no princípio dos anos 80 vinda dos Estados Unidos, acompanhada da crítica neoliberal do modelo de serviço público e da economia pública e geral, acusando um e outra de ineficiência, desperdício e ausência de liberdade de escolha; (iii) a crise fiscal financeira do Estado social herdado das décadas de ouro do pós guerra (anos 50, 60 e 70), a qual potenciou as pressões

limitar o desplazar a aquél en muchos supuestos, en aras de la debida garantía social pública de interés generales, económicos y no económicos. Lo que ocurre es que, a la vez, el Tratado no quiere que se pierda en ningún momento la clave de su sistema: el segundo principio, el de intervención pública, sólo puede prevalecer sobre el primero cuando se demuestre verdaderamente necesario, puesto que se parte de la convicción de que la mejor manera de obtener la necesaria garantía social, el deseable progreso, etc. — todos los fines de la Comunidad — es, en principio, la libertad y el mercado, debidamente garantizados. Las valoraciones e decisiones generales o particulares habrán de tomarse, luego ya, en función, como decíamos, de las cambiantes circunstancias para conjugar del mejor modo estos principios” (López Muñoz, 2001:262). Também nesse sentido Fausto de Quadros ao apontar que os Estados-membros têm, nesse contexto de desregulação e liberalização dos serviços públicos, o dever de conhecer em cada momento onde é que acabam as exigências da liberdade de concorrência imposta pelo Direito Comunitário e onde é que começa a livre discricionariedade dos Estados em optarem ou não pela livre concorrência em função do que for imposto pela defesa dos seus interesses nacionais (Quadros/2001:294).

para a privatização das empresas públicas, incluindo as encarregadas da prestação de serviços públicos.⁹³

Diante desse cenário, o processo de transformação jurídico-econômico dos serviços públicos tradicionais seguiu o rumo da liberalização e privatização.⁹⁴

Nos apontamentos de Dulce Lopes (2003:157): “a liberalização⁹⁵ refere-se, em geral, à abertura à iniciativa privada de atividades inicialmente desenvolvidas em exclusivo público, ainda que se possa manter algum condicionamento das mesmas. Corresponde, assim, a uma desmonopolização jurídico-pública que conduz, a mais das vezes, à realização de privatizações, muito embora não as indique de forma necessária.”

E continua: “por seu turno, e apesar de os contornos da linha de fronteira entre o público e privado serem cada vez mais fluídos, privatização⁹⁶ em sentido estrito ou material apela para os fenômenos de transferência da propriedade ou da gestão de empresas ou serviços públicos para mãos privadas. Logo, refere-se a uma mudança, não apenas de contexto, mas de características do sujeito titular ou gestor do serviço, que, de público, passa a privado”.

No entanto, faz-se necessário esclarecer que a política de liberalização dos serviços públicos, fomentada pela UE, não faz exigência a privatização das

93 Jorge Vasconcelos (2000:176) elenca três argumentos que demonstram a insatisfação dos cidadãos com a conjuntura sócio-econômica do período dos anos 80 em relação aos serviços públicos tradicionais: (i) má situação financeira de parte das empresas públicas, algumas cronicamente subsidiadas pelos contribuintes; (ii) a falta de controle real do regulador (governo, administração central) sobre o regulado (administração das empresas) e a “captura” de algumas empresas públicas por grupos de interesses; (iii) a qualidade deficiente e/ou o preço elevado dos serviços prestados, sobretudo quando comparado esse preço com o preço praticado em regimes liberalizados. Ao mesmo tempo, a dificuldade dos governos em controlar a inflação, o desemprego e as despesas de segurança social, levou os cidadãos europeus a interrogarem-se seriamente sobre as causas de “government failure” e a favorecer programas de privatização e liberalização de setores econômicos até aí fechados ou só parcialmente abertos à iniciativa privada.

94 “A liberalização implicou a abertura do mercado de setores anteriormente regidos em monopólio público, permitindo e fomentando o aparecimento de empresas privadas ao lado das empresas públicas. A privatização, que pode ser simultânea ou posterior à liberalização, traduziu-se na alienação das empresas públicas ao setor privado” (Moreira/2003a:236).

95 “La liberalización implica o significa la entrada en un sector económico de posibles operadores, en tanto en cuanto se manifieste dicha liberalización. Rompe aquélla con el monopolio del poder público. La contraposición posible, por conseguinte, es entre monopolio (con posible derivación del servicio público) y liberalización. La liberalización es un concepto de carácter jurídico. Es para un concreto Estado una obligación jurídica la de liberalizar en tanto en cuanto se imponga en la norma europea” (Gonzalez-Varas Ibañez/2008:99).

96 “El concepto de privatización tiene un sentido propio. A diferencia de la liberación, para un Estado miembro concreto, no estamos tanto ante una exigencia de Derecho con ante una decisión política. Si se privatiza es por motivos políticos internos de cada Estado. No obstante, es cierto que la liberalización provoca un efecto privatizante porque, tras liberalizar el mercado, es difícil que la empresa pública soporte el empuje y modos de actuar de sus competidores privados. Así todo, de forma interesante, es preciso destacar que cuando se liberaliza un mercado y permanece el poder público como competidor, debe aplicarse el Derecho de la competencia” (Gonzalez-Varas Ibañez/2008:99).

entidades prestadores dos mesmos.⁹⁷ O direito Comunitário, dado o princípio da neutralidade, não se interessa pelo regime de propriedade dessas empresas.^{98,99}

Todavia, é evidente, afinal, a incompatibilidade das tradicionais empresas públicas com a dinâmica do mercado, bem assim, as novas exigências comunitárias, sobretudo, liberalização e concorrência.

Nesse supedâneo, é de salutar importância perceber, como aponta Pedro Gonçalves (1999b:13), que “os serviços públicos, associados ao Estado, a direitos especiais ou exclusivo, a posição dominantes, a ajudas públicas e a uma certa contenção da aplicação das regras de concorrência, constituam uma realidade pouco compatível com o processo de integração comunitária. O fato de o Tratado de Roma admitir a existência de todas essas situações jurídicas não exclui o interesse comunitário no desmantelamento dos serviços públicos nacionais a elas tradicionalmente associados.” Apesar disso aos poucos, “as instituições comunitárias acabaram por ir determinando o reposicionamento dos Estados membros nas respectivas economias nacionais, constringendo-os a liberalizar e a privatizar alguns tradicionais serviços públicos — as tímidas reações dos Estados-membros improcediam diante da interpretação liberal do Tratado de Roma (e restritiva em relação às regras nele contidas sobre exclusão ou atenuação da concorrência) das instâncias judiciais comunitárias, interpretação essa que, de resto, era favorecida por um ambiente global no sentido da liberalização e da privatização das economias”.¹⁰⁰

97 Como aponta Vital Moreira (2001:226) “normalmente a privatização é acompanhada da liberalização. Mas pode haver privatização sem liberalização (alienação de um monopólio público) e liberalização sem privatização (admissão de novos operadores, privados, ao lado do operador público)”.

98 O disposto no artigo 295, e também, artigo 31 do Tratado, permite, respeitadas certas condições, a manutenção dos monopólios de natureza comercial, e do artigo 86, n. 1, que equivale às demais empresas as empresas públicas e as empresas privadas a quem os Estados-membros concedam direitos especiais ou exclusivos. Sobre o assunto, Souvirón Morenilla (1998:253 e ss.).

99 Nesse sentido, Dulce Lopes (2003:160) afirma que: “em traços largos, os princípios que informam o direito econômico da Comunidade Européia determinam, em situação de livre concorrência, uma mudança no modo de assegurar os serviços públicos. No entanto, essa mudança não se refere ao diferente estatuto jurídico do seu prestador, ou melhor, à sua reserva de atores públicos ou privados, mas ao diferente regime a que a prestação destes serviços se encontra submetida. Ainda assim, da criação de um mercado de disputa destes serviços entre Estado e mercado resulta, quase naturalmente, uma redução da quota parte correspondente à atividade prestacional pública, o que se encontra na confluência dos imperativos concorrenciais de eficácia e eficiência econômica”.

100 Por fim, cabe uma última nota em relação às redes de muitos dos serviços públicos econômicos. “O progresso tecnológico acabaria por tornar possível a designada concorrência na rede (*wettbewerb im netz*) e, com ela, a separação entre a rede e os serviços. Essa separação é a base técnica que permite limitar a responsabilidade pública, já que, tecnicamente, o Estado deixa de ter de assegurar o serviço por ser o dono da rede. Porém a despublicização integral limita-se ao setor dos serviços. Embora, em certos setores, a instalação de redes também seja liberalizada, as redes públicas continuam públicas, assumindo o Estado o dever de assegurar a respectiva existência, manutenção e conservação (*infrastrukturverantwortung*). A liberalização integral dos serviços irá ter como consequência a institucionalização do direito do livre acesso a terceiros às redes públicas, impondo-se um novo princípio jurídico nesses setores, o princípio do funcionamento das redes públicas como redes abertas a todos os prestadores de serviços “*open network provision*” (Gonçalves/1999b:15).

3.1. Fundamentos da Liberalização

Como resultado da conjuntura político-econômica, acima analisada, pode-se afirmar que houve uma grande transformação no paradigma das políticas públicas e da regulação dos serviços públicos.

Os governos, cada vez mais, abdicam à direção/execução direta da economia para concentrar seus esforços no desenvolvimento de entidades ou organismos jurídico-econômicos que permitam chegar a uma economia de mercado forte e regida pela livre concorrência. Isso se dá por consequência de um contexto comunitário que planeja alcançar, dentre outras coisas, o aumento da eficiência econômica dos Estados-membros e da coesão social.^{101,102}

Diante disso, podem-se elencar três razões principais para a liberalização econômica¹⁰³: (i) fundamento político: a liberalização dos serviços públicos econômicos introduz, por estar envolta aos rigores de uma economia de mercado e da livre concorrência, mudanças importantes nos comportamentos dos agentes econômicos, tanto das empresas do setor quanto do próprio mercado e dos consumidores. Para tanto esse processo de liberalização requer uma forte liderança política, capaz de definir um novo planejamento, jurídico-econômico, apto a oferecer garantia e segurança aos novos gestores/investidores do serviço público, e, também, aos consumidores, que irão se beneficiar da introdução do mecanismo da concorrência; (ii) fundamento econômico: pode ser apontada uma razão conjuntural que se atem a exigência da concorrência no mercado, bem como, uma razão conceitual, oriunda de um novo modelo regulação econômica; (iii) fundamento jurídico: a dinâmica do mercado interior europeu e dos Tratados fazem com que a União Europeia, o Direito Comunitário e os Estados membros apriorem ou, por vezes, reformem, seus aparatos jurídicos a fim de acompanharem ou por vezes fomentarem as transformações sócio-econômicas. A finalidade do Direito Público é selecionar os instrumentos legais que melhor articulem as políticas públicas.

101 *“La liberalización no es una reforma económica coyuntural. Si se quiere comprender su fundamento y alcance, es preciso situarla en el marco de las transformaciones globales de toda índole. Los procesos de liberalización no arrancan de decisiones voluntaristas. Inician importantes y difíciles procesos de reforma de las estructuras económicas adaptas a las nuevas circunstancias. El mantenimiento acrítico de estructuras productivas y administrativas, que se diseñaron en función de las circunstancias de otras épocas, acarrearía su anacronismo en perjuicio de todo el tejido económico y social, cuya competitividad y calidad de vida dependen directamente de la eficiencia de los servicios económicos esenciales”* (Cruz Ferrer/2002:197).

102 *“Durante los último años se ha generalizado un proceso de liberalización de los servicios públicos a consecuencia de las medidas que en este sentido han adoptado las instituciones comunitarias y de las corrientes político-económicas de signo liberal. La liberalización implica que el poder público deja de gozar de la exclusiva en la gestión de la actividad publicada y lleva también consigo una pérdida de áreas de regulación por parte del Derecho Administrativo”* (Gonzalez-Varas Ibañes/2001:82).

103 Tal caracterização se dá com base nos estudos do professor Cruz Ferrer (2002:197 e ss.).

3.2. Fundamentos da Privatização

A privatização da prestação dos serviços públicos encontra seu fundamento, preponderantemente, no respeito pelos Estados-membros às vinculações decorrentes do Direito Comunitário.

A Comunidade Europeia, apesar de se posicionar de forma neutra em relação ao regime de propriedade nos diversos Estados-membros, bem como, de inexistir uma regulação comunitária específica aplicável à iniciativa econômica pública ou ao setor empresarial, induz a certa igualdade de subordinação das iniciativas econômicas públicas e privadas, o que acarreta novas limitações à iniciativa pública, e com isso, numa neutralidade “relativa” do direito comunitário ao regime de propriedade.¹⁰⁴

Sabendo-se que um processo de privatização do setor empresarial público se mostra bem mais compatível com o princípio de uma economia de mercado aberto e o princípio da livre concorrência do que qualquer processo de apropriação coletiva dos meios de produção, pode concluir-se que existe uma preferência comunitária pela privatização da titularidade dos meios de produção públicos: a abertura do acesso a agentes privados de atividades econômicas até então em monopólio público e a abertura ao capital privado das sociedades de capitais públicos representam, por isso mesmo, dois processos de privatização implementadores da orientação comunitária sobre a matéria (Otero/2001:52).

Além desse impulso provocado pelos ditames comunitários, a privatização também foi estimulada por outras razões, dentre elas: a ineficiência das empresas públicas, provocada, em parte, pelo fato da sua gestão sacrificar os objetivos econômico-financeiros e comerciais aos objetivos políticos e sociais; necessidade de diminuir o desequilíbrio dos orçamentos públicos, aliviando-os dos déficits de algumas empresas públicas e acrescentando-os das receitas provenientes da venda do respectivo capital e patrimônio.^{105,106}

104 Tal a submissão das empresas públicas às mesmas normas de atuação das empresas privadas — proibindo qualquer discriminação, determinou que o Direito Comunitário acabasse por favorecer uma tendência privatizadora da economia: os Estados-membros tiveram que proceder a profundas reestruturações dos respectivos setores empresariais, levando à adoção de critérios de gestão privada, principalmente quando tais empresas estavam situadas em setores econômicos dotados de grande concorrência, acabando a abertura do mercado nacional por conduzir ao desenvolvimento de processos de privatização (Otero/ 2001:51).

105 Nesse sentido, vide: (Santos; Gonçalves; Marques/2004:163 e 164).

106 Nos apontamentos de Villar Rojas (2001:210 e 211) *“El cambio comienza por la venta del capital de las empresas públicas gestoras de cada servicio público. Sus causas son reales y formales. Las reales son hacer caja y obtener recursos para hacer frente a la crisis financiera del Estado, las formales son la ineficiencia de la empresa pública frente a la mayor eficiencia y racionalidad de la empresa privada”*.

3.3. Desregulação

Como dito anteriormente, com a emergência das orientações liberalizadoras e privatizadoras, houve, sensivelmente, uma redução do papel do Estado na economia e a revalorização do papel do mercado concorrencial como protagonista da exploração econômica. Isso acarretou em uma “desregulação pública”.

“El proceso de desregulación se orienta a buscar la mayor compatibilidad entre las intervenciones del Estado en la economía y la libre competencia” (Cruz Ferrer/2002:240).

A desregulação, propriamente dita, consiste no aligeiramento ou eliminação do controle público sobre a produção e o mercado de numerosas indústrias (Moreira/1997:43). Pretendia-se a eliminação ou atenuação das restrições à entrada do mercado (licenciamento, outras formas de condicionamento da iniciativa privada) ou à atividade das empresas no mercado (abolição de controle de preços), entregando o setor em causa ao mercado e à concorrência (Moreira/2001:226).

Como afirma Cruz Ferrer (2002:240): *“La desregulación, más que un proceso de supresión de normas, consiste en un proceso de adaptación del sistema normativo a las nuevas circunstancias en atención a los nuevos fines propuestos. No equivale en modo alguno a supresión de normas. No se trata de provocar la pura anomia. Se trata más bien de examinar qué tipo de normas regulaban el sector y sustituirlas por otras diferentes. Libertad y autoridad abiamente mezcladas.”*

Todavia, isto não quer significar, e não significou, que tenha havido uma redução da atividade reguladora do Estado. Na verdade a liberalização e a privatização dos mercados exigiram uma melhor regulação. Houve, de fato, uma contração da esfera de atuação econômica estatal. Contudo, essa retirada do Estado dos setores da economia abriu sistematicamente a via para uma regulação mais pormenorizada das regras de produção e prestação dessas áreas.

3.4. A Regulação Posterior a Liberalização e Privatização Ao privatizar um antigo monopólio e liberalizar o setor em que esse se movia, torna-se, com certeza, necessário o estabelecimento de novas regras.

Como aponta Villar Rojas (2001:215): *“en un análisis jurídico-público, la principal consecuencia de la privatización de servicios públicos es su reordenación jurídica. En efecto, pasar de una situación de planificación pública y monopolio legal, de falta del mercado, a otra de libre competencia y libre elección del usuario, es complejo; mucho más si se pretende asegurar el acceso de todos a unos servicio básicos y fomentar la competencia permitiendo el acceso de nuevos operadores.”*

Seguindo a doutrina espanhola: *“la definición de nuevos fines a perseguir por la política económica exige nuevos instrumentos de técnica jurídica. No es suficiente la supresión de técnicas o su adaptación a los nuevos fines (desregulación): resulta imprescindible definir y facilitar nuevas instituciones y técnicas jurídicas, que hagan posible la transformación de los modelos industriales de los servicios con tecnología de red para que dejen de ser monopolios y queden abiertos efectivamente a la competencia”* (Cruz Ferrer/2002:240).¹⁰⁷ *“La regulación subsiguiente a la privatización es regulación económica sectorial. Como actividad de ordenación y supervisión de un sector, incorpora muchas técnicas económicas; éstas se superponen al aparato institucional jurídico-administrativo de atribución de derechos y obligaciones”* (Cuétara Martínez/2001:194).

Do exposto, extrai-se que os movimentos das privatizações e liberalizações se implicaram a contração da esfera econômica pública, resultaram também numa expansão da regulação¹⁰⁸, dado que a retirada do Estado dos setores da economia abriu sistematicamente a via para uma regulamentação mais ou menos pormenorizada e duradoura das regras de produção e prestação nessas áreas (Moreira/1997:44). Nesse sentido, o Estado restringe sua atuação às funções propriamente públicas de tipo regulador, o que lhe assegura presença no mercado. O Estado Regulador do mercado, numa economia de mercado regulado.

Essa regulação *“after privatization”* seguindo os ditames comunitários, gira em torno de um mercado concorrencial regulado. Primeiramente uma regulação de transição ao modelo concorrencial, organizando os setores liberalizados em torno de uma pluralidade de operadores e da livre escolha pelos clientes-utentes dos serviços. E, por conseguinte, no aprimoramento da regulação da concorrência, para que essa se dê de forma eficiente diante das exigências de um mercado livre. O que deve ocorrer sempre de forma a entender os interesses públicos e privados em jogo, sempre com primazia ao primeiro.

107 Com relação aos fundamentos dessa nova regulação o autor conclui da seguinte forma (Cruz Ferrer/2002:240): *“la neo-regulación, no se trata de volver a regular algo, sino de regular de nuevo un sector; partiendo de fundamentos conceptuales, de técnicas instrumentales y de fines completamente distintos a los existentes en la regulación anterior. En cuanto a los fundamentos conceptuales, la confianza en la dirección pública del sector se sustituye por la confianza en las libertades y en el mercado; en cuanto a las técnicas instrumentales, el predominio de la regulación económica desaparece y, en su lugar, se persigue el equilibrio entre intereses a través del recurso a las técnicas del Derecho privado y de la regulación administrativa, y en cuanto a los fines, ya no se trata solamente de garantizar la seguridad de los abastecimientos y prestaciones mediante la dirección pública, sino de promover la competencia, garantizando al mismo tiempo fines sociales como la continuidad y calidad de los servicios y la protección del medio ambiente”*.

108 *“Juntos a ciertos atisbos de desregulación se observan de modo especial reglamentaciones incluso bastante mayores que en tiempos del monopolio. No solo han sido necesarias extensas leyes ‘liberalizadoras’ sino también numerosos reglamentos de distinto rango. A lo que habría que sumar la reglamentación comunitaria europea e internacional y las cada vez más frecuentes regulaciones llevadas a cabo por organismos o colectivos privados”* (Gonzales-Varas Ibañez/2001: 84).

4. REFORMA DO ESTADO/ADMINISTRAÇÃO

Uma das consequências das transformações, acima elencadas, mais significativas ocorridas no âmbito comunitário europeu foi, nomeadamente, no modo de atuação administrativa dos Estados-membros. Buscou-se uma reforma modernizadora da Administração Pública em consonância com a contemporânea realidade Europeia.

Como aponta Gomes Canotilho (2001:708), “quando hoje se fala de administração ou modernização da administração, se pressupõe também a reforma do Estado. Poucas dúvidas existem sobre a articulação ‘reformadora’: qualquer reforma da administração exige reforma do Estado e qualquer reforma do Estado é indissociável da reforma da administração. Estreitamente associado, está o problema dos paradigmas e mudanças de paradigmas do Estado e da administração. Quando, por exemplo, se insiste na substituição do paradigma burocrático da administração pelo paradigma da administração empresarial isso se traduz também na emergência de um novo paradigma do Estado que hoje tende a ser denominado paradigma do Estado Regulador”.

4.1. Empresarialização da Administração Pública

Um dos tópicos da modernização do Estado/Administração e da reforma administrativa está associado, sobretudo, a ideia do “*New Public Management*”.

Tal modelo se liga, nomeadamente, à necessidade de rever o padrão de organização burocrática e hierárquica, de alterar os padrões de comportamento dos agentes da Administração e de incrementar a eficácia e a eficiência das estruturas públicas (Canotilho/2001:714). A proposta passa pela ruptura com os modelos tradicionais e, entre outras coisas, pela empresarialização da Administração Pública. Em termos simples, esta fórmula representa a sujeição da Administração às formas e aos métodos de gestão do setor privado. A obtenção da eficiência, a melhoria do desempenho, a autonomia de gestão dos serviços, a gestão por objetivos é orientada para resultados e a consideração dos cidadãos como clientes são alguns dos itens que se associam a uma concepção da Administração como uma “grande empresa de serviços”, empenhada na qualidade do seu desempenho e avaliada pelos resultados que produz, pelos meios que empenha e pelos custos que suporta (Gonçalves/2008:334).

O *New Public Management* se caracteriza, pois, pela utilização intensa das práticas gerenciais com ênfase na eficácia, sem, contudo, perder de vista a função eminentemente pública do aparelho estatal. Os pontos mais relevantes desse modelo de gestão são: a descentralização, a delegação de autoridade e um rígido controle sobre o desempenho aferido mediante indicadores previamente estabelecidos

(considerando o indivíduo, em termos econômicos como: consumidor/cliente, usuário e; em termo políticos, como cidadão).

Conforme aduz Pedro Gonçalves (2008:335): “a empresarialização não passa apenas pelos procedimentos, forma e métodos de gestão privada; concretiza-se também pela utilização de modelos organizativos de direito privado. Pode, pois, e em síntese, dizer-se que a empresarialização promove a chamada privatização formal da Administração pública, por via da transformação de muitas estruturas sub-ativas públicas em entidades empresariais em formato de direito privado”.¹⁰⁹

Diante disso, diversas modalidades de privatização da Administração Pública podem visualizar o respectivo apelo fundamentador na ideia de eficiência (Otero/2001:49): *(i)* a privatização do acesso a uma atividade econômica ou de capital social de entidades empresariais públicas, envolvendo a integração de tais setores de atividade ou de empresas numa lógica de mercado concorrencial, produzirá um reforço da respectiva eficiência como meios de produção; *(ii)* a privatização da gestão ou da exploração de tarefas administrativas submetendo essa mesma gestão ou exploração a uma dinâmica empresarial privada que maximize a respectiva utilidade econômica e social, também será explicável à luz de um princípio de eficiência; *(iii)* a privatização das formas organizativas da Administração ou do seu próprio direito regulador determinando uma atração pelo recurso aplicativo ao direito privado, enquanto direito comum regulador do tráfico jurídico e, em especial, da atividade econômica; e *(iv)* a privatização da regulação administrativa da sociedade, envolvendo uma redução do peso da intervenção reguladora do Estado sobre a área econômica e social.

4.2. A Responsabilidade Pública de Garantia do Estado/Administração: Partilha de Responsabilidades

Outra importante consequência das transformações políticas, jurídicas e econômicas comunitárias, no que tange aos serviços públicos e a modernização da Administração Pública, é quanto à responsabilização pública pela consecução dessas atividades.

Com o advento do Estado democrático e social, as fronteiras entre Estado e sociedade esbatem-se; a lógica liberal de confrontação e de exclusão surge substituída (ou, pelo menos, complementada) por uma lógica de cooperação e de ação concertada, que se expressa através de complexos processos de integração,

¹⁰⁹ Deste modo, a empresarialização do aparelho administrativo estadual traduz-se numa aproximação do modo de funcionamento deste aos parâmetros privados: gestão por objetivos, avaliação de desempenho, preocupação com a satisfação do cidadão-utente, enfim, a criação de uma cultura baseada na exigência no mérito (Silva/2006:36).

de osmose e de interpenetração. A ação política dos grupos, o aparecimento de instâncias de Administração partilhada com os interessados e os vários sistemas e parceria e de divisão de trabalho entre Administração e particulares são apenas alguns dos sintomas de um novo modelo de relacionamento simbiótico entre Estado e Sociedade (Gonçalves/2008:141). Nessa dinâmica, há sinais muito nítidos de um deliberado aproveitamento, mobilização e ativação da autorregulação privada e da capacidade dos particulares para a realização de objetivos e de fins públicos (Gonçalves/2008:150).

Hodiernamente, no Estado Regulador, há, claramente, a substituição da responsabilidade de execução “*Erfüllungsverantwortung*” pela responsabilidade de garantia da prestação “*Gewährleistungsverantwortung*”.

Nesse mesmo sentido, entende-se, atualmente, que a mudança de compreensão das funções e papéis do Estado reside no fato de uma tarefa erguida à missão pública, da Administração Pública, não ser obrigatoriamente seguida, de forma direta, pela Administração¹¹⁰. Tem-se, agora, o reforço, ou melhor, o protagonismo dos particulares na prossecução dos interesses públicos.

Assim sendo, como escreve Pedro Gonçalves (2008:160), na medida em que a privatização material se expandiu para áreas abrangidas pela garantia social e correspondeu, portanto, a uma externalização de fins estaduais, os atores privados viram-se investidos de um papel decisivo (executivo) na concretização de interesses, na produção de bens e na realização de finalidades e objetivos que o Estado tem o dever constitucional de garantir. É, neste sentido, exato reconhecer que a privatização material se apresentou também como uma estratégia de partilha de responsabilidades entre o Estado e os atores privados. Trata-se de uma partilha ou divisão do trabalho que confia aos atores privados novas tarefas de responsabilidades (privadas) e coloca o Estado numa posição de garante “*Garantenstellung*”, investido de novas incumbências de regulação pública.

Nesse contexto, pode-se dizer que o Estado assume uma “responsabilidade de regular, de definir regras de conduta e de impor a respectiva aplicação aos operadores econômicos que oferecem bens no mercado e prestam serviços, serviços de interesse geral, eleva a regulação pública a condição de principal instrumento de ação do Estado Administrativo de Garantia”.¹¹¹

110 Conforme aponta Gomes Canotilho (2001:717) “o exercício de tarefas públicas por privados não significará sempre uma verdadeira retirada do Estado, mas tão somente a escolha de uma forma outra da prossecução de tarefas públicas. O Estado permanece responsável, mas a tarefa pode ser prosseguida e executada com mais efetividade, eficiência e economicidade se se adotarem novos padrões de organização. Estas sugestões encontram pleno acolhimento não apenas nos processo de administração, mas também nas formas de cooperação-coordenação dos particulares com a administração”.

111 Com esse pensamento: Pedro Gonçalves (2013:12)

4.2.1. *Ativação das Responsabilidades Privadas*

A partilha, e, por conseguinte, atenuação de responsabilidades por parte do Estado tem o seu embasamento não só na nova responsabilidade de garantia, mas também na ativação de responsabilidades na esfera privada. A desestadualização do interesse público corresponde à superação da dicotomia entre Estado e Sociedade, resultando, com isso, o entendimento de que o Estado, apesar de ser o legítimo depositário do interesse público, não tem o exclusivo da sua satisfação, aliás, pode e deve fazer um aproveitamento do potencial da atividade privada.

Como observa Pedro Gonçalves (2008:160) “entre as estratégias de emagrecimento do Estado contam-se naturalmente formas variadas de fomento e de indução da autorregulação privada para a prossecução de interesses públicos: explica-se assim a ‘autorregulação privada provocada, ativada ou induzida pelo Estado’. Está aí presente o interesse do Estado em aproveitar o ‘potencial endógeno da Sociedade’ e a ‘capacidade dos atores privados em prosseguir fins públicos’”.

Essa ativação de responsabilidade refere-se, não só no reforço de uma responsabilidade própria dos privados, no âmbito de sua esfera de atuação, mas também, na responsabilidade de proteção do interesse da comunidade.¹¹²

Tem-se, assim, um aproveitamento, mobilização¹¹³, ativação¹¹⁴ dos privados, bem assim da capacidade dos seus atores para a realização de objetivos e fins públicos, uma espécie de privatização de tarefas/responsabilidades públicas.

5. CONCLUSÕES PARCIAIS

Nota-se que desde o Tratado de Roma a Comunidade Europeia buscava construir uma forte economia de mercado, baseada, sobretudo, nos princípios da concorrência e da livre iniciativa nele estabelecidos. O que ia, claramente, de encontro aos tradicionais traços do serviço público, de figurino francês, assente numa lógica exterior ao mercado e à concorrência e baseados pelo contrário numa lógica de exclusivo público.¹¹⁵

112 Convém salientar que tal ativação não resulta na recusa, ou no repasse total da responsabilidade pública estatal aos privados, e sim, por vezes, acarreta um alargamento das tarefas de proteção de interesses públicos.

113 Martin Burgi (2003: 164 e ss).

114 Para um maior aprofundamento do tema vide, dentre outros doutrinadores: F. Ossenbuhl (1971:148 e ss.); Andreas Vosskuhle (2000:746); Friedrich Schoch, (2008:242); Andreas Vosskuhle (2003:331 e ss.)

115 “Embora, desde o início, o Tratado de Roma e a Comunidade Económica Europeia respeitem a existência de empresas públicas, a verdade é que elas devem operar, em princípio, sem privilégios ou exclusivos num mercado concorrencial, no mesmo pé que as entidades privadas. Nessa perspectiva, portanto, não havia grande lugar para os serviços públicos, tais como existem em vários Estados da CEE. A dupla identidade em que assentava a concepção clássica do serviço público (serviço público = empresa pública = monopólio) era claramente afastada pela ordem económica comunitária” (Moreira/2001:234).

Nos finais dos anos setenta uma série de fatores corroboram para uma autêntica mudança de paradigmas na seara econômica e, por conseguinte, na política econômica comunitária, no seu principal instrumento de intervenção, a regulação econômica.

Como afirma Cruz Ferrer (2002:234) *“del paradigma de confianza en el acierto de las autoridades políticas y administrativas para limitar la propiedad y la libertad de empresa al servicio de los intereses públicos, se va a evolucionar a una confianza progresiva en la libre competencia, como un medio más eficaz que la intervención pública para obtener una mayor eficiencia económica que beneficia a toda la comunidad, a través de la funcionalidad social y económica de los derechos de propiedad y de la libertad de empresa. Los factores que confluyen para determinar este cambio son, por ejemplo: nuevas concepciones sobre la posición y funciones de los gobiernos y de los mercados, y el principio de subsidiariedad en el plano político; en el plano económico”*.

Essas novas perspectivas acarretaram em uma grande reforma do Estado/Administração, o que se deu, especialmente, no modo de gestão da Administração Pública — a exemplo do *“New Public Management”*. Aliado a essa a “empresarialização da Administração Pública”, tem-se a consecução de missões públicas pelos particulares, e a partilha de responsabilidades entre Estado e os privados, ficando aquele como garante da execução dos serviços públicos pelos particulares.

Por derradeiro, não se pode olvidar da nova regulação afeta no *“after privatization”*, atuando de modo a conciliar os interesses do mercado, e seus princípios, aos interesses e fins sociais, ligados diretamente a concretização dos serviços de interesse econômico geral.

CAPÍTULO IV

O ESTADO REGULADOR DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

SUMÁRIO: Parte I — 1. Do Estado de Serviços Públicos ao Estado Regulador dos SIEG: 1.1. Do Estado Executor ao Estado Garantidor do Serviço Público; 1.2. O Estado Garantidor e Regulador do Serviço Público; 1.3. A Regulação dos Serviços Públicos — 2. Serviço Universal : 2.1. Noção de Serviço Universal no Direito Comunitário; 2.2. O Conceito de Serviço Universal; 2.3. A Definição/Caracterização do Serviço Universal — 3. Obrigações de Serviço Universal: 3.1. As Obrigações do Serviço Universal Propriamente Ditas; 3.1.1. Os Princípios do Serviço Universal; 3.1.1.1. Universalidade; 3.1.1.2. Igualdade; 3.1.1.3. Continuidade; 3.1.1.4. Adaptação; 3.1.1.5. Qualidade; 3.1.1.6. Transparência; 3.1.1.7. Participação dos consumidores; 3.2. Princípios Emergentes — 4. A Regulação dos Serviços de Interesse Econômico Geral e da Concorrência: 4.1. As Agências Reguladoras Independentes; 4.1.1. A Regulação do Serviço Universal pelas ARI; 4.1.2. A Regulação da Concorrência pelas ARI — Parte II — 1. Financiamento dos Serviços de Interesse Econômico Geral — Serviço Universal: 1.1. O suporte das Obrigações de Serviço Universal; 1.2. Os Sistemas de Financiamento das Obrigações de Serviço Público — 2. A Proteção dos Direitos dos Utentes-Consumidores: 2.1. O Direito dos Utentes-Consumidores no Direito Europeu; 2.1.1. Tratado de Amsterdã; 2.1.2. A Comunicação sobre o Serviço de Interesse Econômico Geral de 2000; 2.1.3. Carta Europeia para os Serviços de Interesse Geral; 2.1.4. Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia; 2.1.5. A Atual Estratégia para a política dos consumidores — 3. Conclusões Parciais.

O capítulo derradeiro busca unir e materializar os pontos precedentes desse trabalho e, assim, dar pontos finais a tudo o que já foi exposto.

O que se faz em duas partes.

Inicialmente, o itinerário a ser percorrido, na visão comunitária Europeia, é o do Estado executor dos serviços públicos rumo ao atual Estado Regulador e Garantidor dos serviços de interesse econômico geral. E, por consequência, a regulação econômica e social desse instituto.

Por fim, o estudo de dois temas conexos, o financiamento das obrigações de serviço universal e a proteção dos utentes/consumidores desses serviços.

PARTE I

1. DO ESTADO DE SERVIÇOS PÚBLICOS AO ESTADO REGULADOR DOS SIEG

1.1. Do Estado Executor ao Estado Garantidor do Serviço Público

No âmbito do Estado Providência, ao longo da segunda metade do século passado, os serviços públicos eram sinônimos de titularidade pública. Mais do que o modo de organização, o serviço público traduzia a essência do Estado e espelhava a filosofia das relações entre a ação pública e a sociedade. A civilização do bem-estar assentava-se, assim, na propriedade pública dos serviços destinados à satisfação dos interesses coletivos.

Fruto de diversos fatores, sobretudo os apontados no capítulo anterior, este panorama sofreu uma profunda inflexão nos últimos anos do século XX.

Assiste-se, agora, nos mais diversos setores da economia, a uma privatização material: o que antes era integralmente público, porque de titularidade pública, passa para a esfera da sociedade, para o setor privado (Gonçalves; Martins/2004:298).¹¹⁶

Busca-se, destarte, a satisfação das necessidades fundamentais da coletividade, independentemente dos serviços públicos tradicionais estarem a cargo do Estado ou dos particulares.

Todavia, como aponta Dulce Lopes (2003:161), apesar do atual modelo estadual se distanciar cada vez mais do típico Estado de bem-estar, isso não implica que este se desonere do cumprimento das funções econômicas e sociais que lhe estão, quantas vezes, constitucionalmente cometidas. Sucede, porém, que as incumbências públicas passam agora a ser exercidas por formas diversas, dentre as quais se destaca a atuação da regulação.¹¹⁷

Nesta seara, o processo de liberalização e privatização não significou uma ruptura abrupta com o anterior sistema de serviços públicos. A ideia essencial continua presente: as necessidades coletivas (necessidades básicas ou essenciais dos cidadãos, na linguagem repetida dos textos comunitários) devem continuar a ser garantidas. E esse dever, — dever de garantir a satisfação das necessidades coletivas — é público; um dever do Estado. Por isso, o fato das atividades serem privatizadas e liberalizadas em caso algum pode significar a extinção de toda a responsabilidade pública. O que se alterou foi decerto o tipo e o grau de responsabilidade: se antes era uma responsabilidade de execução, de satisfação direta das necessidades pelo próprio Estado, hoje é cada vez mais um responsabilidade de garantia das prestações. No novo contexto, o Estado deixa de ser prestador direto, passando a assumir a posição de garante da realização das prestações destinadas a satisfazer necessidades básicas universais dos cidadãos (Gonçalves; Martins/2004:299).¹¹⁸

116 Nesse sentido os autores (Gonçalves; Martins/2004:298) ainda continuam: “a linha de fundo desse processo revela-se suficientemente clara, sendo comum a todos os setores: ao Estado, antes titular e responsável por cada um dos setores ou blocos de atividade, em consequência ou em resultado direto da sua declaração de serviço público, deixou de os dirigir, programar ou planejar e de os controlar de dentro ou a partir de dentro. De fato, se as atividades são convertidas em privadas, todos os anteriores poderes inerentes à posição de *dominus* ou de titular deixam de existir, e se alguns deles subsistirem jamais poderá invocar-se como fonte dos mesmos de titularidade do serviço ou da atividade”.

117 Na verdade, com o movimento de privatizações e liberalizações, a influência comunitária e a emergência do Estado Regulador assiste-se ao desmantelamento de muitos serviços públicos clássicos e à assunção pelo Mercado de tarefas anteriormente monopolizadas pelo poder público (Silva/2006:204).

118 “*En un análisis jurídico-público, la principal consecuencia de la privatización de servicios públicos es su reordenación jurídica*” (Villar Rojas/2001:215).

Assim, o comprometimento administrativo quanto aos serviços públicos tradicionais, ou agora, dos serviços de interesse econômico geral, e por se tratar estes de atividades de interesse público e de necessidades básicas, deixa de ser executivo e passa a ser institucional. Consiste no dever de garantir que as tarefas em causa sejam efetivamente exercidas.¹¹⁹

Ademais disso, por se entender que o dever de assegurar a existência da tarefa pode não ser suficiente, considera-se conveniente que a Administração assegure ainda que no exercício dessa tarefa pública pelos privados, sejam observadas certas determinações, orientações ou obrigações que ela própria impõe. Não sendo cabível nessas ocasiões, pois, tão somente, a responsabilidade de controle ou de fiscalização “*Beobachtungsverantwortung*”.

Dessa feita, chama-se a atenção para outro vetor deste tipo de responsabilidade administrativa, que pressupõe a atribuição à Administração de uma competência de programação, de orientação e de moderação da entidade privada a quem foi confiado (*rectius*, “autorizado”) o exercício da tarefa. Tais tarefas, embora privatizadas, estão sujeitas a uma programação ou disciplina pública incompatível com uma mera responsabilidade administrativa de controle. Para assinalar a dimensão não puramente privada dessas atividades de interesse econômico geral, em qualquer caso, pretende-se destacar o degrau intermédio entre os setores público e privado que essas atividades ocupam (sobretudo os serviços públicos privatizados).

1.2. O Estado Garantidor e Regulador do Serviço Público

Como demonstrado acima, a delegação aos particulares de tarefas públicas e das suas execuções, não pretendeu, bem como, se quer levará ao encerramento das finalidades inerentes do tradicional serviço público, a satisfação das necessidades coletivas. Pretende-se que esses objetivos sejam alcançados por intermédio dos privados, dentro de uma economia concorrencial de mercado.

Contudo, partindo-se do pressuposto realista de que o mercado não consegue ou não pode só por si garantir ao conjunto dos cidadãos a prestação dos serviços indispensáveis aos mais diversos níveis sociais e a custos rentáveis do ponto de vista comercial ou econômico, impõe-se a necessidade de encontrar uma nova fórmula que permita conciliar ou conjugar a consecução daquele fim, que é o

119 Dentre os termos encontrados na doutrina para caracterizar o atual modo de atuação do Estado no âmbito econômico, cada qual com suas peculiaridades, pode-se citar: Estado de Direção (VOSSKUHLE/2007:2115), Estado de Pilotagem (GARCIA/2009:25 e ss), Estado Incentivador do Mercado, (SCHMIDT-ASSMANN/2006: pp. 129 e ss), Estado Orientador de Comportamentos (KNAUFF/2004:59), Estado Orientador, Incentivador e Garantidor (SILVA/2008).

objetivo típico do clássico serviço público de titularidade da Administração, com o desenvolvimento das atividades pela livre iniciativa privada num contexto de mercado concorrencial entre os operadores. Esta circunstância, de algum modo conatural ao mercado, pode exigir do Estado outro nível ou grau de atuação, concretizado na emissão e imposição de determinações, orientações e obrigações, acompanhando amiúde o seu cumprimento pelos operadores. Ou seja, emerge do processo de liberalização uma responsabilidade pública de regulação do mercado (Gonçalves; Martins/2004:300).¹²⁰

Em outras palavras, o dever de garantia envolve não só a atribuição de competências de disciplinas públicas, como também: a programação, orientação e acompanhamento dos particulares licenciadas ou autorizados a exercer as atividades, as quais se consideram fundamentais para a satisfação das necessidades básicas dos utentes. Nessa senda, a privatização e a liberalização, sem dúvida, converteram a responsabilidade do Estado num dever de garantia das prestações e, por conseguinte, de regulação das atividades que fornecem essas prestações.

Há aqui uma incumbência pública traduzida em garantir resultados (*assuring results*) e já não em produzir resultados (*production of results*).¹²¹

1.3. A Regulação dos Serviços Públicos

Tanto a privatização quanto a liberalização dos serviços públicos “tradicionais” acarretaram uma importante mudança no papel do Estado. O Poder Público passa de prestador direto do serviço público para o desempenho da função de regulador e, eventualmente, financiador destas atividades.

¹²⁰ Nesse diapasão Vilar Rojas (2001:215) assim expõe: “*En efecto, pasar de una situación de planificación pública y monopolio legal, de falta de mercado, a otra de libre competencia y libre elección del usuario, es complejo; mucho más si se pretende asegurar el acceso de todos a unos servicios básicos y fomentar la competencia permitiendo el acceso de nuevos operadores. La razón no es que el mercado deba de ser 'creado' por el legislador. El mercado existe. La ruptura del monopolio legal y el reconocimiento del la libre iniciativa empresarial es suficiente. Del la norma pública de ordenación del servicio se pasaría a las normas civiles que ordenan os mercados. El mercado no es la ley de la selva (en la selva no hay mercado). Por el contrario, es el resultado del juego de los derechos de propiedad, contratación, libre autonomía de la voluntad, sin los cuales aquél no existe. Del la decisión pública sobre cómo se prestan los servicios, en qué condiciones del la calidad, quiénes pueden acceder a ellos, cómo se financian, se pasaría al juego del derecho privado: el mercado es regulación. Cuestión diferente es si ese conjunto de normas es suficiente para asegurar el servicio universal, el acceso de nuevos operadores, las obligaciones del servicio público, y para limitar la actuación del operador dominante, el que fuera empresa pública. Es para ordenar estos interés donde se hace necesaria la regulación tras la privatización, pero la regulación administrativa. del la privatización resulta una mejor definición del estatuto jurídico de los servicios públicos: sus prestaciones, las potestades del las agencias reguladoras, los derechos y garantías de los usuarios. Un marco jurídico del que no forman parte ni el monopolio estatal, ni la planificación vinculante. En resumen, la privatización evidencia que el servicio público no se puede vender y que su funcionamiento precisa de una nueva regulación*”.

¹²¹ Nesses termos: Pedro Gonçalves (2013:56).

Sendo assim, ante o panorama comunitário de construção de um mercado aberto e concorrencial, o novo papel que cabe ao Estado é o de estabelecer uma regulação¹²² econômica e social.¹²³ A qual, deverá assegurar a continuidade e disponibilidade, em termos efetivos, dos serviços públicos essenciais à universalidade dos utentes-consumidores.¹²⁴

O que conduz, com efeito, ao chamado serviço universal e os encargos obrigacionais que lhe acompanham— as obrigações de serviço universal, ou, obrigações de serviço público.¹²⁵

Como apontam Pedro Gonçalves e Licínio Lopes (2004:303), é natural que a este quadro se associam outras exigências que colocam também problemas regulatórios específicos, como sejam: a regulação do acesso de novas entidades aos setores, designadamente aqueles em que as atividades apresentam limitações naturais ou dificuldades técnicas; a regulação da própria concorrência, evitando concentrações e abusos de posição dominante (a livre concorrência põe o problema da defesa da concorrência); a fixação de tarifas e preços; a proteção e defesa do consumidor; a proteção do ambiente; a resolução de conflitos entre os consumidores ou utilizadores e operadores ou prestadores dos serviços e, designadamente, os conflitos que podem surgir entre os distintos operadores de redes e serviços, e, enfim, a questão do financiamento do serviço universal e a fiscalização e aplicação de sanções, nomeadamente aos operadores vinculados ao cumprimento de obrigações de serviço público.¹²⁶

122 Regulação que, nessa modalidade, há de ser empenhada na criação de um modelo afeiçoado ao arquétipo da concorrência perfeita. Contudo, há que articular este princípio com outras necessidades e exigências — sobretudo a utilidade social proporcionada pelos serviços, uma vez que a sua prestação conforme o puro jogo das regras de mercado e da livre concorrência poderia ser insuficiente para a adequada satisfação das necessidades coletivas (Gonçalves; Martins/2004:302).

123 Como alude Vital Moreira (2003a-243): “O Estado deixou em grande parte de ser o prestador dos serviços públicos, como outrora. A despublicização é um dos traços da nova concepção dos serviços de interesse económico geral, na perspectiva europeia. Todavia, o Estado não passou a ser indiferente aos serviços públicos. Pelo contrário. Cabe-lhe essencialmente três funções: a) legislador, que determina os setores sujeitos a obrigações de serviço público e que define estas (salvo quando definidas diretamente pelas instituições da União Europeia); b) regulador, que fiscaliza o cumprimento das obrigações de serviço público por parte das empresas a elas sujeitas e pune as respectivas infrações; c) eventualmente financiador das obrigações de serviço público”.

124 No entanto, neste mister o Estado pode, ou por vezes se vê obrigado, direta ou indiretamente (responsabilidade residual/subsidiária) a intervir no funcionamento do mercado, corrigindo-o, no intuito de alcançar os objetivos/interesses públicos. Também nesse sentido, Jonah de Levy (2006:367 e ss)

125 A coexistência desse regime jurídico de serviço universal e, por conseguinte, dessas obrigações, com o asseguramento do respeito pelas regras do mercado e da concorrência implicam que a atuação do Estado seja eficaz e centrada na regulação e não na direção da economia (Lopes/2003:161). A autora ainda ressalta que a função dessa regulação seria a do estabelecimento de regras de funcionamento e regras institucionais, que visem à eficiência e o equilíbrio financeiro dos setores dos serviços de interesse geral, por um lado, e estabelecer uma correção social dos desequilíbrios causados pelo normal funcionamento do mercado, por outro.

126 Nos mesmos moldes (Lopes/2003:162).

2. SERVIÇO UNIVERSAL

2.1. Noção de Serviço Universal no Direito Comunitário

O conceito de serviço universal não é originário do direito comunitário, como ocorreu com os serviços de interesse econômico geral, tendo sido introduzido pelo setor das telecomunicações dos Estados Unidos da América (Gonçalves/1999a:44). Todavia, reveste, nesta sua nova sede, uma importância acrescida em virtude das responsabilidades assumidas pela Comunidade Europeia na garantia e promoção da regularidade dos processos de desintervenção pública dos Estados-membros, bem como, por força do processo de liberalização, ainda em curso.¹²⁷

Trata-se, portanto de um conceito que, no direito europeu, serve para enquadrar o processo de liberalização do setor num determinado contexto de regulação social (Gonçalves/1999a:45).¹²⁸

Salienta-se, no entanto, que essa noção não se encontra referida no Tratado que institui a Comunidade Europeia, porém, vem sendo referida e caracterizada em vários instrumentos do direito comunitário derivado, nomeadamente as Comunicações 96 e 2000, bem como, em outros atos jurídicos comunitários, sobretudo os setoriais.

2.2. O Conceito de Serviço Universal

O conceito de serviço universal¹²⁹ traduz-se num conjugado de princípios e de obrigações que determinadas atividades públicas (serviços de interesse econômico geral) deverão cumprir. Naturalmente, estes deverão ser prestados de forma

127 Este processo de liberalização, como vimos, não implica uma absoluta desregulamentação pública, uma vez que as autoridades públicas mantêm uma responsabilidade de garantia da satisfação das necessidades coletivas que se consideram mínimas ou essenciais. Ademais, o recurso a um conceito de serviço universal não serve senão para alicerçar os fundamentos materiais para essa atuação, evitando os efeitos perversos que a atuação do mercado em livre concorrência pode criar (desde logo a denegação do acesso por razões à partida econômicas e o abaixamento de qualidade na prestação de serviços) (Gonçalves; Martins/2004:204). Também nesse mesmo sentido Dulce Lopes (2003:196).

128 Segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007:968) “a promoção do bem-estar e da qualidade de vida das pessoas, em especial das mais desfavorecidas, não só justifica mas também pode exigir a garantia de prestação universal de certos serviços básicos, como água, energia, transportes públicos, telecomunicações, serviços postais, etc. —, para além dos que são garantidos a título de direitos fundamentais (como saúde, a segurança social, o ensino, etc.) —, seja por iniciativa e responsabilidade dos próprios poderes públicos (serviços públicos, *stricto sensu*), ou seja pelas empresas privadas, com ‘obrigações de serviço público’. Os serviços públicos, *lato sensu*, ou serviços de interesse econômico geral (SIEG), constituem em elemento essencial do Estado social e do modelo social europeu (TrCE, art. 16º)”.

129 Segundo o Glossário da União Europeia: “O conceito de serviço universal foi desenvolvido pelas instituições da Comunidade e define um conjunto de exigências de interesse geral a que devem obedecer, em toda a Comunidade, as atividades de telecomunicações ou de correio, por exemplo. As conseqüentes obrigações destinam-se a assegurar o acesso generalizado de todas as pessoas a determinadas prestações essenciais de qualidade e a um preço abordável.”

acessíveis a todos os cidadãos, independentemente de sua localização geográfica, com qualidade e preços razoáveis.

Trata-se, portanto, de um conceito que faz apelo a um conjunto de exigências de interesse geral a que devem obedecer certas atividades que, pela sua essencialidade, aferida do ponto de vista das necessidades coletivas básicas sentidas pelos cidadãos, como tal tenham sido classificadas. A obrigação de garantir um serviço universal visa responder de forma positiva à exigência de todos os utilizadores potenciais de um serviço de interesse econômico geral de dispor de serviços a preços acessíveis e em condições de igualdade pessoal e geográfica (Gonçalves; Martins/2004:205).

Para tanto, procede-se à delimitação ou ao recorte do âmbito dos serviços que devem ser considerados básicos ou essenciais — serviço universal— e que, por esse motivo, se encontram dotados de um estatuto específico, cabendo as entidades públicas a responsabilidade pela imposição e garantia do cumprimento das obrigações de serviço universal.

Como aponta Dulce Lopes (2003:197), “tal como a noção de serviços de interesse econômico geral apelam para a limitação do âmbito amplo que a noção de serviço público adquiriu em vários sistemas jurídicos nacionais, referindo-se apenas às prestações essenciais, cujo fornecimento não pode ficar absolutamente dependente das dinâmicas do mercado, ainda que, um pouco em oposição ao conceito de serviços de interesse econômico geral, se centre na perspectiva das necessidades do indivíduo e já não das exigências de uma coletividade política mais ou menos vasta.”

E prossegue, “tais circunstâncias acabam por radicar na ideia de um conflito constitucional entre bens e direitos tutelados pelo direito comunitário e na necessidade de se tecerem considerações estritas de proporcionalidade. De fato, é a melhor noção que opera uma ponderação entre o princípio comunitário da liberdade de concorrência e os direitos fundamentais de iniciativa privada e de estabelecimento, por um lado, e as exigências de interesse geral, por outro, uma vez que só os serviços mínimos, essenciais ou universais enquanto tal, definidos a nível comunitário ou nacional, poderão introduzir algumas restrições a estas posições juridicamente tuteladas.”¹³⁰

130 A autora continua (Lopes/2003:197 e 198): “De fato, a noção de serviço público é uma noção que se reconhece perigosa para o exercício de certas liberdades públicas, em especial aquelas que constituem o fundamento de uma economia de mercado de base concorrencial, como sejam o direito de iniciativa econômica, a liberdade de empresa e a liberdade de circulação de serviços. No entanto, estes direitos não podem ser entendidos de forma absoluta, uma vez que são suscetíveis de condicionamento e limitação quando confrontados com outros valores e direitos que merecem, igualmente, tutela jurídica. E, neste ponto, para além de as exigências inerentes ao conceito de serviço universal terem como fundamento a promoção da solidariedade e integração sociais, através do asseguramento de uma qualidade de vida digna para todos os cidadãos, muito devem a previsão e à força normativa reconhecida à categoria genérica dos direitos econômicos, sociais e culturais, direitos esses que visam concretizar”.

2.3. A Definição/Caracterização do Serviço Universal

O próprio direito comunitário vem identificando quais as atividades que se apresentam como integrando o núcleo do serviço universal, estando, por conseguinte, oneradas pela imposição de obrigações de serviço universal.¹³¹

Esta intervenção comunitária de cariz ativo e conformador permite operar uma distinção, ainda que não rígida e absoluta, entre serviço de interesse geral, cuja definição e determinação das condições de prestação incumbe “exclusivamente” aos Estados-membros — ainda que sujeitas ao controle comunitário — e atividades que, pelo relevo que assumem para a criação de um patamar mínimo de serviços considerados imprescindíveis em toda a Comunidade, são consideradas pelo direito comunitário como integrando o serviço universal, impondo-se já a este nível de intervenção obrigações específicas de direito público (Lopes/2003:200).

Entretanto, isso não impede que também os Estados-membros tenham uma liberdade de conformação nesta matéria. Designadamente no que tange à ampliação do leque de atividades incluídas no conceito de serviço universal ou impondo obrigações de serviço público suplementares.¹³² Todavia, essas prescrições nacionais ficarão sujeitas aos princípios de direito comunitário aplicáveis a esta matéria, bem como, ao controle das instituições comunitárias, sob pena de dispersão da noção de serviço universal.

Afinal, o conceito de serviço universal pretende ser um conceito dinâmico e evolutivo, moldando-se o seu conteúdo em função das exigências sociais de cada momento.

É o que se extrai da diretiva 97/33 da Comissão Europeia, que estabelece a evolução do conceito de serviço universal no mister de acompanhar o progresso da tecnologia, o desenvolvimento do mercado e as modificações da procura por parte dos utilizadores.

3. OBRIGAÇÕES DE SERVIÇO UNIVERSAL

Ao se estudar as obrigações do serviço universal, também designadas como obrigações do serviço público, pretende-se, sobretudo, esclarecer o atual regime

131 Salienta-se que na Resolução do Parlamento sobre a Comunicação da Comissão sobre os Serviços de Interesse Geral de 1996, se reconhecia que, apesar do princípio da subsidiariedade determinar que a principal responsabilidade pela definição de serviços públicos e pela determinação das condições impostas aos operadores seria dos Estados-membros, a Comunidade deveria, ainda assim, assegurar a fixação de um certo número de obrigações de serviço público ou um nível mínimo de serviço por parte dos Estados-membros.

132 Em Portugal, o artigo 1º da Lei n. 23/96, que trata dos serviços essenciais, inclui, de certa forma, os serviços de fornecimento de água, energia elétrica, gás e o de telefonia.

jurídico associado às atividades de serviço de interesse econômico geral, bem como, o seu desempenho na garantia prestacional do serviço universal.¹³³

As obrigações de serviço público seriam, portanto, conforme a visão de Pedro Gonçalves e Licínio Martins (2004:205), “as restrições a que um serviço de interesse econômico geral ou serviço universal devem obedecer”. Ainda que variável consoante o país e o setor em causa.

Referem-se, então, ao regime jurídico especial que confere conteúdo e permite a autonomização dessas noções, constituindo uma obrigação do prestador desses serviços e, ao mesmo tempo, criando direitos na esfera jurídica dos utentes.

Em outras palavras, o reconhecimento de uma atividade como sendo de interesse econômico geral e, em especial, a definição de um serviço que deve ser prestado em termos de universalidade, implica, necessariamente e por consequência, a sua sujeição a um estatuto mínimo comum, que engloba um conjunto de obrigações.

Assim sendo, ao fazerem parte integrante dessa relação — serviço de interesse econômico geral — serviço universal — obrigações do serviço universal —, podem ser controladas por parte da Comissão e dos Tribunais da atuação dos Estados-membros na definição do que entendem por serviços de interesse econômico geral.¹³⁴

Por derradeiro, deve-se ressaltar, conforme aponta Cuétara Martínez (2001:196), que o nível das obrigações impostas depende da missão à qual é confiada ao prestador do SIEG, considerando-se o interesse público relacionado àquele serviço específico, no contexto em que é prestado. Portanto, a inclusão de sistemas explícitos de definição e imposição de obrigações de serviço público, é uma característica do próprio sistema de regulação econômica setorial.¹³⁵

133 “Nestes termos, este conceito plural compreende todas as exigências específicas aplicáveis às prestações que tenham sido qualificadas como integrando o âmbito do serviço universal” (Lopes/2003:205).

134 Nesse sentido Dulce Lopes (2003:206 e 207) aponta que: “por essa razão e pelo fato de, também na modelação do conteúdo mínimo das prestações de serviço universal, o direito comunitário ter assumido uma posição de vanguarda, faremos uma menção ao regime jurídico especial que surge com uma verdadeira obrigação — e não uma mera faculdade — para o prestador do serviço universal e, ao mesmo tempo, consolida interesses e direitos na esfera jurídica dos utentes, ou dos clientes e consumidores, numa terminologia jurídica mais recente, já que o âmbito do direito comunitário tem vindo a ser feita uma associação, cada vez mais próxima, da área dos serviços de interesse econômico geral da política de defesa dos consumidores, associação esta que analisa, desde logo, na crescente preocupação de captação de percepção destes sobre o desempenho do mercado de satisfação das suas características básicas”.

135 “Uma obrigação de serviço público, em princípio, constitui uma obrigação imposta a todos os operadores de determinado setor de interesse econômico geral, ainda que alguns a cumpram de modo passivo, participando do financiamento do serviço, e outros de modo ativo, com o cumprimento efetivo da obrigação” (Carlón Ruiz/2006:61).

3.1. As Obrigações do Serviço Universal Propriamente Ditas

As obrigações de serviço público, cuja base remonta às tradicionalmente designadas “Leis de Rolland”¹³⁶, foram erigidas, em especial no ordenamento jurídico francês, a verdadeiros princípios jurídicos nos quais se suportava a construção do serviço público.

No entanto, com a evolução das necessidades dos utentes dos serviços públicos e com os passos, cada vez mais concretos, no sentido de uma aproximação, senão mesmo de uma progressiva construção comum, do serviço universal na Europa, estes princípios ou exigências materiais foram assumindo, justificadamente, novas valências e contornos mais atuais, que há toda utilidade em definir (Lopes/2003:208).¹³⁷

3.1.1. Os Princípios do Serviço Universal

A Comunicação da Comissão Europeia sobre os serviços de interesse geral (COM 96/443) refere que o conceito de serviço universal deverá ser definido em função de alguns princípios gerais, nomeadamente, o da igualdade, universalidade, continuidade, adaptabilidade e ainda por regras de boa conduta, como: a transparência de gestão, de tarifação e de financiamento controladas por distintos operadores.

Outrossim, a Comunicação 2000 dispõe que a garantia de acesso universal de elevada qualidade e acessibilidade de preços aos consumidores, constituem a base das necessidades dos mesmos.

3.1.1.1. Universalidade¹³⁸

O serviço universal, só fará sentido se respeitar o princípio da universalidade. Seria então, a exigência de que tais serviços sejam acessíveis a todos os cidadãos. Disso, resultam algumas implicações (Gouveia/2001:28): (i) o acesso aos serviços universais deverá ser feito a um preço acessível, uma vez que o preço do serviço é um dos principais fatores potenciais de exclusão dos cidadãos. Devendo

136 Denominação em homenagem ao seu primeiro sistematizador. Remonta-se, aqui, à clássica doutrina francesa acerca dos serviços públicos.

137 Em complemento ao seu raciocínio, a autora aduz (Lopes:2003:208) “Por outro lado, é nos domínios em que a liberdade de fixação pelos vários Estados-membros do concreto conteúdo das obrigações de serviço público impostas ou a impor no seu território assumam um cunho expansivo, que mais importante se revela a indagação do sentido e valor normativo destes princípios, já que eles orientam essa opção no sentido de uma harmoniosa, ainda que não harmonizada, Europa do ‘interesse geral’”.

138 “Em termos comunitários, este princípio cobre cada vez mais um âmbito mais alargado de atuação. Ainda que tenha sido construído preferencialmente em termos de princípio da não discriminação em razão da nacionalidade (atual artigo 12), e em razão do sexo (atual artigo 141). Atualmente, para além da modelação jurisprudencial que foi sendo feita dessas disposições, as alterações introduzidas com o Tratado de Amsterdã permitem concluir por uma maior visibilidade desta questão de alargar o núcleo dos motivos irrelevantes (artigo 13), e ao erigir a um objetivo horizontal a política de igualdade entre os sexos” (artigos 2 e 3, n. 2). Nesse sentido, (Lopes/2003:208) e (Gonçalves; Martins/2004:208).

existir normas que permitam um controle da fixação dos preços e tarifas, bem como, a salvaguarda da prestação do serviço; (ii) deverão ser prestados independentemente do local onde residam os consumidores. Logo, se imporão regras para que as pessoas ou populações tenham acesso a tais serviços, sob pena de se impedir a coesão econômica e social.¹³⁹

3.1.1.2. Igualdade¹⁴⁰

Para Pedro Gonçalves e Licínio Martins (2004:208), a ideia da igualdade implica a sujeição de todos os utentes, atuais ou potenciais, ao mesmo regime jurídico no acesso aos serviços. Assim sendo, o prestador de um serviço onerado com obrigações do serviço público tem a obrigação de tratar igualmente, isto é, de sujeitar ao mesmo regime jurídico todos os utentes, aplicando-lhes de forma idêntica as condições fixadas, à qual corresponde o direito do utente exigir tratamento igualitário.

E, continuam, “no entanto, a igualdade de tratamento jurídico dos utilizadores supõe que eles se encontrem na mesma situação, nas mesmas categorias e nas mesmas condições de acesso, o que implica que a noção de igualdade deve ser tomada numa acepção relativa e relacional, justificando-se o tratamento desigual daqueles que se encontrem em situações desiguais, na estrita medida dessa desigualdade, implicando em considerações de proporcionalidade”.

O direito comunitário desempenha, dessa forma, um importante papel social. Ao exigir que os serviços universais, como forma de promoção de uma política de coesão social e territorial, sejam disponibilizados em todo o território comunitário, sobretudo nos menos atrativos, igualdade territorial, e ao permitir alguma modelação ao nível das tarifas aplicáveis a certo tipo de utilizadores.

3.1.1.3. Continuidade

Este princípio foi considerado pelo Conselho Constitucional francês como sendo um princípio constitucional e é ainda hoje considerado o princípio fundamental em matéria de serviço público, constituindo, as mais das vezes, o fundamento do surgimento de restrições ao desenrolar de uma atividade econômica. Encontra o seu fundamento na própria noção de serviço universal, uma vez que a

139 “O princípio da universalidade relaciona-se, de forma muito próxima, com o princípio da igualdade e da equidade, já que, ao exigir que os serviços em apreço sejam fornecidos a tarifas acessíveis e em todo o território, ao permitir que sejam estabelecidos preços sociais e ao focar o aspecto da acessibilidade das pessoas com mobilidade reduzida, acaba por se ocupar do ‘mundano’, assegurando um acesso de fato, que não apenas de direito, a esses serviços” (Lopes/2003:213).

140 Este princípio, ou obrigação, pode ser considerado a própria noção de Estado de Direito, acolhido constitucionalmente e, em domínios parcelares do direito comunitário, e que, por conseguinte, rege a atividade administrativa estatal.

satisfação das necessidades coletivas não é compatível com a disponibilização das prestações de uma forma certa e imprevisível (Gonçalves; Martins/2004:209).¹⁴¹

Por consequência disso, o utente-consumidor, no pólo ativo, tem o direito de exigir o bom funcionamento dos serviços — com qualidade, e que estes, desde o momento em que sejam erigidos como universais ou com obrigações de serviço público, sempre sejam prestados de forma contínua, salvo em situações excepcionais e dentro das exigências legais e regulamentares.¹⁴²

3.1.1.4. Adaptação

Esse princípio assume uma importância cada vez mais relevante, afinal, com o acelerado desenvolvimento técnico/científico, econômico e social, e em geral — do ambiente em que a prestação dos serviços universais se move, as obrigações poderão se tornar obsoletas, inadequadas, ou, até mesmo, insuficientes.¹⁴³ Para tanto, exige-se uma modelação constante.¹⁴⁴

Tal princípio restaura legitimidade jurídica, pois, ainda que seja inegável a sua íntima ligação com o princípio da continuidade, foca o aspecto funcional e dinâmico da prestação do serviço universal, uma vez que se analisa também num direito dos utentes que, assim, podem exigir a sua adaptação — até porque se encontra estreitamente dependente da evolução das necessidades e padrões de consumo destes.¹⁴⁵

141 Complementa Dulce Lopes (2003:210): “No entanto, a *intensio* deste princípio nem sempre exige uma estrita permanência das prestações — exigência essa formulada, por exemplo, relativamente ao serviço telefónico e à distribuição de eletricidade e gás —, bastando-se, em alguns domínios, com uma razoável regularidade ou periodicidade das mesmas, como sucede com o serviço de distribuição postal.

142 Na visão de Rodrigo Gouveia (2001:29) “Este princípio traduz pela necessidade de impor normas claras de que o fornecimento dos serviços de interesse geral não seja interrompido sem justificação atempada, salvo casos de força maior ou em circunstâncias precisamente definidas. Decorre, igualmente, do princípio da continuidade que o fornecimento do serviço não possa ser interrompido em caso de simples mora do consumidor no pagamento do mesmo”.

143 Nessa senda, a abertura à concorrência, numa economia de mercado, acaba por ser um elemento valioso na promoção da adaptação dos serviços às necessidades vigentes.

144 No entendimento de Rodrigo Gouveia (2001:29) “O princípio da adaptabilidade traduz-se pela necessidade de os serviços de interesse geral acompanharem o progresso técnico e tecnológico, bem como, as alterações sociais, designadamente no que diz respeito às necessidades dos utilizadores desses serviços.”

145 “Outra problemática levantada por este princípio prende-se com a questão de saber se os utentes têm ou não um direito à criação ou à manutenção de um serviço público. A posição dominante na jurisprudência e na doutrina francesa vai no sentido negativo. No entanto, dependendo da aplicação deste princípio da adaptação das finalidades de interesse geral que determinaram, inicialmente, a imposição dessas obrigações, e sabendo que o conceito de ‘interesse geral’, apesar de fazer apelo para conceitos indeterminados e de contornos difíceis de delimitar, não escapa ao controle jurisdicional, parece inegável que os utentes dispõem, pelo menos em termos substanciais, da faculdade de questionar a retração, bem como a necessidade de promover o alargamento do âmbito do serviço universal quando isso bula com a satisfação dos interesses (mínimos) que se pretendem ver assegurados. No entanto, no que se refere, especificamente, à alteração das modalidades de prestação do serviço universal, sua organização e gestão, a defesa de um tal direito torna-se mais difícil, uma vez que tais modificações são, muitas vezes, impostas normativamente ou relevam de um espaço de auto-organização não sindicável das empresas em questão” (Lopes/2003:211).

3.1.1.5. *Qualidade*

Os serviços universais devem respeitar níveis elevados de qualidade e segurança, estipulados de acordo com um alto padrão. Não basta tão somente o acesso aos serviços, pois, estes devem satisfazer plenamente os fins a que se destinam.

Mas a qualidade não pode ser encarada apenas do ponto de vista da qualidade física e dos bens que são objeto dos serviços universais, mas também, do ponto de vista do atendimento, formação dos profissionais, qualidade dos técnicos, etc. (Gouveia/2001:29).¹⁴⁶

3.1.1.6. *Transparência*¹⁴⁷

É importante para os consumidores que os serviços universais funcionem de acordo com normas que visem, ao máximo possível, sua transparência.

A transparência deverá ser assegurada através do estabelecimento de regras precisas em toda a linha produtiva, desde a tomada de decisões, passando pelo fornecimento dos serviços e pela sua regulação, etc. (Gouveia/2001:33).

Tal princípio é extremamente importante, sobretudo, no procedimento de fixação de tarifas e preços e no financiamento do serviço universal.

3.1.1.7. *Participação dos consumidores*

O princípio da participação ativa das organizações representativas dos consumidores implica o estabelecimento de regras que permitam assegurar a consulta das organizações de defesa e proteção dos direitos e interesses dos consumidores, de forma a que estas possam participar ativamente na definição, execução e fiscalização das decisões que lhes digam respeito, direta ou indiretamente (Gouveia/2001:32).¹⁴⁸

Pretende-se, com isso, que as associações dos utentes de serviço público definam à respectiva missão de interesse público e a forma da sua organização.

146 “Esse último princípio acaba por ser um dos elementos essenciais da noção de serviço universal, pois, ainda que assemelhe ao princípio da adaptabilidade — na medida em que a alteração dos padrões de qualidade é, em grande medida, resultado das novas inovações tecnológicas e das mudanças dos níveis de consumo dos utentes —, acaba por assumir a posição dianteira na definição do novo modelo comunitário de serviço universal. Todavia, a luta pela sua jurisdicionalização e justiciabilidade encontra óbices não despididos, que se ligam com a sua dimensão essencialmente subjetiva, quando não haja critérios e parâmetros objetivamente definidos, mas que, a nosso ver são aplicáveis em matéria de proteção dos consumidores” (Dulce/2003:211).

147 O direito à informação dos utentes, bem como, a transparência estão consagrados também ao nível do direito nacional português, nos artigos 2 e 4 da Lei 23/96.

148 No direito português, trata-se de dar expressão legal a um direito fundamental das associações de defesa dos consumidores e cooperativas de consumo, isso previsto no artigo 60 da Constituição da República Portuguesa.

3.2. Princípios Emergentes

Ao rol de princípios acima elencados e tidos como cerne, ou melhor, inerentes à noção de serviço universal, um número crescente de novas obrigações vem se firmando. O que resulta de uma positiva troca de experiência entre países europeus com tradições jurídicas díspares. E, por conseguinte, se enraízam, sobretudo, na ideia de universalidade consagrada a nível comunitário.

Nesta senda, e seguindo os ideais comunitários de coesão econômica e social, acredita-se que, dentro em breve, ainda mais princípios irão se concretizar, nomeadamente, em matéria de defesa e proteção do ambiente e dos utentes-consumidores, bem como, o de maior eficácia na gestão das redes de serviços públicos.¹⁴⁹

4. A REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS DE INTERESSE ECONÔMICO GERAL E DA CONCORRÊNCIA

O Estado hodierno busca, influenciado, sobretudo, pelo novo modelo europeu de sociedade, uma nova agilidade gestonária que lhe permita desempenhar com eficácia as suas funções reguladoras e prestacionais.

Afinal, uma regulação adequada pode aumentar a eficiência dos mercados, fomentar a concorrência e garantir o cumprimento das obrigações de serviço universal.

Diante disso, verificam-se, sobretudo, dois tipos de regulação. A primeira diz respeito à regulação para competição, em que o regulador deve criar condições para que se estabeleça um ambiente concorrencial saudável no setor regulado.

149 “No Estado português, e em termos gerais, para além dos princípios dispostos na Lei 23/96, relativa à proteção dos utentes dos serviços públicos essenciais, em que se estabelece um princípio geral de boa fé e de respeito pelos ditames que decorram da natureza pública do serviço — artigo 3 — e se individualizam os princípios da continuidade, da qualidade e da participação ativa das organizações representativas dos consumidores, também o Decreto-Lei n. 558/99, inscreve obrigações que devem ser respeitadas pelas empresas públicas que prosseguem uma atividade de interesse econômico geral.

Neste diploma refere-se, no artigo 20, a obrigação de prestação desses serviços no conjunto do território nacional, sem discriminação das zonas rurais e do interior; a promoção do acesso da generalidade dos cidadãos, em condições equilibradas, a bens e serviços essenciais, procurando, na medida do possível, que todos os utilizadores tenham direito a tratamento idêntico e neutro, sem quaisquer discriminações, quer tanto ao funcionamento dos serviços, quer quanto a taxas ou contraprestações devidas, a menos que o interesse geral o justifique; a garantia do cumprimento das exigências de prestação de serviços de caráter universal relativamente a atividades econômicas cujo acesso se encontre legalmente vedado a empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza; a garantia de fornecimento de serviços ou a gestão de atividades cuja rendibilidade não se encontra assegurada; a obrigação de zelar pela eficácia da gestão das redes de serviços públicos, procurando, designadamente, que a produção, o transporte e distribuição, a construção de infra-estruturas e a prestação do conjunto de tais serviços se procedam de forma articulada, tendo em atenção as modificações organizacionais impostas por inovações técnica ou tecnológicas; e o cumprimento das obrigações específicas, relacionadas com a segurança, com a continuidade e qualidade dos serviços e com a proteção do ambiente, devendo tais obrigações ser claramente definidas, transparentes, não discriminatórias e suscetíveis de controle” (Gonçalves;Martins/2004:210).

Por último, há a tarefa da regulação de conteúdo social, impondo-se, aos regulados, obrigações no sentido de adequar a prestação dos serviços de interesse econômico gerais aos princípios da igualdade, continuidade e adaptação.

Alia-se a esse cenário de regulação o novo âmbito de comportamento estatal, onde se verifica uma crescente desintervenção do Estado na economia, bem como, uma forte desgovernamentalização da atividade reguladora.

Nesse contexto, como aponta Vital Moreira (Maças; Moreira/2002:40) “o mercado deixa de ser guiado por uma série de leis e atos administrativos que estabelecem previamente os fins a alcançar, e passa a ser regulado por uma disciplina cujo objetivo fundamental é garantir a livre e efetiva concorrência entre os operadores econômicos, a transparência e a visibilidade do mercado, bem como, remover quaisquer obstáculos contrários ao seu equilíbrio. Os poderes públicos não desaparecem, mas assumem um alcance diverso. Não se trata de dirigir e de programar as finalidades a alcançar, mas definir as regras da correta concorrência entre as forças econômicas, proteger os consumidores, os depositantes, e os acionistas, ou seja, regular o funcionamento do mercado. O que está em causa não é, por conseguinte, o retorno ao Estado abstencionista do século passado, mas a emergência de um novo tipo de Estado: o Estado Regulador”.

Por consequência disso, as tarefas de regulação do mercado passam, cada vez mais, a ser atribuídas às autoridades independentes do poder político.

Outro fator aliado a essa regulação independente se dá, principalmente, a pedido do direito comunitário, que requer uma separação ou independência entre operadores e reguladores como forma de promoção e transparência das suas relações¹⁵⁰, o que pode ser conseguido pela individualização de entidades distintas, ou, pelo menos, por uma separação funcional das atividades reunidas numa mesma entidade.¹⁵¹

4.1. As Agências Reguladoras Independentes

A emergência de orientações privatizadoras e o generalizado movimento de liberalização da economia que, desde a década de oitenta do século passado, caracterizaram a Europa¹⁵², desde logo no âmbito da Comunidade Económica Europeia — aliás num quadro de amplitude mundial de origem nos Estados

150 Ademais, haverá casos e situações em que a própria natureza da atividade econômica em causa, o caso dos serviços de interesse econômico geral, pode reclamar um maior distanciamento de eventuais ingerências do governo e da interferência política, reclamando, além disso, uma regulação tão técnica quanto profissional e neutra quanto possível.

151 Esta exigência está claramente formulada em instrumentos jurídicos comunitários, dentre eles, o Projeto de Carta Europeia dos Serviços Públicos (capítulo II) e a Diretiva 2002/21/CE do Parlamento e do Conselho.

152 O pioneirismo europeu nesse movimento coube a Grã-Bretanha, sob a égide de Margaret Thatcher.

Unidos da América¹⁵³ —, tiveram como consequência uma substancial alteração do papel do Estado neste domínio.¹⁵⁴

Uma das manifestações mais visíveis deste novo papel do Estado traduziu-se na criação de entidades de regulação, essencialmente independentes do Governo, com finalidades específicas de regulação para garantir a constituição e o funcionamento de um verdadeiro mercado concorrencial (Maças; Moreira/2002:03), bem como, garantir a efetivação das obrigações de serviço universal impostas em determinadas circunstâncias.

A racionalidade dessa regulação independente consiste na desgovernamentalização, despolitização e despartidarização da função reguladora, fazendo prevalecer os valores da imparcialidade, da tecnicidade e da previsibilidade. Os principais traços da regulação independente são os seguintes (Moreira/2001:229):

- separação entre operador público ou concessionário público e o regulador;
- independência do regulador perante o governo (independência orgânica e funcional): mandato por tempo certo, inamovibilidade, não sujeição a ordens ou instruções;¹⁵⁵
- independência face aos interesses regulados (incompatibilidades) e medidas contra a captura do regulador pelos regulados.¹⁵⁶

Por decorrência das atribuições e dos poderes dispostos às autoridades reguladoras independentes, diante dessa moderna regulação econômica, caberá a elas, atualmente, assegurar tanto o respeito às obrigações de serviço universal, quanto a promoção e efetivação da concorrência, respondendo as falhas do mercado “*market failures*”.¹⁵⁷

153 “Nos Estados Unidos, desde o final do século XIX — quando surgiram as primeiras necessidades de regulação pública da economia — recorreu-se à criação de organismos dotados de assinalável independência em relação ao ‘poder executivo’, ou seja, em relação à Administração presidencial, Em vez de ‘*executive agencies*’ foram criadas comissões reguladoras independentes ‘*independent regulatory commissions*’. As comissões reguladoras independentes norte americanas foram a resposta a uma dupla preocupação: por um lado, a necessidade incontornável de introduzir regulação lá onde o mercado não podia funcionar (caso dos monopólios naturais) ou onde produzia externalidades negativas socialmente incontroláveis; por outro lado, em homenagem aos princípios da separação entre o Estado e a economia, a preocupação de manter a regulação tanto quanto possível separada da política da maioria governamental de cada momento” (Moreira/2001:229).

154 “O surgimento das agências reguladoras setoriais independentes — as quais constituem o modelo mais utilizado atualmente para o desempenho das funções de regulação dos *serviços de interesse econômico geral* — no direito latino é contemporâneo à retração do Estado na prestação dos serviços públicos” (Aragão/2002:17).

155 A composição dessas agências é tendencialmente colegial e caracterizada por um quadro de alta competência e preparação técnica em relação ao setor regulado (Bani/1997:150).

156 Para um entendimento maior da captura do regulador pelos regulados, vide: (Baldwin; Cave/1999:36 e 37).

157 Diante disso, às Agências Reguladoras são delegadas, em síntese, as seguintes atribuições: (i) são entes que promovem e firmam as contratações administrativas pertinentes à sua atividade. Ou seja, detêm competências administrativas para outorgar o exercício da atividade a terceiros; (ii) são entes fiscalizadores, no sentido de que controlam o cumprimento dos contratos administrativos e a execução dos serviços cuja execução foi outorgada a terceiros ou de atividades econômicas; (iii) são entes de competência sancionatória,

4.1.1. A Regulação do Serviço Universal pelas ARI

A regulação do serviço universal pelas autoridades reguladoras independentes tem como principal objetivo a defesa do cumprimento das obrigações de serviço universal impostas por lei ou contratualizadas com um ou mais operadores setoriais. Isso, independentemente das regras e ditames do mercado, buscando, assim, alcançar o interesse público.

No mesmo sentido que se expõe na Declaração de Condeixa (CEDI-PRE/2003:257): “superado o antigo modelo dos serviços públicos operados diretamente pelo poder público ou sob sua égide, não desaparecem, porém, as preocupações que eles visavam assegurar, nomeadamente a garantia de existência e continuidade dos serviços em causa, bem como a universalidade e igualdade de acesso naquelas atividades consideradas de interesse geral, por corresponderem a condições essenciais da vida coletiva.”

Dessa forma, presume-se que quanto maior for a independência da autoridade reguladora, maior capacidade e aptidão elas terão de concretizar suas tarefas. Nesse caso, garantir o cumprimento das obrigações de serviço público.

Nesta tarefa, a regulação não visa à maximização da eficiência econômica, mas sim da eficiência social.

4.1.2. A Regulação da Concorrência pelas ARI

Para além da defesa do interesse geral, a regulação deverá promover, facilitar ou assegurar a concorrência (Helm; Jenkinson/1998:17). Afinal, um ambiente concorrencial não surge espontaneamente em setores tradicionalmente monopolizados, somente pelo fato destes se encontrarem, agora, liberalizados (Sendín Garcia/2003:98). Necessita-se, sim, que seja criado um ambiente de concorrência regulada (Gonçalves/1999a:105), onde os operadores são submetidos a regras rígidas de regulação setorial, ao mesmo tempo em que se busca alcançar um mercado concorrencial no setor em questão.

Com efeito, outra razão desse tipo de regulação está ligada à própria garantia dos mecanismos do mercado e da concorrência, em resposta às falhas do mercado.

pois podem punir (de forma administrativa, poder de polícia), aplicando sanções àqueles que descumprirem as normas vinculadas aos serviços ou atividades econômicas; (iv) são entes que mantêm contato direto com o usuário dos serviços ou atividades econômicas a eles vinculados, exercendo papel de ouvidor das reclamações denúncias, e, proporcionando a arbitragem de conflitos, bem como, possibilitando a participação dos usuários ou consumidores as audiências públicas (Leila Cuelar 2001/81); (v) entes reguladores, ou seja, atribui-lhes uma gama de competências que tornam as agências aptas a definir o regime legal específico de determinado feixe de atividades. Tal se dá de forma imediata (através de positivação de regras) e mediata (através da aplicação executiva de regras preexistentes).

Afinal, deixado a si mesmo o mercado pode ser suicidário. Importa, portanto, regular o mercado para garantir a concorrência. As leis de defesa da concorrência (“*antitrust, anticartel*”) e os mecanismos dedicados a implementá-las fazem hoje parte imprescindível da panóplia regulatória de qualquer economia de mercado (Marques; Moreira/2003a:14).

PARTE II

1. FINANCIAMENTO DOS SERVIÇOS DE INTERESSE ECONÔMICO GERAL — SERVIÇO UNIVERSAL

Um dos problemas mais delicados dos serviços de interesse geral é, por conseguinte, o do financiamento dos custos adicionais das obrigações de serviço universal, ou, de serviço público.

Entende-se que as OSP’s devem ser objeto de algum modo de financiamento, uma vez que sua satisfação é de interesse público e o Estado permanece como garantidor de tais prestações. Afinal, a atual economia de mercado não elimina, por si só, as necessidades básicas dos cidadãos.

Atualmente, a satisfação desses interesses essenciais não compete tão somente ao setor público, sendo também, um encargo aos particulares.¹⁵⁸

Todavia, a lógica dos privados orienta-se, primordialmente, pelo lucro, incompatibilizando-se com a satisfação dos utentes-consumidores. Ou seja, nem sempre a racionalidade econômica do mercado conduz à satisfação das necessidades sociais fundamentais da comunidade, embora estas tenham de ser garantidas a todos, dada a sua essencialidade.

Portanto, deve-se primar pelo cumprimento das obrigações do serviço universal em face do livre jogo das forças do mercado.

1.1 O suporte das Obrigações de Serviço Universal

No que se refere aos sistemas de financiamento da prestação do serviço universal, o debate gira em torno dos métodos de avaliação e partilha dos custos suportados em virtude da imposição de obrigações de serviço público, sobretudo, num mercado de concorrência.

158 “*Así es se tiene presente cuál ha venido a ser el desenlace des proceso de cambio iniciado a mediados de los ochenta: el paso del servicio público a las obligaciones del servicio público que, en el marco de la normativa comunitaria, las legislaciones nacionales han venido a imponer a las empresas que operan en los sectores liberalizados para preservar los intereses públicos cuya adecuada satisfacción es irrenunciable y no puede esperarse del libre juego de las fuerzas del mercado*” (Ramon Fernandez/2001:68).

Esta questão assume um relevo fundamental no âmbito do serviço universal, pois, encontra-se aliada à exigência de que, quando esteja em causa um serviço desta índole, as tarifas sejam fixadas de modo a permitir o acesso de todos, em especial dos mais carentes. O que impele a um nivelamento por baixo dos preços a pagar e se repercute no exigível — e exigido — equilíbrio econômico dos operadores. Assim se conclui que a eficácia social da prestação do serviço universal, alicerçada no objetivo de orientação dos preços ao nível dos custos, pode sobrelevar em relação à exigência de eficácia econômica que constitui, por seu turno, o fundamento da abertura das atividades de interesse econômico geral à concorrência. Sendo este o caso, torna-se inadmissível a introdução de mecanismos corretores do jogo de mercado que, todavia, devem respeitar os princípios da transparência, da mínima distorção do mercado, da não discriminação e da proporcionalidade (Lopes/2003:204).¹⁵⁹

Deste modo, o cumprimento de tais obrigações são as exigências feitas aos operadores, pois estes não satisfariam tais deveres de acordo com a simples racionalidade econômica, por implicarem custos extras e minimizando, por vez superando, seus rendimentos. Por isso, o cumprimento das obrigações de serviço público requer ou a prestação direta pelos próprios poderes públicos (solução tradicional) ou a sua imposição aos operadores privados.^{160,161}

Para tanto, a execução dessas tarefas necessita de recursos oriundos de mecanismos de financiamento específicos. Através da concessão de direitos e privilégios especiais ou exclusivos, monetariamente quantificáveis, ou impondo-se por intermédio de regulamentação própria das obrigações de serviço universal às empresas.

159 “Ligada umbilicalmente à questão do financiamento da prestação do serviço universal está a questão da transparência a nível contabilístico, que se analisa na obrigação de separação de contas erigida pela Diretiva 200/52/CE, erigida a uma exigência geral das empresas que beneficiem de direitos especiais ou exclusivos ou que tenham sido encarregadas da gestão de um serviço de interesse econômico, e retomada em várias diretivas.” (Lopes/2003:204). Também nesse sentido, Trancoso Reigada (1999:138).

160 “*La financiación es una compensación económica que trata de cubrir el ahorro neto que el operador tendría si no tuviera la obligación de prestar un servicio que le supone una desventaja competitiva. La empresa que cumple la garantía del servicio universal no tiene por qué asumir los costes del mismo — que pueden ser considerados en el fondo cargas públicas —, ya que ha visto reducidos sus derechos exclusivos o especiales en otras actividades. La financiación pública del servicio pone en juego la capacidad económica de toda la sociedad, de manera que sean los recursos públicos los que acudan a sufragar el coste del servicio que no puede ser financiado directamente por los consumidores. De esta forma, el servicio de interés general asegura las prestaciones a todos los ciudadanos en condiciones de igualdad, repartiendo los costes de la garantía social entre todos de acuerdo a los principios que rigen el sistema impositivo*” (Trancoso Reigada/1999:138).

161 Ressalta-se que o princípio da proporcionalidade preside à imposição dessas obrigações, ou seja, devem ser fixadas apenas aquelas obrigações estritamente necessárias à garantia do bem comum, sob pena de impedir o livre funcionamento do mercado, pedra angular do Estado-Regulador. Por outro lado, a prossecução dos interesses gerais fixados pelo Estado implica, com alguma regularidade, o fornecimento de bens ou serviços abaixo do custo, impondo-se, por isso, uma compensação aos operadores (Silva/2005:181).

É importante também referir que as empresas privadas podem igualmente aceitar de forma voluntária qualquer missão de obrigação de serviço público, desde que os benefícios que daí possam ser retirados, ao nível de sua reputação e reação à pressão social, sejam considerados superiores aos custos dos mesmos. Mas, no caso de uma menor rentabilidade ou cobertura parcial dos custos pelos preços, não será possível garantir tais serviços públicos se as empresas prestadoras de um serviço público não obtiverem do exterior uma compensação financeira adequada (CEEP-CIRIEC/2002:36).

1.2. Os Sistemas de Financiamento das Obrigações de Serviço Público

Em relação aos diversos modos de financiamento, é possível distinguir as seguintes possibilidades:^{162,163}

(i) O financiamento através do **orçamento de Estado**: as empresas encarregadas da prestação de um serviço universal recebem uma compensação financeira do orçamento do Estado, cujo montante corresponde a uma parte dos custos. Como é o caso de um financiamento externo através do orçamento do Estado.¹⁶⁴

(ii) A compensação financeira também pode advir de um **fundo de financiamento específico**, para o qual determinadas empresas detentoras de licenças enviam contribuições compensatórias que permitam o financiamento das obrigações do serviço público. Trata-se também de um caso de financiamento externo ou de uma subvenção.

Na visão de Rodrigo Gouveia (2001:35)¹⁶⁵, “o financiamento pelos fornecedores é realizado através de um fundo para o qual contribuem obrigatoriamente todos os fornecedores do serviço de interesse geral em causa. Evidentemente que o custo será repercutido no valor do serviço prestado por esses fornecedores do serviço aos consumidores, mas o custo será repartido e, Consequentemente, menos

¹⁶² Esta divisão toma por base o texto, CEEP-CIRIEC (2002: 126 e 127).

¹⁶³ Para Vital Moreira (Marques;Moreira/2003b:65) “as soluções tradicionais de financiamento das obrigações de serviço público são a subvenção a cargo do orçamento do Estado — indenizações compensatórias—, o recurso a um fundo especial de financiamento alimentado por contribuições dos diversos operadores e/ou utentes, ou o financiamentos cruzado, pelos utentes do mesmo ou de outro serviço do mesmo operador”.

¹⁶⁴ “O Financiamento pelo Estado pode revestir várias modalidades como, por exemplo, auxílio a determinados grupos sociais de baixos rendimentos, benefícios fiscais, ou subsídios (esta é uma prática especificadamente prevista no Tratado da Comunidade Européia, designadamente no seu artigo 90, onde se prescreve que as empresas prestadoras de serviços de interesse econômico geral poderão ser subvencionadas pelos Estados Membros, na medida em que tal se destine ao “cumprimento, de direito ou de fato, da missão particular que lhe foi confiada”) para as empresas prestadoras do serviço universal. (Gouveia/2001:34).

¹⁶⁵ E completa (Gouveia/2001:35): “Este sistema de financiamento pressupõe que o serviço de interesse geral é prestado por vários fornecedores a par do responsável pelo serviço universal, o que acarreta a vantagem de, num sistema de concorrência, a repercussão dos custos do financiamento do serviço universal será reduzida ao mínimo sob pena de uma eventual perda de competitividade”.

oneroso para os consumidores. Por outras palavras, quanto maior for o número de contribuintes para o financiamento e quanto maior for o número de serviços onde posteriormente se repercutirá esse financiamento, menor será o custo para os consumidores”.

(iii) De outra forma, pode-se financiar os serviços universais por intermédio do **aumento dos encargos de acesso**, estes serão depositados juntamente com os encargos de acesso habituais na empresa encarregada da prestação do serviço universal. O fornecedor do acesso à rede pode, assim, cobrir uma parte dos custos referentes a esses encargos. Dessa forma, as empresas que não prestem um serviço público, que através do acréscimo dos custos de acesso, nos custos de serviço público do fornecedor de acesso à rede encarregada da prestação do serviço.

(iv) As **subvenções cruzadas** constituem um exemplo de compensação financeira externa e de subvenção interna. Uma empresa financia parte dos custos gerados pelas obrigações do serviço público sobre a base das receitas provenientes de outros previstos, serviços, áreas de atividade ou mercados regionais rentáveis.

(v) A **solução de mercado**, o financiamento é operado através do preço do mercado calculado sobre a base dos custos e das receitas. Tal solução é realista, uma vez que a empresa beneficia de um efeito positivo em termos de sua imagem ou no caso da rede cobrir todo o território. Tal significa que as obrigações de serviço público podem ser financiadas através dos preços praticados no mercado.

(vi) Ainda pode-se elencar mais uma modalidade, a menos satisfatória, o **financiamento pelos consumidores**, onde o custo do serviço universal seria repercutido diretamente no preço dos serviços prestados fora do âmbito do serviço universal pela empresa responsável pelo mesmo.

Após a análise dos modelos de financiamento mais comuns, pode-se dizer que “as especificidade de cada setor justificam que o meio de financiamento do serviço universal possa não ser idêntico em todos os setores. Assim, em cada setor deve ser realizada uma análise detalhada dos modos de financiamento possíveis, por forma a se optar por aquele que apresenta maiores vantagens para os interessados (Gouveia/2001:35)”.

No entanto, é bastante difícil determinar qual dos modos de financiamento das obrigações do serviço público constitui a solução ideal para cada domínio. Tal situação depende de certos critérios avaliatórios, bem como, de certas especificações.

Para tanto, algumas condições podem ajudar na escolha do melhor modo de financiamento, dentre elas: o grau de realização da obrigação do serviço universal, em termos de qualidade, quantidade, preço, continuidade, segurança, etc.; a incidência sobre o orçamento do Estado; a independência face às decisões políticas

e governamentais; os custos governamentais e sua implementação; possibilidade de adjudicações concorrenciais; neutralidade face à concorrência e custos das obrigações impostas.

Ademais, deve-se advertir que o método de financiamento do serviço universal não pode servir para impedir o melhoramento da eficiência na prestação desse serviço. É importante ter em conta que será necessário o estabelecimento de regras de revisão dos métodos de financiamento, tendo em atenção indicadores de ponderação de custos, qualidade e benefícios do serviço universal (Gouveia/2001:35).

Ressalta-se, por último, que a Diretiva 2002/22/CE, estabelece, no seu artigo 12 e no anexo quarto, linhas condutoras para a determinação dos custos líquidos das obrigações de serviço universal, com base nas quais se determinará o montante do financiamento admissível do serviço universal. De acordo com o artigo 13, porém, esse financiamento só ocorrerá se a empresa estiver sujeita a encargos excessivos e se houver um requerimento por parte da mesma nesse sentido, podendo o financiamento, neste caso, assumir a forma de compensação do custo líquido a partir de fundos públicos ou da repartição do mesmo pela totalidade ou por parte dos operadores de redes e serviços que atuem nesse mercado (Lopes/2003:205).

2. A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DOS UTENTES-CONSUMIDORES

Por fim, e na sequência do processo de consagração de um serviço público no nível do direito comunitário europeu, convém destacar a questão dos direitos dos cidadãos aos serviços públicos.

Os interesses do consumidor-utente-cidadão consistem, pode-se dizer, nos interesses de participação e de proteção de direitos na condição de cidadão e o interesse em receber um bom serviço, na condição de consumidor (Graham/2000:88).

Dessa feita, justifica-se uma proteção alargada do consumidor de serviços essenciais, vez que, ao mesmo tempo em que se encontra na situação de consumidor (destinatário final de um serviço), também exerce seus direitos de cidadão, já que a titularidade desses serviços — ainda que prestados por privados — e a garantia da prestação, encontram-se na esfera do Estado (Andrade/2002:46).¹⁶⁶

Na verdade, como aponta Maria Manuel Leitão Marques (269), “tratando-se de serviços básicos, mesmo que prestados por entidades privadas, o problema da sua regulação não ficou esgotado com a liberalização e privatização. A aplicação do

166 Também nesse sentido Rogério Soares (1969:171), ao dizer, já em 1969, que o consumidor/cidadão necessita de proteção cumulada dos direitos específicos dos consumidores e direitos dos cidadãos, devidos ao caráter econômico de determinadas prestações.

princípio do ‘*open market*’ a esses serviços, com sujeição às regras da concorrência e fortes limitações à intervenção do Estado, é suscetível de pôr em risco alguns dos tradicionais princípios dos serviços públicos: continuidade, igualdade, adaptabilidade, etc. Assim, em todos os países e na União Europeia novas questões regulatórias foram levantadas, dentre elas a proteção do cidadão-utente”.

Não há dúvida de que a proteção do cidadão-consumidor constitui ideia nascida e desenvolvida com o objetivo precípua de, em um sistema de mercado e concorrência, estabelecer um equilíbrio entre os direitos do prestador ou fornecedor de bens e serviços, de um lado, e os direitos dos cidadãos de outro. Busca-se um equilíbrio entre a livre iniciativa, a liberdade de indústria e comércio, e o direito do consumidor.

Na medida em que se vai incutindo um ideal econômico de livre iniciativa, concorrência e mercado, surge a necessidade de se editar normas de proteção ao usuário do serviço público.

Assim sendo, nessa íntima ligação envolvendo sujeição dos serviços de interesse econômico geral a um estatuto jurídico, torna-se imprescindível o cuidado com a defesa dos utentes-consumidores. Por essa razão e pelo fato do regime jurídico especial das obrigações do serviço universal, o direito comunitário tem assumido uma posição de vanguarda na consolidação dos interesses e direitos na esfera jurídica desses utilizadores.¹⁶⁷

2.1. O Direito dos Utentes-Consumidores no Direito Europeu

Não se tem, ainda, no direito comunitário um preceito claro que garanta de forma precisa os direitos dos cidadãos europeus aos serviços públicos, ou melhor, dos serviços de interesse econômico geral. Todavia, tal assunto foi sendo discutido no decorrer dos anos e sérios desenvolvimentos nessa matéria podem ser observados.

Isto está ocorrendo, sobretudo, sob a égide de que não é possível tratar todos os problemas que envolvem o serviço público pela aplicação dos princípios do mercado e da concorrência.

Outrossim, ressalta-se uma abordagem econômica, social e jurídica sob a perspectiva do consumidor. Demonstrando-se, assim, um verdadeiro compromisso social.

167 Nesse mesmo sentido Dulce Lopes (2003:207) ainda aponta novas acepções jurídicas mais recentes à terminologia aplicada ao termo “utente ou usuário” do serviço público, como ainda, clientes; e completa: “há quem impute as grandes alterações que se têm verificado em matéria de obrigações de serviço público, num primeiro momento, ao desenvolvimento do conceito de utente para o de cliente, acentuando assim, que ele não é apenas o receptor de uma prestação, mas um sujeito que se encontra numa relação contratual com uma empresa específica, mas, sobretudo, na passagem do conceito de cliente para a noção de consumidor-cidadão que se move, agora, num espaço concorrencial”.

2.1.1. Tratado de Amsterdã

A discussão preparatória do Tratado preocupava-se com a introdução de uma garantia clara do direito dos cidadãos aos serviços públicos, que consistia num princípio geral de inspiração de todo o Tratado e não apenas em referências esporádicas e descontextualizadas.

Buscava-se, assim, uma nova abordagem baseada nos direitos do cidadão-consumidor, no reforço da cidadania Europeia, e, não no Estado-produtor. Ou seja, na ideia de que tem de ser o Estado necessariamente a encarregar-se da produção desses serviços. Essa nova abordagem tem também subjacente a ideia de uma Europa socialmente empenhada, de um modelo social europeu, para a qual o serviço público não é apenas uma distorção à concorrência que deve ser eliminada ou que deve beneficiar ao máximo de um regime derogatório (Marques/1999:271).

Nesta seara, as discussões passam a girar em torno das obrigações que incumbem a quem, por iniciativa própria ou por contrato, fornece os serviços de interesse econômico geral. Os utentes têm os seus direitos reforçados em matéria de controle e participação. O princípio da eficácia assume total relevância na gestão dos serviços públicos a par, é claro, de outros princípios, tais como o da continuidade, igualdade, adaptabilidade, qualidade e transparência.

Com relação ao Tratado de Amsterdã, propriamente dito, partilha-se, nesse estudo, da mesma ideia da autora Maria Manuel Leitão Marques (1999:272), para qual, “a versão acolhida, artigo 16, ficou, porém, aparentemente, aquém das propostas que estiveram na sua origem. Em vez de um direito dos cidadãos ao bom funcionamento dos serviços públicos, optou-se por uma obrigação de os Estados e da Comunidade, dentro de suas competências respectivas, assegurarem que os serviços de interesse econômico geral cumpram as missões que lhe foram confiadas e contribuam para o desenvolvimento econômico e social dos serviços públicos. A nova disposição contém assim uma remissão para os Estados-membros, dentro do princípio da subsidiariedade, fundamentada na inoportunidade, de uma definição comum a todos os Estados de obrigações de serviço público. Tem-se, assim, na sua base o reconhecimento da diversidade de tradições nesta matéria de serviços públicos e o entendimento de que os Estados estão melhores colocados para assegurarem essas obrigações e definirem o seu conteúdo”.

2.1.2. A Comunicação sobre o Serviço de Interesse Econômico Geral de 2000

Além da preocupação com a eficiência, a Comunicação (2000) 580 final, tem a sua diretriz voltada ao social. Privilegia, claramente, uma perspectiva centrada nos direitos dos utilizadores, dentre outros: satisfação das necessidades básicas, garantia do acesso universal, elevada qualidade e de preço acessível.

Do mesmo modo, enumera outros princípios que podem “contribuir para definir as exigências dos utilizadores” tais como, uma definição clara das obrigações de base, por forma a garantir a prestação de serviços de boa qualidade; elevados níveis de saúde pública e a segurança física dos serviços; a transparência em matéria de tarifas e condições contratuais; liberdade de escolha do fornecedor quando existir concorrência efetiva; a existência de mecanismos de queixas e resolução de conflitos e de um sistema de compensações; o princípio da representação e da participação dos utilizadores na definição dos objetivos dos serviços; e, finalmente, a salvaguarda da especificidade cultural e histórica de cada Estado-membro. Apesar desse reconhecimento a Comunicação acolhe expressamente a ideia de que existe uma ligação entre “o acesso aos serviços de interesse geral e a cidadania Europeia” e que por isso é importante estabelecer um conceito central comum de interesse geral, referindo-se à disposição da Carta dos Direitos Fundamentais como um importante passo nessa direção (Marques/1999:273).

Ademais, tem-se a Comunicação (2002) 208 final, que apesar de estabelecer como grandes objetivos, a médio prazo, a promoção de um elevado nível de proteção do consumidor e o asseguramento da participação das organizações dos consumidores nas políticas da União, não descarta o domínio dos serviços de interesse geral, integrando-os expressamente no primeiro objetivo assinalado (Lopes/2003:207).

2.1.3. Carta Europeia para os Serviços de Interesse Geral

A Carta propunha alguns princípios gerais em que deveria assentar uma política comum de cariz econômico-social para os serviços de interesse geral. Fundamentando-se num modelo social europeu que estabeleça o equilíbrio entre uma economia eficiente, as necessidades de emprego, o respeito pelas questões ambientais, a ideia de desenvolvimento sustentável, a proteção dos consumidores, o progresso social, a prossecução de ideais de solidariedade e de combate à exclusão e ainda com a ideia de maior participação dos cidadãos ou dos seus representantes (Marques/1999:274).

Tal proposta dividia-se em três capítulos, o primeiro versando sobre as garantias dos direitos fundamentais e uma vida de qualidade; o segundo relativo a uma organização de serviços que garantisse a prossecução de objetivos econômicos e sociais de natureza sustentável; e, por último, um terceiro se tratando ao direito da participação.

2.1.4. Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia

Por último, o projeto de Carta de Direitos Fundamentais da UE, no seu artigo 34, aplicava como dever da União respeitar o direito de acesso aos serviços de

interesse econômico geral, conforme está previsto no direito e práticas de cada Estado-membro e nas disposições do Tratado (artigos 16 e 86), reconhecendo-os como instrumento de promoção da coesão econômica e social.

2.1.5. *A Atual Estratégia para a política dos consumidores*¹⁶⁸

A estratégia atual para a política dos consumidores visa estabelecer um nível equivalente de segurança e de proteção em toda a União Europeia e um mercado interno mais integrado, através dos seguintes objetivos: “(i) dar mais poderes aos consumidores, instaurando um mercado mais transparente que permita efetuar verdadeiras escolhas de consumo, por exemplo, em termos de preço e de qualidade; (ii) melhorar o bem-estar dos consumidores do ponto de vista, entre outros aspectos, da qualidade, da diversidade, da acessibilidade e da segurança; (iii) proteger os consumidores dos riscos e ameaças graves.”

Sendo assim, a atual política de defesa dos consumidores, centrar-se-á, principalmente, em: “(i) melhoria da monitorização dos mercados de consumo e das políticas nacionais a favor dos consumidores; (ii) melhoria da regulamentação em matéria de defesa do consumidor; (iii) reforço da segurança dos produtos no mercado graças a instrumentos de monitoração; (iv) integração dos interesses dos consumidores noutras políticas comunitárias; e (v) melhoria da informação e da educação dos consumidores, por exemplo através da consolidação do papel dos centros europeus dos consumidores”.

Para tanto, as ações a serem tomadas serão, dentre outras: melhoria da regulamentação em matéria de defesa dos direitos dos consumidores, e a colocação dos consumidores no centro de outras políticas e regulamentações comunitárias (valendo-se para a salvaguarda dos serviços de interesse geral e pela preservação dos serviços universais na UE).¹⁶⁹

168 O texto foi todo embasado na “Estratégia em matéria de política dos Consumidores para 2007-2013” da União Europeia.

169 Com relação ao Direito português, como aponta Antonio Pinto Monteiro, o direito dos consumidores foi acolhido pela Constituição de 1976. Essa colocou a proteção do consumidor entre as incumbências prioritárias do Estado (Art. 81). E com as revisões constitucionais de 1982 e de 1989 os direitos dos consumidores alcançaram a dignidade de direitos fundamentais. O n. 1 do art. 60 Constituição estabelece que “os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à proteção da saúde, da segurança e dos seus interesses econômicos, bem como à reparação de danos”. O n. 2 do mesmo art. 60 proíbe a publicidade oculta, indireta ou dolosa. E o n. 3 consagra os direitos das associações de consumidores, tendo-lhes reconhecida “legitimidade processual para a defesa dos seus associados ou de interesses coletivos ou difusos”. Também o art. 99 da CRP coloca a proteção dos consumidores entre os objetivos da política comercial. Com relação à proteção dos utentes-consumidores têm-se a lei n. 23/96 (lei que protege o utente dos serviços públicos essenciais). Os serviços abrangidos pela dita lei são os de fornecimento de água, energia elétrica, gás e telefone. Dentre as medidas consagradas nesse diploma, estão, dentre outras: o direito de participação; princípio da boa-fé; o dever de informação; princípio da continuidade, e suas implicações

3. CONCLUSÕES PARCIAIS

A prestação do serviço público, hoje liberalizado, está sujeita às regras da Economia e de Mercado, mas deve sê-lo sem prejuízo do interesse público, isto é, do respeito pelos utentes e dos consumidores, e da disponibilização, a estes, de serviços de qualidade, contínuos e prestados em condições de igualdade e de proporcionalidade.

Desta feita, o Estado assume um papel de garante das prestações essenciais do serviço público. Nesse contexto, surgem os serviços universais e seus encargos que vinculam as empresas fornecedoras dessas atividades.

No mesmo viés, emerge o Estado de Regulação, o qual deverá buscar o justo equilíbrio entre, por um lado, a liberdade de concorrência, postulada pela economia de mercado, e, por outro lado, do cumprimento das obrigações de serviço universal e a proteção dos direitos dos consumidores, o viés social.

Nesse sentido, o Estado, por intermédio da regulação, poderá corrigir as falhas, imperfeições do funcionamento normal do mercado, e assim garantir a existência e a prestação de serviços considerados essenciais ou básicos para a coletividade. A técnica jurídica a ser utilizada ou os meios jurídicos por que esta garantia se define e cumpre concretizam-se nas designadas obrigações de serviço público.

Para a efetiva concretização da transição do *service publique* francês aos serviços de interesse econômico geral comunitário, caberá ao “Estado Regulador dos Serviços Públicos” definir e garantir o cumprimento dessas obrigações na prestação de serviços destinados à satisfação de necessidades coletivas. O que constitui a principal responsabilidade administrativa neste novo quadro dogmático de construção de um moderno conceito de serviço público, no caso do direito comunitário europeu — serviço de interesse econômico geral.

como a suspensão do serviço; faturação detalhada; prazos curtos; além de outras cláusulas contratuais gerais (Monteiro/2000:333-350).

Ainda sobre o direito dos utentes-consumidores no direito português, vide: (Santos; Gonçalves; Marques/2001:57); (Gouveia/2001:36); (Silva/2006:105) e (Silva, “Aplicação da Lei n. 23/96 ao serviço móvel de telefone e natureza extintiva da prescrição referida no seu art. 10” in Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 132 números 3901 e 3902, p. 143).

CONCLUSÕES

Constata-se, ante o exposto, que o Estado hodierno vem, definitivamente, abdicando à função de prestador direto dos serviços públicos para assumir, atualmente, a função de regulador de tais atividades. Todavia, não o faz com o abandono do interesse público, assume, concomitantemente, a responsabilidade de garantia dessas prestações.

Nesse supedâneo, com relação aos serviços públicos há, pois, no campo comunitário europeu, uma composição do modelo francês com o modelo anglo-saxão das “*public utilities*”, resultando, assim, nos serviços de interesse econômico geral. De sorte que, tais atividades passam, hoje em dia e em sua grande maioria, a ser geridas e executadas pelos particulares.

Destarte, cabe ao Estado uma atuação mais coadjuvante na economia, por intermédio de uma regulação adequada e não intervencionista. “O Estado Regulador do mercado, numa economia de mercado regulado”.

Nesse contexto, notadamente a partir das últimas décadas do século XX, uma série de fatores corrobora para essa autêntica mudança de paradigmas na atuação estatal, nomeadamente pela decisiva influência do direito comunitário europeu, especialmente, na seara econômica. O que, substancialmente se reflete, de forma nítida, no âmbito econômico, pois, os serviços públicos estão, presentemente, liberalizados. Ademais, ocorre o fenômeno da privatização das tarefas públicas relacionadas a essas atividades.

Tudo isso leva ao entendimento atual de que os serviços públicos, apesar da sua essencialidade aos cidadãos, não precisam ou devam necessariamente estar preso ao protagonismo do Poder Público. Os particulares, ou melhor, os agentes econômicos privados mostram-se capazes de satisfazê-los eficazmente, sobretudo, em um regime de concorrência regulada.

Após a explanação dessas primeiras linhas gerais, cabe, agora, conforme proposta inicial, apresentar os traços finais do debate envolvendo o Estado, os serviços públicos e o resultado das transformações jurídicas, políticas e econômicas do Direito Comunitário Europeu.

Primeiramente, verificou-se que, desde o seu início, a Comunidade Europeia, atual União Europeia, buscou construir uma forte economia de mercado, baseada, sobretudo, nos princípios da concorrência e da livre iniciativa econômica.

No que tange aos serviços públicos, procurou-se, sempre, unir e respeitar as distintas tradições jurídicas nacionais em prol de serviços que atendessem suas essencialidades e interesse geral.

Nesse mister, o Direito comunitário reconstruiu, revigorou e ampliou o conceito de serviço público, no sentido de conciliá-lo aos objetivos sociais da comunidade Europeia e, por conseguinte, dos Estados-membros, quais sejam: desenvolvimento da coesão social e territorial e da solidariedade. E, assim, promovendo e respeitando os direitos e liberdades dos cidadãos.

Diante desse, recente, contexto europeu e da conjugação do caráter econômico desses serviços com sua subordinação ao interesse público resultam os serviços de interesse econômico geral, atualmente conceito central no direito europeu. Tais atividades apesar de geridas pela iniciativa privada ficam, então, sujeitas à regulação estatal por servirem ao interesse público e, por esse motivo, sujeitas, por vezes, às obrigações específicas de serviço universal.

Vislumbra-se, assim, que essa paulatina europeização dos serviços públicos decorreu, nomeadamente, em virtude da forte influência das políticas econômicas adotadas pelo direito comunitário. Tais como: criação de um mercado aberto à concorrência, da liberalização e privatização dos exclusivos públicos; busca por uma maior eficiência na execução e gestão desses serviços; etc.

Extraí-se, também, por essa mesma égide, que os movimentos das privatizações e liberalizações dos serviços públicos implicaram, decisivamente, na contração da esfera econômica pública, resultando, assim, numa forma de expansão da regulação. Afinal, a retirada do Estado desses setores da economia abriu sistematicamente a via para uma regulamentação, de certa forma, pormenorizada e duradoura das regras de produção e prestação nessas áreas.

É nesse novo cenário que emerge, por conseguinte, o Estado Regulador do serviço público, buscando, de tal feita, conciliar o justo equilíbrio entre, por um lado, a liberdade de concorrência — postulada pela economia de mercado, e, por outro lado, o adequado cumprimento desses serviços — harmonizando o mercado às necessidades sociais.

Ao Poder Público incumbe, agora, por intermédio da regulação, a correção das falhas e imperfeições do funcionamento normal do mercado e da concorrência e, deste modo, a garantia da existência e das prestações de serviços considerados essenciais ou básicos para a coletividade, bem como a proteção dos utentes-consumidores.

Concomitantemente a essa tarefa regulatória, o Estado assume um papel de garante das prestações essenciais do serviço público. Altera-se, com efeito, o tipo e o grau dessa responsabilidade. Hoje, verifica-se uma responsabilidade de garantia das prestações destinadas à satisfação das necessidades básicas universais dos cidadãos. Dessa forma, a técnica jurídica a ser utilizada ou os meios jurídicos por que esta garantia se define e cumpre concretizam-se nos serviços universais

e em seus encargos que vinculam as empresas fornecedoras dessas atividades— as designadas obrigações de serviço público.

Em outro ponto, e seguindo a premissa, já apontada nesse trabalho, da reforma conjunta Estado/Administração, outro resultado das transformações acima elencadas, das mais significativas ocorridas no âmbito comunitário europeu, foi, designadamente, no modo de atuação administrativa dos Estados-membros. Buscou-se uma reforma modernizadora da Administração Pública em consonância com a contemporânea realidade Europeia e das necessidades públicas. Parte-se de uma organização administrativa, por vezes, lenta, burocrática e hierárquica para uma estrutura pública eficaz, eficiente, para a, assim chamada, empresarialização da Administração Pública com a utilização de métodos de gestão dos privados, orientada por objetivos e resultados, racionalidade administrativa, etc.

Outra consequência, de certa forma mais recente, desse novo cenário europeu são as autoridades de regulação independente.

As tarefas de regulação do mercado e dos serviços públicos, ou melhor, serviços de interesse econômico geral são, agora, cada vez mais atribuídas às autoridades independentes do poder político. O que ocorre, principalmente, em pedido do direito comunitário, que requer uma separação ou independência entre operadores e reguladores como forma de promoção e transparência das suas relações.

Nesse sentido, a racionalidade da regulação independente consistiria, por assim dizer, na desgovernamentalização, despolitização e despartidarização da função reguladora, devendo, com isso, prevalecer os valores da imparcialidade, da tecnicidade e da previsibilidade.

Dessa maneira, a regulação afeta à seara econômica, seguindo os ditames comunitários, gira em torno de um mercado concorrencial regulado. Primeiramente uma regulação de transição ao modelo concorrencial, organizando os setores liberalizados em torno de uma pluralidade de operadores e da livre escolha pelos clientes-utentes dos serviços. E, por conseguinte, no aprimoramento da concorrência, para que essa se dê de forma eficiente diante das exigências de um mercado livre.

Por último, há a tarefa da regulação de conteúdo social, onde se impõe, aos regulados, obrigações no intuito de se adequar a prestação dos serviços de interesses econômico geral — o cumprimento das obrigações de serviço universal impostas por lei ou contratualizadas com um ou mais operadores setoriais.

O Estado Regulador deverá, antes de tudo, ser um Estado socialmente ativo. O interesse público ainda prevalece perante o interesse privado.

BIBLIOGRAFIA

- AMARAL, Diogo Freitas do. O Direito Administrativo em Portugal. In: *Estudos de Direito Público e Matérias Afins*. Vol I. Coimbra: Almedina, 2004.
- AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. Vol I. Coimbra: Almedina, 1994.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. “Os Direitos dos Consumidores como Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”. in: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXVIII. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2007.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *La Regulación Económica — Teoría y Práctica de la Regulación para la Competencia*. Buenos Aires: Ábaco, 1996.
- BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. *Understanding Regulation — Theory, Strategy and Practice*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- BANI, Elisabetta. Stato Regolatore e Autorità Indipendenti. In: *Dirito Pubblico dell’Economia*. Padova: Antonio Milani, 1997.
- BURGI, Martin. — Die Funktion des Verfahrensrechts in privatisierten Bereichen. In: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*. Baden-Baden: Nomos, 2003.
- CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*, Tomo I. Coimbra: Almedina, 1980.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. O Direito Constitucional passa; o Direito Administrativo passa também. In: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*. Studia Iuridica 61. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Volume I. Coimbra: Almedina, 2007.
- CARLÓN RUIZ, Matilde. El Servicio Universal de Telecomunicaciones. *Revista de Administración Pública*, n. 171. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- CEDIPRE. Por uma Regulação ao Serviço da Economia de Mercado e do Interesse público: a Declaração de Condeixa. *Revista do Direito Público da Economia*, ano 01, n. 01. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

- CEEP / CIRIEC. *Os Serviços de Interesse Económico Geral na Europa: Regulação — Financiamento — Avaliação — Boas Práticas*: Secção Portuguesa do CEEP, 2002.
- CHEVALLIER, Jacques. Regards sur une évolution. *L'Actualité juridique — Droit Administratif* — Numero Special: Le Service Public. Paris: Le Moniteur, 1997.
- CONFRARIA, João. *Regulação e concorrência — desafios do século XXI*. Lisboa: Universidade Católica de Lisboa, 2005.
- CRUZ FERRER, Juan de la. *Principios de Regulación Económica en la Unión Europea*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2002.
- CUELAR, Leila. *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.
- CUÉTARA MARTINEZ, Juan Miguel de la. La regulación subsiguiente a la liberalización y privatización de servicios públicos. In: *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- DIAS, José Eduardo Figueiredo; OLIVEIRA, Fernanda Paula. *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2006.
- DUGUIT, Léon. *Manuel de Droit Constitutionnel*. 4. ed. Paris: E. de Boccard Éditeur, 1923.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.
- FRANCO, António L. Sousa; MARTINS, Guilherme D'Oliveira. *A Constituição Económica Portuguesa*. Coimbra: Almedina, 1993.
- FRANZIUS, Claudio. *Der 'Gewährleistungsstaat — ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat*. Der Staat, 2003.
- GARCIA, Maria da Gloria F.P.D. *Direito das Políticas Públicas*. Coimbra: Almedina, 2009.
- GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador in *Estudos de Regulação Pública I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- GONÇALVES, Pedro. Direito Administrativo da Regulação In: *Separata de Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- GONÇALVES, Pedro. *Reflexões Sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- GONÇALVES, Pedro. *A Concessão de Serviços Públicos*. Coimbra: Almedina, 1999b.
- GONÇALVES, Pedro. *Direito das Telecomunicações*. Coimbra: Almedina, 1999a.
- GONÇALVES, Pedro. *Entidades Privadas com Poderes Públicos*. Coimbra: Almedina, 2008.

REFERÊNCIAS

- GONZALEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *El Derecho administrativo Privado*. Madrid: Montecorvo, 1996.
- GONZALEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *Los Mercados de Interés General: Telecomunicaciones y Postales, Energéticos y de Transportes — Privatización, Liberalización, Regulación y Derecho de la Competência*. Granada: Comares, 2001.
- GONZÁLEZ-VARAZ IBAÑEZ, Santiago. Tratado del Derecho Administrativo, Tomo II. Thomson/Civitas, 2008.
- GOUVEIA, Rodrigo. *Os Serviços de Interesse Geral em Portugal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- GRAHAM, Cosmo. *Regulating Public Utilities: A Constitutional Approach*. Oxford: Hart Publishing, 2000.
- HELM, Dieter e JENKINSON, Tim. Introducing Competition into Regulated Industries In: *Competition in Regulated Industries*. Oxford: Oxford University Press, 1998.
- HEREMANS, Tinne. Professional Services in the EU internal Market. Oxford: Hart Publishing, 2012.
- JUSTEN, Monica Spezia. O Serviço Público na Perspectiva do Direito Comunitário Europeu. *Revista do Direito Público da Economia*, ano 01, n. 01. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- KNAUFF, Matthias, *Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinvorsorge*. Eine rechtswissenschaftliche Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des OPNV. Berlin: Duncker&Humblot, 2004.
- LADEUR, Karl-Heins. *Der Staat gegen die Gesellschaft*. Tübingen: Siebeck, 2006.
- LEVY, Jonah. The StateafterStatism — From Market directionto Market Support. In: *AAVV — The StateafterStatism — New Activities in the age of fiberization*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006.
- LOPES, Dulce. O Nome das Coisas: Serviço Público, Serviços de Interesse Econômico Geral e Serviço Universal no Direito Comunitário In: *Temas de Integração*, n. 15 e 16. Coimbra: Almedina, 2003.
- LÓPEZ-MUÑIZ, José Luiz Martinez. Servicio Público, Servicio Universal y “Obligación de Servicio Público” en La Perspectiva del Derecho Comunitario: Los Servicios Essenciales y sus Regímenes Essenciales y sus Regímenes Alternativos. In: *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- MAÇÃS, Fernanda; MOREIRA, Vital. *Autoridades Reguladoras Independentes nos Domínios Econômico e Financeiro, Estudo e Projeto de Lei-Quadro*. Coimbra, 2002.
- MACHETE, Rui Chancerelle de. Existe um Verdadeiro Direito Administrativo Global? In: *Temas da Integração*. Coimbra: Almedina, 2007.
- MAJONE, Giandomenico. *Regulating Europe*. New York/London: Routledge, 1996.

- MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. Economia de Mercado e Regulação In: *A Mão Visível — Mercado e Regulação*. Coimbra: Almedina, 2003a.
- MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. Os Serviços de Interesse Econômico Geral In: *A Mão Visível — Mercado e Regulação*. Coimbra: Almedina, 2003b.
- MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. Um marco regulatório: a Lei Sarbanes-Oxley In: *A Mão Visível — Mercado e Regulação*. Coimbra: Almedina, 2003c.
- MARQUES, Maria Manuel Leitão. A Desnacionalização da Constituição Econômica In: *A Teia Global — Movimentos Sociais e Instituições*. Lisboa: Afrontamento, 1999.
- MARQUES, Maria Manuel Leitão; ALMEIDA, João Paulo Simões de/FORTE, André Matos. *Concorrência e Regulação (A relação entre a Autoridade da Concorrência e as Autoridades de Regulação Sectorial)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- MARQUES, Rui Domingos Ribeiro da Cunha. *Regulação de Serviços Públicos*. Lisboa: Sílabo, 2005.
- MARTINEZ LOPEZ-MUNIZ, José Luis. Servicio Público, Servicio Universal y Obligación de Servicio Público In: *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Editora Coimbra, 2001.
- MONTEIRO, Antonio Pinto. A Proteção do Consumidor de Serviços Públicos Essenciais In: *Estudos de Direito do Consumidor*, n. 2. Coimbra, 2000.
- MOREIRA, Vital. A Metamorfose da Constituição Econômica. *Themis — Revista de Direito*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2006.
- MOREIRA, Vital. Os Serviços Públicos Tradicionais sob o Impacto da União Europeia. *Revista do Direito Público da Economia* ano 01, n. 01. Belo Horizonte: Fórum, 2003a.
- MOREIRA, Vital. Por uma Regulação ao Serviço Público da Economia de Mercado e do Interesse Público: a Declaração de Condeixa. *Revista do Direito Público da Economia* ano 01, n. 01. Belo Horizonte: Fórum, 2003b.
- MOREIRA, Vital. Regulação Econômica, Concorrência e Serviços de Interesse Geral. In: *Estudos de Regulação Pública I*. Coimbra, Editora Coimbra, 2004.
- MOREIRA, Vital. *A Autorregulação Profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997.
- MOREIRA, Vital. Serviço Público e Concorrência. A Regulação do Setor Elétrico, in, *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Editora Coimbra, 2001.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Servicio Público e Mercado*. Madrid: Civitas, 1998.
- OGUS, Anthony I. *Regulation — Legal Form and Economic Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1994.
- OSSENBUEHL, F. *Die Erfüllung von Verwaltungsaufgabendurch Private*, VVDStRL, n. 29, 1971.

REFERÊNCIAS

- OTERO, Paulo. Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública, in *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Editora Coimbra, 2001.
- PANOZZO, Fabrizio. *Dalla Produzione alla Regolazione — L'evoluzione dell'intervento pubblico nell'economia*. Padova: Antonio Milani, 2000.
- PINTO, Bilac. *Regulamentação Efetiva dos Serviços de Utilidade Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- QUADROS, Fausto de. Serviço Público e Direito Comunitário, in *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Editora Coimbra, 2001b.
- QUADROS, Faustos. “Serviço Público e Direito Comunitário” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva* — Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Editora Coimbra, 2001a.
- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Lições de Direito Administrativo, Vol I*. Coimbra, 1976.
- RAMON FERNANDEZ, Tomas. “Del Servicio Público a la Liberalización desde 1950 hasta hoy” in *Revista de Administración Pública*, n. 150. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.
- ROSENBLOOM, David H.; KRAVCHUK, Robert S. Public Administration — Understanding Management, Politics, and Law In: *The Public Sector*. Boston: McGraw Hill, 2002.
- SACKER, Franz Jurgen. J. “Das Regulierungsrecht im Spannungsfeld von öffentlichem und privatem Recht”, AoR, vol. 130, 2005.
- SANCHES, José Luís Saldanha. “A Regulação: História Breve de um Conceito” in *Revista da Ordem dos advogados*, ano 60. Lisboa, 2000.
- SANTOS, António Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES; Maria Manuel Leitão. *Direito Económico*. Coimbra: Almedina, 2004.
- SCHMIDT-ASSMANN, E. *Das Allgemeine Verwaltungsrecht Als Ordnungsidee*. Berlin, Springer, 2006.
- SCHOCH, Friedrich. *Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft?*, NVwZ, 2008.
- SCHRODER, R. *Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel*, Tübingen: Siebeck, 2007.
- SENDÍN, Garcia. Miguel Ángel. *Regulación y Servicios Públicos*. Granada: Comares, 2003.
- SILVA, João Nuno Calvão. Aplicação da Lei n. 23/96 ao serviço móvel de telefone e natureza extintiva da prescrição referida no seu art. 10. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 132 numeros 3901 e 3902.
- SILVA, João Nuno Calvão. O Estado Regulador, As Autoridades Reguladoras Independentes e os Serviços de Interesse Económico Geral In *Temas da Integração*, n. 20. Coimbra: Almedina, 2005.

- SILVA, João Nuno Calvão. *Mercado e Estado — Serviço de Interesse Econômico Geral*. Tese de Mestrado. Coimbra, 2006.
- SILVA, Suzana M. C. Loureiro Tavares. *O Sector Electrico Perante o Estado Incentivador; Orientador e Garantidor*. (Tese de doutoramento). FDUC, 2008.
- SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. Tradução de Luiz Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996.
- SOARES, Rogério Ehrardt. Administração Pública. In: *Polis*. Lisboa: Verbo, 1983.
- SOARES, Rogério Ehrardt. *Direito Administrativo — Lições para o Curso de Direito do Porto*, 1981.
- SOARES, Rogério Ehrardt. *Direito Público e Sociedade Técnica*. Coimbra: Atlântida, 1969.
- SOURIVÓN DE MORENILLA, José Maria. *La Actividad de la Administración y el Servicio Público*. Granada: Comares, 1998.
- TRANCOSO REIGADA, Antonio. Dogmatica Administrativa y Constitucional: El Caso del Servicio Público. *Revista Espanhola de Derecho Constitucional*, año 197, n. 57. Madrid, 1999.
- VASCONCELOS, Jorge. O Estado Regulador: Principais Características e Perspectivas de Evolução In: *A Regulação em Portugal*. Conferência Erse, Lisboa, 2000.
- VAZ, Manuel Afonso. *Direito Econômico*. Coimbra: Editora Coimbra, 1997.
- VILLAR ROJAS, Francisco José. Privatización de Grandes Servicios Públicos. In: *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Editora Coimbra, 2001.
- VOSSKUHLE, Andreas. *Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung*, VVDStRL, n 62, 2003.
- VOSSKUHLE, Andreas. *Concetti chiave — della riforma del diritto amministrativo nella Repubblica Federale Tedesca*. DirittoPubblico, 2000.
- VOSSKUHLE, Andreas. The Reform Approach in The German Science of Administrative Law: the Neue Verwaltungsrechtswissenschaft In: RUFFERT, M. *The Transformation of Administrative Law in Europe*. Munchen: Sellier, 2007.
- ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.