

ano 12 - n. 49 | julho/setembro - 2012
Belo Horizonte | p. 1-288 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito
ADMINISTRATIVO &
CONSTITUCIONAL

A&C

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
ROMEU FELIPE
BACELLAR

© 2012 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br
E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Supervisão editorial: Marcelo Belico
Revisão: Adalberto Nunes Pereira Filho
Cida Ribeiro
Cristhiane Maurício
Marilane Casorla

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

Bibliotecárias responsáveis: Ana Carolina Marques - CRB 2933 - 6ª Região
Luciana Gonçalves - CRB 2863 - 6ª Região
Tatiana Augusta Duarte - CRB 2842 - 6ª Região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico e diagramação: Virginia Loureiro

A246	A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003)- . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-
	Trimestral ISSN: 1516-3210
	Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação – Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis

Ana Cláudia Finger

Daniel Wunder Hachem

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Odilon Borges Junior (UFES)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Eros Roberto Grau (USP)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
José Carlos Abraão (UEL)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
	Weida Zancaner (PUC-SP)
	Yara Stroppa (PUC-SP)

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

Serviço público e concorrência – Ensaio para uma quebra do princípio da titularidade estatal exclusiva

Fernando Menegat

Mestrando em Direito do Estado na Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Direito Administrativo. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Advogado em Curitiba/PR.

Resumo: No presente artigo, intenta-se desenvolver estudos críticos e reflexivos direcionados à temática da possibilidade de instauração de um regime concorrencial que privilegie a livre iniciativa no que se refere às atividades qualificadas — direta ou indiretamente — pela Constituição de 1988 como *serviços públicos*, mediante quebra do princípio doutrinário da reserva de titularidade estatal de tais atividades.

Palavras-chave: Serviços públicos. Regulação estatal. Iniciativa privada. Concorrência. Titularidade exclusiva.

Sumário: 1 Introdução – 2 Regulação estatal dos serviços públicos – 3 Serviço público e concorrência – 4 Conclusão

1 Introdução

De acordo com a doutrina jus-administrativista e constitucionalista pátria dominante, a Constituição Federal de 1988 e a legislação infraconstitucional pertinente é que estabelecem quais atividades podem (devem) ser encaradas como *serviços públicos*. Nessa aproximação, no que concerne às atividades qualificadas pela Lei Maior como serviços públicos, entende-se que o Estado, com exclusividade, detém sua titularidade, podendo prestá-las (não se confunde prestação com titularidade) direta ou indiretamente, por meio de delegação a particulares. Desta sorte, as atividades legislativamente qualificadas como serviço público estão, na dicção da doutrina dominante, excluídas da esfera de titularidade dos privados, vedando-se, portanto, o exercício da liberdade de iniciativa em tais campos.

A despeito disso, uma releitura crítica do tema, pautada em outras interpretações — também válidas — do ordenamento jurídico pátrio, talvez permita romper com essa visão tradicional do regime do serviço público.

Seguindo a classificação mais difundida sobre o binômio “atividade econômica x serviço público”, em princípio nada impede que uma *atividade* qualificada legislativamente como serviço público possa ser desempenhada pela iniciativa privada sem necessidade de delegação, enquanto atividade econômica, em sentido estrito, autorizada pelo Poder Público. Tal hipótese pode ser admitida contanto que, no que tange ao serviço público em si, sua titularidade permaneça exclusivamente nas mãos do Estado.

Nessa aproximação, exsurgiria uma bipartição (da titularidade) das *atividades* econômicas que a Constituição qualifica como sendo serviços públicos: de um lado, os serviços públicos em si, titularizados exclusivamente pelo Estado e prestados de forma direta ou indireta (em regime jurídico administrativo próprio do serviço público); de outro, as atividades econômicas em sentido estrito, exercidas pela iniciativa privada, sob regime de direito privado.

Para realizar a abordagem aqui tentada, dever-se-á demonstrar primeiramente como se deu a evolução na compreensão e na prestação dos serviços públicos, desde o Absolutismo até o atual paradigma do Estado Regulador/Subsidiário, para a partir daí ser brevemente abordada a noção de regulação estatal das atividades de interesse público — bem como demais noções correlatas que guardem relação mais estrita com a temática regulatória.

Delineado tal panorama inicial, tratar-se-á da concorrência como um dos principais e mais efetivos instrumentos de regulação estatal passíveis de utilização pela atual modelagem da Administração Pública, mormente no que tange à prestação de serviços públicos. A concorrência aparecerá, nessa aproximação, não enquanto noção contraposta à regulação, ou seja, enquanto externalidade inimiga do Estado, mas sim justamente no sentido oposto, enquanto método de regulação de que o Estado lança mão para a consecução de seus objetivos.

Tudo isso tendo como pano de fundo (como não poderia deixar de ser) a essencialidade dos serviços públicos tanto para a economia nacional quanto, em igual medida, para o desenvolvimento social da população brasileira. Afinal, como já advertiu Marçal Justen Filho, discutir “serviço público” significa “enfrentar as questões mais nucleares da Política e do Direito”, visto que se trata de “definir a função do Estado, seus limites de atuação e o âmbito reservado aos particulares”¹

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 16.

2 Regulação estatal dos serviços públicos

A título de introito, não é exagero afirmar que a prestação de serviços públicos é uma das principais funções assumidas pelo Estado brasileiro, para proporcionar tanto, de um lado, a fruição de necessidades materiais à população, quanto, de outro, o desenvolvimento econômico nacional (visto que, em vários casos, serviços públicos possuem nítido viés econômico — como é o caso das energias e dos transportes).

É de se considerar, destarte, que a designação dos serviços públicos como atividades essenciais do Estado certamente os alça a patamar elevado, atribuindo-lhes uma característica de essencialidade (seja econômica, seja social) que não se faz presente em grande parte das demais funções exercidas pela Administração Pública.

Nessa senda, a evolução histórica do Estado — desde o Absolutismo até o florescer do Estado Regulador/Subsidiário — e a conseqüente evolução na prestação de serviços públicos por parte de sua máquina administrativa possuem cabedal relevância quando se pretende discutir aspectos delicados do regime dos serviços públicos, que tão cotidianamente afetam a realidade da população. É querer dizer: somente após a compreensão do surgimento e da evolução na prestação de serviços públicos pelo Estado poder-se-á desenvolver a análise aqui pretendida, dependente que é da internalização de conceitos complexos como, por exemplo, a noção de Estado Regulador/Estado Subsidiário.

2.1 A evolução histórica da noção de serviço público

A exposição histórica acerca da noção de serviço público será aqui bastante breve, a despeito de essencial, e tem como objetivo primordial jogar luzes — ainda que parcas — sobre a evolução na prestação de serviços públicos pelo Estado.

Cumpre apontar, nessa aproximação inicial, que não houve desde os primórdios um conceito eminentemente jurídico de serviço público; na realidade, “é possível detectar-se um fio histórico que conduz desde o seu conceito político até sua posterior funcionalidade jurídica”.²

O Estado Absolutista, paradigma estatal inicial correspondente ao período do *Ancien Régime*, dotado de uma administração pública do tipo patrimonialista, não tinha como intenção repartir riquezas e tanto menos promover o

² GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 19.

bem comum dos cidadãos (então encarados meramente como súditos reais). Era época dos laços de nobreza, onde suseranos e vassalos reinavam de forma autorreferente, buscando apenas o seu bem-estar pessoal (e, no máximo, o de seu senhor). O Rei, autoridade máxima, conquistava o trono por costume, usualmente de forma hereditária, e sua autoridade era divina e inquestionável.

Evidente que, num Estado com tal formatação, não há que se falar em prestação de serviços públicos pela máquina administrativa — sobretudo considerando-se o caráter patrimonialista de tal máquina. Não senão por isso, Gaspar Ariño Ortiz afirma que o serviço público “é uma técnica institucional, finalista, não puramente instrumental, impensável fora do contexto político-social e de uma certa ideia de Estado que provém da Revolução”.³

Com o advento do Estado Liberal, deflagrado após as revoluções burguesas, o cenário da prestação estatal de serviços públicos muda sensivelmente. A despeito de o Estado de matriz liberal ser dotado, por sua própria definição, de caráter abstencionista, isso não impediu que o gérmen do serviço público ali nascesse. Isso por dois motivos principais.

De um lado, o Liberalismo Econômico, classicamente desenvolvido por Adam Smith, servia de suporte perfeito à doutrina capitalista: o Estado Liberal, que tudo “deixava fazer e deixava passar”, não intervinha na economia, de modo que os agentes econômicos possuíam carta branca para negociar no mercado, cuja mão invisível tudo regulava, sem necessidade do Estado. Assim, para alavancar o capitalismo, o Estado Liberal viu-se na necessidade de criar as infraestruturas essenciais ao desenvolvimento da economia; ou, noutras palavras, teve o Estado Liberal de prestar serviços públicos de infraestrutura econômica, os quais se mostravam essenciais para o desenvolvimento do capitalismo iminente.

De outra parte, é sabido também que o Estado Liberal tinha como uma de suas mais importantes missões derrocar a força de entes intermédios⁴ e, dentre eles, encontrava-se a Igreja Católica, ente dotado de extraordinário poder durante o medievo. Como a intervenção e a força da Igreja Católica não eram convenientes à nova ideologia liberal, fez-se necessário a este formato estatal o desenvolvimento da prestação de serviços em substituição àqueles prestados pela Igreja.

³ ORTIZ, Gaspar Ariño. *La Regulación Económica: teoría y práctica de la regulación para la competencia*. Buenos Aires: Ábaco, 1996. p. 51.

⁴ Nesse sentido, é famosa a lei francesa *Le Chapelier*, de 1791, que proibiu o regime das corporações de ofício.

Foi assim, então, que surgiram os primeiros serviços públicos, ainda no Estado Liberal: (i) os serviços infraestruturais, como os de energia elétrica e fornecimento de água; (ii) os serviços sociais para suplantam a Igreja Católica, como os de educação e saúde.

A partir daí, floresceu talvez a etapa mais vistosa da teoria dos serviços públicos. Em solo francês, viu-se o nascedouro da chamada Escola do Serviço Público, a qual se prestou a refletir e tecer estudos doutrinários sobre o tema, à época ainda em estágio germinal, a partir da jurisprudência do Conselho de Estado francês.⁵ Deve-se primordialmente a dois nomes o surgimento do conceito tradicional do serviço público, que até hoje é utilizado pela doutrina administrativista brasileira: Léon Duguit e Gaston Jèze.

Duguit, sob um prisma positivista e sociológico, reconheceu que o Estado, ainda que Liberal, possuía deveres prestacionais para com a sociedade. O serviço público, nessa aproximação, não era uma benesse, uma concessão estatal, mas sim um dever, cuja satisfação legitimava sua atuação. Duguit vai além, e arrisca um conceito de serviço público, compreendendo-o como o conjunto de deveres impostos ao Estado para o atendimento de necessidades coletivas básicas.

De sua parte, Jèze atentou mais para a dimensão jurídica do tema. Para o autor, além do simples atendimento às necessidades coletivas, os serviços públicos possuíam algo a mais que os diferenciava. Foi a partir daí que Jèze propôs o regime jurídico diferencial para os serviços públicos, pautado em três princípios básicos: universalidade, modicidade e continuidade. Além disso, afirmou que os serviços públicos, para serem encarados como tal, deveriam ter previsão legislativa.

Celso Antônio Bandeira de Mello sintetiza:

[...] enquanto Duguit conceitua o serviço público em termos sociológicos e identifica as regras de direito administrativo com o serviço público administrativo, [...] Jèze assume perspectiva formal, rigorosamente jurídica, e conceitua o serviço público como um procedimento técnico que se traduz em u regime peculiar, [...] e associa estreitamente serviço público administrativo e direito administrativo.⁶

⁵ Destaca-se, aqui, o conhecido *Aret Blanco*, julgado em 1873, seguido pelo *Aret Terrier*, de 1903. Síntese dos dois casos pode ser encontrada em: JUSTEN, Monica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 22-28.

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 150-151.

A união das visões de Jèze e de Duguit é que conforma o conceito clássico de serviço público, em suas dimensões formal (regime jurídico específico) e material (atendimento de necessidades básicas).⁷

O amanhecer do século XX coincidiu com a eclosão de duas grandes guerras mundiais consecutivas. A enorme destruição provocada por estas guerras e a penosa situação da população mundial por elas proporcionada fez com que o paradigma liberal de Estado fosse duramente combatido.

De mero guardião das liberdades e garantidor das propriedades, passou a ser considerado responsável pela reconstrução da Nação, necessário garantidor de novos direitos e garantias fundamentais aos cidadãos e, principalmente, essencial promotor de políticas públicas e prestador de serviços à população.⁸

O Estado agigantou-se e, com ele, a Administração Pública passou a ter de funcionar cada vez mais eficazmente na persecução de seus resultados, ao passo que mantinha os rígidos padrões burocráticos de outrora. Logicamente, esse equilíbrio instável não perduraria por muito tempo e, já na década de 60 do século XX, o mundo começou a receber os influxos de novos ideários, buscando tornar a Administração Pública mais eficiente e menos procedimentalista.

Viu-se, então, que o Estado Liberal abstencionista não daria conta do pesado fardo da reestruturação econômica e social. Economicamente, via-se necessário promover a intervenção estatal, de modo a equilibrar as finanças nacionais prejudicadas pelos gastos com as guerras; socialmente, era imperioso permitir a intervenção estatal para garantir a promoção do bem-estar a uma população assolada pelas batalhas. O estado de alta degradação econômica e social tornou fundamental a superação da doutrina liberal, rumo a um Estado que balanceasse a equação econômica e prestasse os serviços necessários à população carente.

Surge, assim, o Estado do Bem-Estar Social, ou simplesmente Estado Social ou Estado Providência, consagrado nas Cartas Constitucionais do pós-guerra, interventor na economia e garantidor de direitos à população, necessário prestador de serviços públicos que passaram a ser encarados como dever

⁷ Os devidos louros devem ser atribuídos também a Maurice Hauriou, que cunhou interessante conceito de serviço público, definindo-o como "organização pública de poderes, de competências e de costumes assumindo a função de fornecer ao público, de uma maneira regular e contínua, um serviço determinado em uma ideia de polícia" (HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. Paris: Sirey, 1993. p. 64). Para aprofundamento no tema, cf. JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 28-46.

⁸ Para aprofundamentos no tema, cf. BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros, 2004. Aqui, o autor demonstra com maestria todas as nuances por que passou o Estado Liberal burguês, desde sua instauração até sua superação pelo Estado Social, no período entre guerras.

seu. É o apogeu da noção *duguitiana* de serviço público, com enorme ampliação do catálogo de atividades encaradas como tal.

Isso porque se antes, no Estado Liberal, só eram consideradas como serviço público aquelas atividades destinadas à suplantação do poder da Igreja e ao desenvolvimento do capitalismo, agora, no Estado Social, várias atividades foram incluídas no catálogo, porquanto se alterou a própria finalidade da prestação de serviços públicos em si: o Estado Social presta serviços públicos para garantir direitos fundamentais a seus cidadãos.

Todavia, ao que parece, tal visão não perdurou muito tempo. Logo se notou que o Estado Social que tudo prestava, tudo garantia e em tudo intervinha, não teria condições materiais de sobreviver. A crise fiscal mundial, acentuada na década de 80 do século XX, foi certamente a grande responsável pela nova guinada, evidenciando a insuficiência (e a ineficiência) do Estado Social em cumprir com todas as suas metas.^{9 10}

Na Inglaterra, o governo de Margareth Thatcher foi um dos pioneiros na implementação de políticas que visavam à transferência das atividades estatais a particulares, num profundo programa nacional de desburocratização da administração pública, com caracteres amplamente gerenciais.

A partir de então, iniciou-se em diversos países um amplo processo de desestatização, descentralização e desconcentração, de modo a retirar do Estado tantos fardos quantos fossem possíveis, a fim de manter sob sua responsabilidade somente as atividades realmente essenciais. Pelo princípio da subsidiariedade, herança da Doutrina Social da Igreja Católica, o Estado passou

⁹ Excelente histórico sobre o papel interventor do Estado (notadamente na economia) é realizado, *v.g.*, em: LAUBADÉRE, André de. *Direito público econômico*. Coimbra: Almedina, 1985. p. 35 et seq.; e MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997. Em âmbito tupiniquim, um bom esboço histórico pode ser extraído de: AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 80-197.

¹⁰ Ponderam Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes que “Parece evidente que a fertilidade do solo para a sementeira deste projeto [referindo-se ao projeto neoliberal] está diretamente relacionada às decantadas crises (fiscal, de legitimação e de governabilidade) do Estado de Bem-Estar Social [...]”. E prossegue: “A ideologia, na forma de propaganda simplificadora, do Estado incompetente, ineficiente, corrupto, letárgico, obeso e de um mercado austero, ágil, eficiente, probo, voltado para a qualidade total, é utilizada em dois sentidos: de um lado, legitima importantes itens da pauta neoliberal; de outro, ampliando enormemente o *déficit* de legitimação política do Estado, reduz seu custo, legitimando o modelo preconizado pelos neoliberais. O Estado que tudo prometia e pouco cumpria é deslegitimado para legitimar um Estado que tão pouco promete e, por isso, aparenta tudo cumprir” (GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. Apontamentos sobre alguns impactos do projeto neoliberal no processo de formação de tutelas jurídico-políticas. In: MARQUES FILHO, Agostinho Ramalho. *Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: EDIBEJ, 1996. p. 127-128).

a transferir, com vistas à eficiência na prestação de serviços, todas as atividades às entidades da administração indireta (descentralização) e às entidades de direito privado. Tal inspiração, como não poderia deixar de ser, não passou despercebida em nossa realidade: em 12 de abril de 1990 foi promulgada a Lei nº 8.031, a qual criou o assim chamado Plano Nacional de Desestatização.

Disseminou-se, portanto, por iniciativa do governo inglês de Margareth Thatcher, uma nova formatação estatal, de inspiração liberal, que intentava, a um só tempo, garantir a continuidade na prestação de serviços públicos essenciais à população e retomar a higidez da economia nacional.

O novo formato estatal, denominado Estado Subsidiário ou Estado Regulador, espalha-se pelo mundo a partir da década de 90 do século passado, quando vários países tentam implementá-lo para superar suas crises internas.¹¹

Nos dias atuais, o mundo vive uma fase de transição paradigmática, que impacta diretamente na noção de serviço público: alguns Estados já adotaram de forma plena (ou quase) o modelo Regulador;¹² outros encontram-se na transição entre o Estado Regulador e o Estado Social (ao que parece, este é o caso do Brasil); por fim, outros ainda permanecem no modelo Social, com fortes indicativos de que logo iniciarão reformas.

2.2 Estado subsidiário, regulação estatal e serviços públicos

Consoante anteriormente analisado, o atual cenário mundial parece sinalizar uma nova ruptura, uma nova quebra de paradigma com relação ao modelo estatal a ser adotado para fazer frente à pesada crise fiscal oriunda da assunção, pelo Estado de caráter Social, de mais fardos do que aqueles que sua estrutura poderia suportar.

Está-se vendo, então, o surgimento de uma nova modelagem estatal, mais corretamente denominada de Estado Subsidiário ou Estado Regulador. Nessa nova formatação, o Estado deixa de intervir diretamente nas esferas de seu interesse, prestando serviços públicos e desempenhando atividades econômicas por iniciativa própria, e passa a intervir notadamente de modo indireto em tais campos, por meio da atividade que se convencionou denominar de *regulação*.

¹¹ Foi o caso do Brasil, durante o governo de Fernando Henrique Cardoso, com a implementação do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, elaborado pelo então Ministro da Administração e Reforma do Estado, Luiz Carlos Bresser Pereira.

¹² É o caso dos Estados membros da União Europeia, por exemplo.

O Estado Regulador, portanto, como seu próprio nome já indica, corresponde a um modelo em que o ente estatal deixa de intervir *diretamente* no campo econômico e no campo social — como o faz o Estado Social, atuando diretamente mediante prestação de serviços públicos ou exercício de atividade econômica (por via de empresas públicas e sociedades de economia mista) —, para privilegiar uma metodologia de intervenção *indireta*: a regulação.

Nesta modalidade interventiva, o Estado se abstém, portanto, de prestar diretamente os serviços públicos e desempenhar atividades econômicas por sua conta, repassando tais responsabilidades aos particulares;¹³ todavia, assume o dever de regular tais atividades, o que pode ocorrer por diversas formas: regulamentação, fomentos, intervenção direta em hipóteses extremas e, como se verá adiante, abertura do mercado à concorrência. É nesse cenário que emergem as afamadas Agências Reguladoras, modelo surgido nos Estados Unidos da América com as *Independent Agencies*, entidades estatais dotadas de competência para exercer a regulação setorial (intervenção indireta), nos termos e nos limites da legislação que as instituir.

Nesse sentido, aduz Floriano de Azevedo Marques Neto:

Se assistimos a uma acelerada diminuição do intervencionismo direto do Estado, isso não significa dizer que, automaticamente, assistimos a uma diminuição de toda intervenção estatal no domínio econômico. [...] Paralelamente a este intervencionismo direto, podemos identificar outra ordem de intervenção estatal no domínio econômico, que designaríamos de intervencionismo indireto.¹⁴

Sobre a concepção de regulação, leciona Marçal Justen Filho que se trata de um

[...] conjunto ordenado de políticas públicas que busca a realização de valores econômicos e não econômicos, reputados como essenciais para determinados grupos ou para a coletividade em seu conjunto. Essas políticas envolvem a adoção de medidas de cunho legislativo e de natureza administrativa, destinadas a incentivar práticas privadas

¹³ Mediante delegação de serviço público ou privatização em sentido estrito.

¹⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 73-74.

desejáveis e a reprimir tendência individuais e coletivas incompatíveis com a realização dos valores prezados.¹⁵

Em sentido semelhante, para Alexandre Santos de Aragão, regulação

[...] é o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis.¹⁶

Na doutrina portuguesa, Vital Moreira propõe um conceito operacional de regulação econômica, ditando trata-se do “estabelecimento e a implementação de regras para a actividade económica destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado, de acordo com determinados objectivos públicos”.¹⁷ Digno de nota, por fim, o posicionamento de Egon Bockmann Moreira, que propõe uma nova classificação do tema, inserindo a actividade regulatória do Estado ao lado da intervenção em sentido estrito, ambas como espécies do gênero “intervenção *lato sensu*”.¹⁸

A regulação traduz, assim, a “pedra de toque do novo modelo de intervenção pública”,¹⁹ o método de atuação principal desse novo Estado, que deixa de prestar diretamente serviços públicos à população, mantendo-se na posição de regulador e fiscalizador da prestação cometida aos particulares. Esta postura estatal regulatória (ou seja, interventora indireta) encontra fundamento basilar no afamado princípio da subsidiariedade.

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 40.

¹⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 23, 37.

¹⁷ MOREIRA, *op. cit.*, p. 34.

¹⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. O direito administrativo contemporâneo e a intervenção do Estado na Ordem Econômica. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (Coord.). *Direito público: estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 257-281.

¹⁹ GONÇALVES, Pedro. *Regulação, electricidade e telecomunicações: estudos de direito administrativo da regulação*. Coimbra: Coimbra Ed., 2008. p. 12. Prossegue o autor, adiante na mesma obra: “Em traços gerais, essa intervenção consiste, por um lado, na definição das condições (normativas) de funcionamento das actividades reguladas, no cumprimento de uma função de ‘orientação de sistema’, e, por outro lado, no controlo da aplicação e observância de tais condições e na punição das infracções não criminais dos regulados” (*Ibidem*, p. 15).

Tal princípio deita suas raízes na Doutrina Social da Igreja Católica, tendo sido reproduzido nas mais diversas Encíclicas papais: *Rerum Novarum* (1891), *Quadragesimo Anno* (1931), *Mater et Magistra* (1961), *Pacem in Terris* (1963) e *Centesimo Anno* (1991). Debruçando-se sobre o princípio de modo bastante detido, informa Sílvia Faber Torres o atual sentido em que se configura a subsidiariedade:

Provinda sobretudo da Igreja Católica, a subsidiariedade foi oportunamente acolhida pelo direito público como princípio diretor de um sistema ideal de distribuição de competências ente a comunidade maior e a comunidade menor, pelo qual os poderes devem ser exercidos de forma mais próxima possível do cidadão, só devendo as instâncias superiores intervir em nome da eficácia e da necessidade.²⁰

Após constatar que a aplicação do princípio da subsidiariedade encontra maior significação e importância no âmbito público das relações entre Estado e sociedade civil, a autora emana sua compreensão acerca da dimensão hodierna do princípio:

É, pois, em sua formulação contemporânea, um princípio de divisão de competências e de cooperação, que procura definir os domínios próprios dos indivíduos, dos grupos intermédios e do Estado, exigindo que se atribuam as responsabilidades públicas às autoridades mais próximas dos cidadãos, que se encontram em condições de exercê-las de forma mais eficiente.²¹

De sua parte, Vania Mara Nascimento Gonçalves constata que a atual sociedade pluralista “exige uma maior participação da Sociedade Civil nos processos de acesso ao poder”. Em decorrência disso, “o Estado perde a exclusividade do poder e passa a reparti-lo com a Sociedade Civil, dentro da concepção do Princípio da Subsidiariedade”. O Estado abdica-se de seu papel de prestador direto de serviços e passa a ser um “Estado Regulador”, “Fomentador”, devendo atuar sempre subsidiariamente, visto que “tudo o que puder ser provido pela sociedade por seus próprios entes e seus respectivos meios, deverá sê-lo”.²²

²⁰ TORRES, Sílvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 34.

²¹ *Ibidem*, p. 35.

²² GONÇALVES, Vania Mara Nascimento. *Estado, sociedade civil e princípio da subsidiariedade na era da globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 149. Não é em sentido diverso o entendimento de Sílvia Faber Torres, para quem “O princípio da subsidiariedade, em sua formulação

Resume o quadro ora proposto Sílvia Luís Ferreira da Rocha:

No direito público o princípio da subsidiariedade serve para fundamentar uma nova concepção de Estado, no qual o papel do Poder Público deve ser delimitado com o fito de se resguardar a liberdade, a autonomia e a dignidade humanas. O princípio da subsidiariedade ressurge como justificativa de um Estado subsidiário — alternativo ao Estado do Bem Estar Social ou Providencial — que restringe o atuar do setor público, de um lado, ao incentivo e ao fomento da atividade individual e dos pequenos grupos, [...] e, de outro, quando a sociedade mostrar-se incapaz de satisfazer seus próprios interesses, à ajuda ou auxílio material [...].²³

Poucos foram os juristas que, como Diogo de Figueiredo Moreira Neto, demonstraram argumentação tão profunda para defender a aplicação do princípio no cenário atual de nosso Direito Administrativo. Relacionando a medida reformista da despolitização com o princípio da subsidiariedade, o autor conclui que este princípio aponta para a chamada “delegação social”, inferindo um dever de se devolver à sociedade todas as atividades que possam dispensar processamento e atuação pela via administrativa da burocracia.²⁴ Após isto, conclui o autor que “pela *delegação social*, o Poder Público retrai-se a uma atuação subsidiária da atividade gestora as entidades privadas, sempre que estas possam apresentar superiores condições de eficiência”.²⁵

Constatou Sílvia Faber Torres que o princípio da subsidiariedade “ressurge como justificativa de um Estado subsidiário em alternativa ao Estado intervencionista”,²⁶ no que foi seguida por Vania Mara Nascimento Gonçalves, ao dissertar que “por meio do reforço dessas organizações, abre-se uma oportunidade para mudança do perfil do Estado paternalista para o Estado Subsidiário”. Destarte, ao invés de um Estado que somente age diretamente

contemporânea, vem fundamentar o papel subsidiário do Estado em relação à sociedade, e, de um ponto de vista jurídico, indicar parâmetros para uma distribuição de competências e de poderes [...], cabendo-lhe nortear [...] o âmbito de atuação estatal. Ele vem, em suma, na esteira do processo de redimensionamento do Estado, conferir primazia à sociedade civil [...]” (TORRES, *op. cit.*, p. 37).

²³ ROCHA, Sílvia Luís F. *Terceiro Setor*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 19.

²⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 240.

²⁵ *Idem*.

²⁶ TORRES, *op. cit.*, p. 190.

ou de um Estado que renuncia às suas responsabilidades, deve ser dada pre-
mência a um novo modelo estatal, Subsidiário, que proteja os direitos sociais
financiando e fiscalizando as organizações que o prestem.²⁷

Contudo, também são muitos os partidários da corrente oposta, que cri-
tica de modo contundente a utilização do princípio da subsidiariedade como
norte para uma nova compreensão da dimensão estatal.²⁸

Entretanto, independentemente da postura que se adote com relação
ao princípio em referência — e, conseqüentemente, ao próprio modelo es-
tatal regulatório que nele se fundamenta —, fato é que a subsidiariedade
garante o aporte teórico necessário ao florescer da lógica do novo modelo
estatal regulador.

Desponta como essencial, em tal panorama, a caracterização da regu-
lação estatal enquanto forma racional de ordenação dos diversos setores de
interesse econômico, social e cultural.²⁹ Por meio da regulação, o Estado, visto
como ente regulador, passa a orientar a política a ser aplicada às áreas que
careçam de maiores cuidados, intervindo sempre que necessário para assegu-
rar a estrita observância do interesse público (primário)³⁰ supremo. Trata-se do
que parcela da doutrina denomina de “paradigma da intervenção sensata”.³¹

Para a efetivação da atividade (administrativa)³² regulatória, são inú-
meros os instrumentos de que o Estado lança mão com vistas à ordenação

²⁷ GONÇALVES, *op. cit.*, p. 180.

²⁸ Neste momento, entretanto, não se tecerá considerações mais aprofundadas sobre o tema,
que será alvo de análise adiante, bastando pinçar, apenas a título de exemplificação, o posi-
cionamento de Emerson Gabardo, que assim pondera: “A reestruturação dos serviços sociais
deveria pautar-se por uma visão diferente daquela inerente à mentalidade predominante e
atualmente reconhecida pelo Direito brasileiro e que não somente significa um equívoco de
princípio [referindo-se à adoção do princípio da subsidiariedade] como promove uma prática
eficiente [reportando-se ao princípio da eficiência]” (GABARDO. *Interesse público...*, p. 151).

²⁹ Análises mais aprofundadas do tema fazem, *v.g.*: MOREIRA, *op. cit.*; SALOMÃO FILHO, Calixto.
Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos. São Paulo: Malheiros,
2008; POSNER, Richard. A. *Theories of Economic Regulation. The Bell Journal of Economics and
Management Science*, v. 5, n. 2, p. 335-358, 1974; dentre outros nomes de igual relevância.

³⁰ Conforme definição de Renato Alessi: *Principi di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1996.
A relação entre regulação estatal e interesse público é realizada de modo magistral em:
MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Ma-
lheiros, 2002.

³¹ MOREIRA, Egon Bockmann. O direito administrativo da economia, a ponderação de interesses
e o paradigma da intervenção sensata. In: MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLAR, Leila. *Estudos
de direito econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. v. 1, p. 53-98.

³² O enquadramento da atividade regulatória como autêntica atividade administrativa é realiza-
do de modo brilhante em: GONÇALVES. *Regulação...*; e também em LOREDANA, Giani. *Attività
amministrativa e regolazione di sistema*. Turim: Editora 137, 2002.

setorial, conforme as necessidades e as peculiaridades de cada setor socioeconômico. Floriano de Azevedo Marques Neto menciona como exemplos o fomento, a regulamentação, o monitoramento, a mediação, a fiscalização, o planejamento e a ordenação da economia.³³

Um dos campos mais sensíveis à intervenção estatal regulatória atual é, certamente, o dos serviços públicos. Nesse ponto, o ideário do Estado Regulador sugere que o ente estatal deixe de prestar diretamente as atividades enquadradas como serviço público, ante a insuficiência e a ineficiência da máquina estatal, delegando-as aos particulares, e que, em contrapartida, mantenha-se na posição de supervisor de tais atividades — posição que, no regime brasileiro, deveria ser ocupada primordialmente pelas agências reguladoras, autarquias estatais dotadas de regime especial.

A grande intenção dessa nova modelagem estatal no campo dos serviços públicos, como se aprofundará no próximo tópico, foi promover a desmonopolização dos setores econômico-sociais (em destaque os setores de infraestrutura), retirando-se do Estado a incumbência de prestar diretamente os serviços e autorizando, assim, a abertura do setor para a concorrência privada (ainda que regulada), o que — em tese — proporcionaria melhoras na prestação dos serviços e, conseqüentemente, no atendimento à população e na concretização dos anseios encartados na Constituição republicana.

Sobre o tema, aduz Alexandre Nester que, a partir da década de 90 do século passado

[...] estabeleceu-se no Brasil um novo paradigma, de abertura do mercado à livre iniciativa e à livre competição, com o qual não se coadunam as ideias de monopólio e reserva de mercado. Estabeleceu-se com vigor a ideia de livre iniciativa como propulsora da economia e do novo papel do Estado como agente planejador, fomentador, fiscalizador e coibidor das anormalidades do mercado. [...] Nesse modelo, ampliam-se os campos para atuação regulatória do Estado.³⁴

De sua parte, leciona Gaspar Ariño Ortiz que o processo de “privatização” implica uma mudança de tarefas, de papéis, entre Estado e sociedade. E

³³ MARQUES NETO. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD (Coord.). *Direito administrativo econômico*, p. 74.

³⁴ NESTER, Alexandre Wagner. A inserção do regime concorrencial nos serviços públicos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 461.

prosegue afirmando que “de economías cerradas, presididas por una empresa pública protegida y una empresa privada subsidiada, se ha pasado a economías de iniciativa privada y de mercado libre, abiertas progresivamente a la inversión y a la competencia [...]”³⁵

Com a retirada do Estado da prestação direta dos serviços públicos, promoveu-se conseqüentemente a derrocada dos clássicos monopólios estatais em setores como o da eletricidade e das telecomunicações (exceto nos segmentos onde não há monopólio natural, por óbvio), e a política regulatória estatal passou a privilegiar a abertura setorial à concorrência privada, regulando-a de modo a garantir a observância do regime jurídico mais adequado para a prestação das atividades que, qualificadas como serviços públicos, denotam amplo interesse público em sua concretização.

3 Serviço público e concorrência

Como analisado acima à exaustão, a passagem paradigmática do Estado Social (Providência) para o Estado Subsidiário (Regulador) — passagem ainda em curso — traz consigo uma importante alteração na lógica interventiva estatal.

No campo das atividades econômicas, consagrou-se a livre iniciativa e a subsidiariedade da atuação estatal direta (a exemplo do art. 173 da Constituição Federal de 1988). No campo dos serviços públicos, a Administração Pública impulsionou o chamado processo de *privatização*,³⁶ no qual o Estado (i) delega a prestação direta das atividades sob sua responsabilidade aos particulares (a chamada privatização imprópria); e (ii) retira a atividade em questão do campo do serviço público, tornando-a livre à iniciativa privada (a chamada privatização em sentido estrito).

Em ambos os casos, o Estado retira-se do papel de prestador direto de atividades qualificadas como serviços públicos, passando a exercer uma intervenção indireta em tais atividades, função esta que, como visto, convencionou-se denominar de regulação. Tal atividade regulatória pode assumir diversas facetas, de acordo com o setor a ser regulado e com os interesses estatais em referido campo econômico-social.

³⁵ ORTIZ, Gaspar Ariño. La liberalización de los servicios públicos en Europa: hacia un nuevo modelo de regulación para la competencia. In: ORTIZ, Gaspar Ariño; CASSAGNE, Juan Carlos. *Servicios públicos, regulación y renegociación*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2005. p. 9.

³⁶ Expressão aqui compreendida em seu sentido genérico, como sinônimo do que a doutrina — sobretudo europeia — denomina *despublicatio*.

Resume Maria João Pereira Rolim:

No atual panorama de reordenação de serviços públicos, com o processo de desestatização e regulamentação e com introdução de competição em determinadas fases dessas atividades, os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência demandam uma interpretação que equilibre o sentido que lhes impõe nosso ordenamento jurídico com a realidade desses setores econômicos “sensíveis”.³⁷

Dentre as várias modalidades regulatórias, ocupa posição de destaque a regulação pró-concorrencial, cerne do presente estudo.

3.1 Regulação e concorrência

Resta, finalmente, analisar a concorrência, temática de relevância crescente nos dias atuais — notadamente se for levada em conta a primordialidade dos serviços públicos (agora abertos à lógica concorrencial) para a satisfação das necessidades mais básicas da população.

A concorrência, como quer parecer intuitivo, é um desdobramento da livre iniciativa, ou, se se preferir, um corolário da livre entrada de agentes de mercado, e é consagrada em sua forma mais pura (a livre concorrência) no texto constitucional brasileiro de 1988, enquanto princípio fundamental da ordem econômica brasileira (art. 170, IV). Exprime a ideia de que, num determinado setor dentro do campo econômico, os agentes podem atuar individualmente na disputa pela conquista de seus mercados, orientando suas condutas por aquelas tomadas pelos demais, e não detêm o poder de afetar, individualmente, a conduta dos outros concorrentes. O preço é um dado decorrente da interação entre oferta e procura.³⁸

Não se deve, no entanto, pensar automaticamente a expressão “concorrência” como sendo sinônimo de “livre concorrência”, princípio fundante da ordem econômica nacional, posto que o adjetivo “livre” qualifica sobremaneira a situação do mercado: será livre a concorrência nos casos em que o Estado não pretenda exercer sua atividade regulatória, deixando de intervir na atuação dos privados em determinado segmento do mercado (quer por não deter interesse na atividade, quer por motivos outros quaisquer).

³⁷ ROLIM, Maria João Pereira. *Direito econômico da energia elétrica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 198.

³⁸ Nesse sentido, *vide*: NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Maria Manuel Leitão Marques oferece um indicativo para a diferenciação:

Em suma, os mercados não regulados são os que estão apenas sujeitos à regulação transversal de defesa da concorrência ou de protecção do consumidor e não a uma regulação específica e sectorial para o acesso ou o exercício da actividade.³⁹

A concorrência que não é “livre”, portanto, reporta-se a um ambiente concorrencial (estatalmente) regulado. Aqui reside o cerne da pesquisa ora proposta.

A regulação estatal pode assumir, como visto, diversos matizes. Em alguns casos, o Estado pode optar por fomentar determinada atividade, de modo que os atores (tanto no campo social quanto no campo econômico) sintam-se motivados a ingressar no setor, atuando diretamente ou mediante financiamento e, assim, suprindo uma carência na prestação estatal direta.⁴⁰

Noutros casos, o Estado pode optar por simplesmente regular *em sentido estrito* a atividade em questão, mediante edição de regulamentos que deem conta de estabelecer os critérios para a prestação privada dos serviços públicos ou para o desempenho da atividade econômica. É o que ocorre na maioria dos setores infraestruturais no Brasil: o Poder Público edita legislação determinando as bases da atuação a ser efetuada no setor, aproveitando para criar a agência reguladora que será responsável, nos termos da lei em questão, por editar os regulamentos necessários à pormenorização legal, estabelecendo as normas técnicas a serem observadas pelos agentes (públicos e privados) para proporcionar um serviço público adequado.

Nesse campo legal, há várias atitudes passíveis de normatização pelo Estado para a regulação de determinada atividade, a ser posteriormente pormenorizada pela atuação da agência reguladora independente. Uma delas — e talvez a mais importante nos dias atuais — é a extinção dos monopólios estatais, com conseqüente abertura do mercado à concorrência (regulada) entre agentes privados interessados no setor.

A quebra dos antigos monopólios estatais, com conseqüente abertura à concorrência regulada, é uma das marcas mais evidentes e contundentes

³⁹ MARQUES, Maria Manuel Leitão. O acesso aos mercados não regulados e o direito da concorrência. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 306, abr./jun. 2003.

⁴⁰ Sobre o tema, cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. O serviço público e as suas crises. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 421-440.

da passagem paradigmática anteriormente referida, do modelo estatal social para o modelo pós-social ou regulador. Nessa óptica, o Estado assume sua ineficiência⁴¹ na prestação de serviços públicos (notadamente de cunho infra-estrutural, que demandam constante e vultoso aporte de recursos), e, conseqüentemente, opta por repassar a responsabilidade pela prestação direta de tais serviços ao setor privado — processo que se denomina *privatização*⁴² — mantendo-se na postura de regulador da atividade/serviço.

Essa fase da quebra dos monopólios estatais e conseqüente abertura dos mercados (notadamente dos serviços públicos infraestruturais) à concorrência tem sido alvo de intensas considerações por parte da doutrina nacional no ramo do Direito Administrativo Econômico, a ser aprofundada no tópico seguinte. O importante a ser frisado, aqui, é a aproximação entre a concorrência e a regulação.

A ideia recorrente e (com o máximo respeito) errônea de que só há concorrência onde não há regulação contribui sobremaneira para um indevido afastamento de ambos os institutos. Imagina-se que, nos setores onde há intervenção estatal indireta mediante atuação regulatória, é impensável a existência de um ambiente concorrencial, com espeque na aparente contradição entre concorrência e intervenção estatal.

É preciso notar, por oportuno, que esta aparente oposição tem origem provável na falsa correspondência, feita por alguns, entre “concorrência” e “livre concorrência”, nos termos do acima informado. Contudo, deve-se desde já compreender que mesmo o estabelecimento da livre concorrência em determinada atividade pode ter sido ditado pelo Estado em algum momento que o justificasse. Quanto à concorrência regulada (ambiente concorrencial em que há intervenção estatal regulatória), não há como negar uma aproximação entre os institutos.⁴³

⁴¹ Se tal ineficiência existe ou não, pouco importa para os fins aqui pretendidos: o Estado de matiz pós-social a assumiu para efetuar a transferência de parcela de suas responsabilidades ao setor privado, mantendo-se na posição de regulador da atuação privada.

⁴² A privatização, como já analisado anteriormente, possui dois significados: será própria quando envolver a passagem da *titularidade* do serviço ao privado, como no caso das companhias CSN e VALE; será imprópria quando envolver somente a passagem da *execução* do serviço ao privado, com manutenção da titularidade estatal sobre a atividade — trata-se das hipóteses de delegação de serviço público (concessão e permissão — para parcela da doutrina, também a autorização, em certos casos).

⁴³ Tal noção, evidentemente, não retira a possibilidade de o Estado exercer políticas regulatórias de restrição à concorrência, apenas afasta o aparente (e falso) antagonismo entre regulação e concorrência. No que diz respeito às restrições regulatórias à concorrência, cf.: JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Restrições regulatórias à concorrência*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

Veja-se, senão, o pensamento de Maria Manuel Leitão Marques *et al.*:

Aparentemente, regulação sectorial e regras de defesa da concorrência visam objectivos diferentes e até opostos. [...] Contudo, a realidade não é assim tão linear. Primeiro, porque há formas de regulação que não afectam a concorrência. Depois, porque a regulação também pode servir para promover a concorrência.⁴⁴

Fernando Herren Aguillar, que de forma interessante denomina o Estado Regulador de “Estado Demiurgo”, faz a seguinte análise:

O Estado até hoje se dedicou a impedir abusos anticoncorrenciais num ambiente de liberdade de iniciativa, em relação a atividades livres às empresas privadas. Agora o Estado pretende estender esse controle a ambiente novo, relacionado a atividades que anteriormente eram desempenhadas preferencialmente pelo Estado. Porém, essa regulação anticoncorrencial em matéria de serviços públicos é muito peculiar.⁴⁵

E, adiante, o mesmo autor denota que “há uma profunda transformação do regime jurídico da prestação dos serviços públicos, na medida em que se introduz a técnica de *regulação pela concorrência*, que exige a presença do Estado e não sua omissão”.⁴⁶

Fica fácil aperceber-se, pois, que a concorrência enquanto instituto não é noção contraposta ou incompatível com a regulação. Ao contrário, pode ser encarada — e aí reside sua maior utilidade — como um dos mais importantes instrumentos passíveis de serem utilizados pelo Estado na ordenação da atividade alvo da política regulatória.

Sobre o tema, digno de nota o posicionamento de Alexandre Santos de Aragão, para quem

[...] não apenas no âmbito dos serviços públicos, mas a fortiori na sua seara, a concorrência não é um valor em si, constituindo, outrossim, um instrumento da realização mais perfeita possível dos objetivos

⁴⁴ MARQUES, Maria Manuel Leitão *et al.* Regulação sectorial e concorrência. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, p. 187-188, jan./mar. 2005.

⁴⁵ AGUILLAR, *op. cit.*, p. 277-278.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 281, grifou-se.

dos serviços públicos. A concorrência só será legítima enquanto atingir estes objetivos. [...] Em outras palavras, se deve proceder a abertura à iniciativa privada sempre que a concorrência ensejar uma satisfação destas necessidades de maneira melhor ou pelo menos igual à que propiciaria a prestação dos serviços públicos em regime não-concorrencial.⁴⁷

Trata-se da fundamental noção de *concorrência-instrumento*, bem traduzida por Maria João Pereira Rolim:

A concorrência como fundamento da ordem econômica somente se justifica à medida que trouxer benefícios para o consumidor e servir como um valor-meio, ou seja, um instrumento de realização de uma política econômica cujo escopo principal seja o de estimular todos os agentes econômicos a participarem do desenvolvimento do País como um todo.⁴⁸

Nessa aproximação, a concorrência aparece como forma de potencialização da prestação de serviços públicos, ou melhor, de garantia da concretização máxima de direitos fundamentais, beneficiando sobremaneira os “usuários” dos serviços de relevância econômico-social. A concorrência surge como instrumento da política regulatória estatal, com o mote de eliminar os malefícios do antigo regime monopolístico em que o Estado era o único prestador do serviço.

Marçal Justen Filho tece caras ponderações sobre o tema:

O único fundamento apto para justificar juridicamente a redução da intervenção estatal, a supressão de monopólios e exclusividades e a introdução de mecanismos de mercado reside na constatação prática de que tais soluções ampliam os benefícios para coletividade e produzem resultados mais satisfatórios do que qualquer outra alternativa.⁴⁹

No mesmo sentido, pondera Gaspar Ariño Ortiz:

[...] no quiere decir que estemos ante una actividad “libre”, como cualquier otra actividad industrial o comercial. Las actividades de interés

⁴⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços Públicos e Concorrência. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 70-71, abr./jun. 2003.

⁴⁸ ROLIM, *op. cit.*, p. 206.

⁴⁹ JUSTEN FILHO. *Teoria geral das concessões de serviço público*, p. 44.

económico general siguen siendo “esenciales” [...] y justamente por ello son y seguirán siendo siempre “actividades reguladas”. Pero la regulación, ahora, no viene a sustituir al mercado, sino a hacerlo posible, a recrearlo. Es una “regulación para la competencia”.⁵⁰

Com o estabelecimento do regime concorrencial em determinados setores econômico-sociais (notadamente os de infraestrutura), o Estado garante que, no mercado, vários agentes em potencial atuem de modo independente. Ao mesmo tempo, afasta-se o fantasma dos monopólios e oligopólios, bem como se evita a formação de cartéis e demais aglutinações corporativas maléficas.⁵¹ Para Ortiz, a reforma deve consistir exatamente nisso: introduzir mais competição nos aspectos ou atividades onde for possível e revisar ou reformar o sentido da regulação, orientando-a à recriação do mercado.⁵²

É o que ocorreu recentemente no Brasil com os setores de energia e, principalmente, de telecomunicações, classicamente formados em regime de monopólio estatal (Eletrobras e Telebras), onde houve o estabelecimento de regime concorrencial regulado. Pedro Gonçalves, acerca do setor elétrico, afirma:

Do mesmo modo que, ao longo de todo o século XX e por toda a Europa, a dependência da rede explicou e justificou o monopólio público, agora aquela mesma circunstância explica, justifica e reclama uma regulação pública; regulação que visa a garantia da abertura da rede a terceiros.⁵³

Ao incentivar e promover a instauração do regime concorrencial, destarte, o Estado afasta os efeitos perversos do regime monopolístico, garantindo ampla competição (ainda que regulada) no mercado.⁵⁴ Esse fenômeno foi

⁵⁰ ORTIZ. La liberalización de los servicios públicos en Europa: hacia un nuevo modelo de regulación para la competencia. In: ORTIZ; CASSAGNE. *Servicios públicos, regulación y renegociación*, p. 15.

⁵¹ No que contribui o CADE – Conselho Administrativo de Defesa da Ordem Econômica.

⁵² ORTIZ. La liberalización de los servicios públicos en Europa: hacia un nuevo modelo de regulación para la competencia. In: ORTIZ; CASSAGNE. *Servicios públicos, regulación y renegociación*, p. 21.

⁵³ GONÇALVES, Pedro. As concessões no sector elétrico. *Temas de Direito da Energia*, Coimbra, n. 3, p. 191, 2008.

⁵⁴ É evidente — e isso nem se necessitaria dizer — que a concorrência somente poderá ser estabelecida em atividades que a comportem. Em certos casos, não há como se promover a concorrência em virtude dos chamados “monopólios naturais”, situações em que, pela própria natureza da atividade, é economicamente mais viável manter um regime de caráter monopolista. No entanto, nos casos em que o serviço puder ser prestado em cadeia (como é o caso dos serviços de matiz energética), ainda assim é possível o estabelecimento da concorrência nos segmentos em que o monopólio não se justificar, mediante utilização de técnicas como a desagregação vertical (*unbundling*), combinada com o compartilhamento de infraestruturas (*essential facilities*).

bem compreendido por Maria Manuel Leitão Marques, para quem “o objectivo atual da regulação é sobretudo a criação de uma estrutura de mercado que permita manter a concorrência”.⁵⁵

Inafastável, portanto, a afirmação de que a concorrência pode ser um instrumento de regulação, passível de utilização pelo Estado sempre que as características de determinado setor (social ou econômico) se mostrarem propícias para o ingresso benéfico de novos agentes atuando em paralelo. Tal lógica aplica-se perfeitamente ao campo dos serviços públicos — e na realidade foi pensada primordialmente para tal setor, como decorrência do ideário pós-social.

3.2 Concorrência nos serviços públicos: propostas para uma quebra do princípio da titularidade estatal exclusiva

Todas as ponderações anteriormente efetuadas têm sua foz no tema ora tratado, condizente com a aplicabilidade da lógica regulatória concorrencial no campo dos serviços públicos.

Não é fácil a tarefa de definir, de modo estanque e sem margem a erros, o que é serviço público. Na seara doutrinária, é possível identificar uma enorme variedade de *noções* de serviço público, mesmo que se restrinja a análise ao território tupiniquim. Tanto é assim que a doutrina (nacional e estrangeira) prefere falar em *critérios* para a definição de um serviço público do que lançar desde já uma definição do termo em si.

Refletindo tal impasse, Alexandre Santos de Aragão afirma que há “serviços públicos” que, ontologicamente, poderiam pertencer, inclusive, a outra esfera, pública ou privada, mas que em determinada conjuntura histórica e política o poder constituinte (ou mesmo o legislador infraconstitucional) entendeu que o Estado deveria tomar a atividade como sua, como *serviço público*.⁵⁶ Não é em sentido diverso a observação de Marçal Justen Filho, que afirma ser “impossível formular um conceito genérico de serviço público com aspiração a uma validade universal”, já que “cada conceito reflète as características de um ordenamento jurídico, num determinado momento histórico”.⁵⁷

Assim sendo, fica fácil compreender que não há propriamente um serviço público assim caracterizado apenas por sua natureza ou por sua essência, ainda que verificável, de certo modo, determinada *vocação da atividade para*

⁵⁵ MARQUES. Regulação sectorial e concorrência. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, p. 189.

⁵⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 132.

⁵⁷ JUSTEN FILHO. *Teoria geral das concessões de serviço público*, p. 17.

ser serviço público. É mediante uma *decisão política*, positivada na Constituição Federal ou na lei ordinária editada em observância às diretrizes constitucionalmente estabelecidas, que determinadas atividades serão *qualificadas como serviços públicos*.⁵⁸

Independentemente desse fator, é certo que os serviços públicos têm passado por uma contundente remodelagem nos dias atuais, o que se deve principalmente à influência do ideário subsidiário/regulador, anteriormente analisado à exaustão. Assim, características classicamente atribuídas aos serviços públicos pela Escola do Serviço Público francesa do século XIX foram sendo paulatinamente abrandadas, o que fez, inclusive, alguns cogitarem na trágica “morte do serviço público”.⁵⁹

Fato é que, nessa nova óptica, bem avaliada a noção de concorrência, vinculando-a ao ideário do Estado Regulador, como feito acima, pode-se perfeitamente aplicar sua lógica à prestação de atividades encaradas como serviços públicos. E, como se verá, tais fatores podem autorizar o rompimento de um tradicional princípio — elaborado em sede doutrinária — do Direito Administrativo: trata-se do princípio (quase dogma) da exclusividade da titularidade estatal sobre as atividades que se enquadram como serviços públicos.⁶⁰

A Constituição de 1988 procede a uma rígida repartição de competências em matéria de serviço público: as competências atribuídas à União encontram-se no art. 21 da Carta Constitucional, e foram de certa forma ampliadas pela Lei nº 9.074/1995. No que concerne aos Estados-Membros, a competência para a prestação de serviços públicos é, na dicção do art. 25, §1º, da CF/88, determinada por exclusão: é de competência do Estado a prestação de serviços públicos que não sejam de competência da União ou do Município. Resta expressa, no entanto, no §2º do mesmo dispositivo legal, a competência estadual para explorar os serviços de gás canalizado. Aos Municípios, finalmente,

⁵⁸ GROTTI. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 88.

⁵⁹ “O serviço público é merecedor de um grande elogio já que foi um instrumento de progresso e também de socialização, especialmente nos estados pobres, a quem permitiu melhorar a situação de todos. Mas seu ciclo terminou. Cumpriu sua missão e hoje — como disse José Luis Villar — é necessário dar-lhe um digno enterro” (ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de derecho público económico*. Granada: Fundación de Estudios de Regulación, 1999. p. 550, tradução livre).

⁶⁰ “A titularidade estatal é aventada, neste sentido, como um dos elementos definidores dos serviços públicos e corresponderia a uma *publicatio* da atividade, vista como o elemento a permitir que a atividade apenas seja desempenhada pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, *interditando-se aos demais particulares o direito de ter a iniciativa de explorar a mesma atividade ou outra concorrente do ponto de vista material*” (SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 89).

competete a prestação de serviços de interesse local, conforme previsão do art. 30, da Carta Magna. O constituinte estabeleceu, ainda, um catálogo de competências comuns aos entes federativos em matéria de serviço público, dentre os quais se situam, em destaque, os serviços de saúde (art. 198) e os de ensino (art. 211).

A doutrina jus-administrativista pátria dominante posiciona-se no sentido de que o elenco de serviços públicos repartidos pela Carta Constitucional, acima descrito, comporta rol de serviços de titularidade exclusiva do Poder Público, somente podendo ser prestados pelos particulares mediante delegação — a qual, como cediço, mantém a *titularidade* do serviço nas mãos do Estado.

No Brasil, tal corrente é encabeçada pelo ilustre administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello, que leciona que os serviços públicos constituem “atividades materiais que o Estado, inadmitindo que possam ficar simplesmente relegadas à livre iniciativa, assume como próprias”. Prossegue atestando que, “salvo algumas exceções ao diante referidas (educação, previdência social e assistência social), estão excluídas da esfera do comércio privado”, de modo que para o autor “as atividades em questão *não pertencem à esfera da livre iniciativa*, sendo estranhas, então, ao campo da exploração da atividade econômica”⁶¹

Reproduzindo tal visão (mas não de forma acrítica), Marçal Justen Filho, após alertar que a exclusividade não é uma derivação inerente ao conceito de serviço público,⁶² refere que “segundo os conceitos clássicos do direito administrativo, o serviço público é de titularidade do Estado, ainda que sua gestão possa ser atribuída a particulares [...] Nem se poderia cogitar de livre concorrência, pois a titularidade estatal se retrata no monopólio estatal”⁶³

Nesse modo de encarar o assunto, a previsão de tais atividades entre o catálogo de competências dos entes federativos faria com que elas estivessem excluídas do rol de atividades econômicas em sentido estrito. Noutras palavras: a atribuição constitucional dos serviços públicos aos entes estatais impede que eles sejam titularizados pelos particulares.

⁶¹ MELLO. *Curso...* p. 664. No mesmo passo caminham, por exemplo, Dinorá Adelaide Musetti Grotti, para quem “o art. 21 lista atividades que somente podem ser desempenhadas diretamente pela União ou mediante autorização, permissão ou concessão, o que importa necessariamente no reconhecimento de que são serviços públicos” (GROTTI. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 91-92); e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que assenta que “a Constituição Federal continua a atribuir atividades ao poder público, com caráter de exclusividade, como ocorre, por exemplo, com o artigo 21; e continua a prever, como encargo do Estado, a prestação de serviço público, nos termos do artigo 175” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 98).

⁶² JUSTEN FILHO. *Curso...* p. 608.

⁶³ *Ibidem*, p. 607.

Todavia, propõe-se aqui ventilar corrente doutrinária nova, ainda em ebulição, a qual aponta que os dispositivos constitucionais acima citados não atestam a exclusividade da prestação estatal com relação à *atividade* que se identifica com a natureza do serviço público prestado, como entende a doutrina majoritária nacional. Ao contrário, os dispositivos constitucionais citados consagram e acabam por garantir apenas a titularidade exclusiva sobre o *serviço público* em si, que corresponde a determinada atividade econômica em sentido *lato*.

Este posicionamento oferece respostas às indagações realizadas pela afamada estudiosa dos serviços públicos no Brasil, Dinorá Musetti Grotti, que se pergunta “Em que medida o fato de a Constituição eleger um serviço como de titularidade estatal impede (ou não) a utilização do regime privado? Impede ou não a adoção do mecanismo de mercado?”.⁶⁴

Nesse sentido, pondera Adriana Schier:

[...] entende-se ser possível argumentar que o art. 21, e os demais dispositivos da CF/88 que tratam da imputação de competências aos entes federativos, no que se refere à titularidade de serviços, o fazem com o objetivo de legitimar a sua atuação em tais áreas, mas sem ter o alcance de impedir a sua exploração pela iniciativa privada.⁶⁵

Posicionamento idêntico é defendido por Vitor Rhein Schirato, em recente obra resultante de sua tese de doutoramento, para quem é “infundada a invocação de uma inaplicabilidade das normas do direito da concorrência aos serviços públicos”, eis que nem o regime jurídico de direito público e nem a titularidade estatal predicam “qualquer forma de exclusividade que possa afastar as regras do direito da concorrência”.⁶⁶ O autor, adiante na obra, assenta:

Diante da locução tão clara do artigo 175 da Constituição Federal, parece-nos evidente que não há, no bojo do texto constitucional, qualquer disposição que determine que os serviços públicos tenham que ser prestados em regime de exclusividade, seja estatal, seja de um delegatário privado. [...] Parece-nos equivocado, repise-se, afirmar que uma atividade, por que constitui um serviço público, *ipso iure*, é

⁶⁴ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 71.

⁶⁵ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Regime Jurídico do Serviço Público: garantia fundamental do cidadão e proibição de retrocesso social*. Tese (doutoramento) – Universidade Federal do Paraná, 2009. p. 56.

⁶⁶ SCHIRATO, *op. cit.*, p. 149.

reserva *in totum* ao Estado, afastando por completo a livre iniciativa e predicando uma exclusividade na sua prestação.⁶⁷

Destarte, no posicionamento desta corrente doutrinária, não há no sistema normativo nacional vigente disposição expressa — sequer no texto constitucional — que atribua ao Estado, com exclusividade, a titularidade *das atividades* assim definidas como “serviços públicos”, qualquer que seja sua espécie. Haveria, sim, disposição constitucional expressa garantindo ao Estado a exclusividade da titularidade *do serviço público em si*: o art. 175 da Constituição parece ser suficientemente claro ao prever tal orientação.

Para compreender tal raciocínio, é imperioso anotar como premissa a distinção elaborada pela doutrina entre *serviço público* e *atividade econômica*.

Para Eros Grau, difusor maior da distinção em solo pátrio, os serviços públicos nada mais são que atividades prestacionais vocacionadas a fornecer aos cidadãos recursos escassos. Exatamente por esse motivo, integram o rol das atividades econômicas, numa relação entre gênero e espécie: atividade econômica é gênero que comporta duas espécies, atividade econômica em sentido estrito e serviço público.⁶⁸ Aquela explorada pelo particular em regime de direito privado visando ao lucro; este titularizado pelo Estado, sob regime de direito público, para satisfação das necessidades dos cidadãos.

O jurista paranaense Marçal Justen Filho retoma tal classificação, atribuindo igualmente ao serviço público a natureza de atividade econômica. Acrescenta à dicotomia um dado relevante: para o autor, enquanto os serviços públicos se tipificam por serem atividades dirigidas à satisfação de modo direto e imediato ao princípio da dignidade da pessoa humana, as atividades econômicas em sentido estrito estariam caracterizadas pela possibilidade de exploração econômica lucrativa (quer pelos particulares, quer pelo Estado nas hipóteses constitucionalmente previstas).⁶⁹

É possível afirmar, portanto, que o serviço público é espécie do gênero atividade econômica, ao lado da outra espécie, que é a atividade econômica em sentido estrito.⁷⁰ Numa análise simplista, a diferença entre ambas as espécies

⁶⁷ *Ibidem*, p. 183-184.

⁶⁸ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 92-155.

⁶⁹ JUSTEN FILHO. *Teoria geral das concessões de serviço público*, p. 31. Para o autor, “o núcleo do conceito de atividade econômica em sentido estrito é a racionalidade econômica, visando à obtenção do lucro segundo o princípio do utilitarismo” (*Idem*, p. 32).

⁷⁰ A distinção foi originalmente proposta em: GRAU, *op. cit.*, p. 92-155.

(serviço público e atividade econômica em sentido estrito) parece fundar-se apenas na titularidade da atividade e, conseqüentemente, no regime jurídico de sua prestação. Nessa aproximação, o serviço público nada mais seria do que uma atividade econômica em sentido estrito com regime jurídico alterado, por imposição constitucional.

Não é diverso o entendimento de Emerson Gabardo, para quem “o serviço público nada mais é do que uma atividade econômica em sentido estrito que teve seu regime jurídico alterado, mediante uma ação imperativa do Estado ao torná-lo típico”.⁷¹ E conclui: “como atividade econômica qualquer, submetia-se ao regime jurídico de Direito privado [...] Diferentemente, como serviço público propriamente dito, será conduzido pelo regime jurídico de Direito público [...]”.⁷²

Ora, parece claro notar então que, adotando-se a posição tradicional acerca do princípio da exclusividade da titularidade estatal sobre a *atividade* qualificada como serviço público, fica imposta desde já e *a priori* uma limitação ao princípio da livre iniciativa, já que a definição constitucional de uma atividade como serviço público implica a sua automática exclusão do âmbito das atividades econômicas em sentido estrito.

Feição mais grave ainda assume tal afirmação ao se considerar que, para a doutrina administrativista pátria dominante, o rol de serviços públicos constantes da Constituição não é exaustivo, podendo ser criados novos serviços públicos por lei infraconstitucional.⁷³

Como bem discorreu Adriana C. Schier, “[...] adotando-se a posição tradicional, a definição de uma dada atividade como serviço público impõe uma limitação ao princípio da livre iniciativa, já que implica a sua exclusão do âmbito das atividades econômicas em sentido estrito”.⁷⁴

Ora, conjugada a possibilidade de criação de serviços públicos por lei infraconstitucional com a consagração do princípio (doutrinário) da exclusividade da titularidade estatal dos serviços públicos, nota-se evidente ofensa a outro princípio que possui *status* constitucional: o da livre iniciativa. E aí, como bem notou Adriana Schier, surge um dilema: ou se admite que a atividade tomada como serviço público não impede sua exploração pela iniciativa privada

⁷¹ GABARDO, Emerson. *O jardim e a praça: para além do bem e do mal*. 409 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. f. 120.

⁷² *Idem*.

⁷³ Tal postura é encontrada em, v.g.: MELLO. *Curso...* p. 126; e ROCHA, *op. cit.*, p. 20-21.

⁷⁴ SCHIER, *op. cit.*, p. 58.

enquanto atividade econômica em sentido estrito, ou se impede que sejam criados novos serviços públicos, sob pena de ofensa à livre iniciativa, princípio fundante da ordem econômica brasileira.⁷⁵

Tal impasse não é reconhecido por alguns doutrinadores, como Celso Antônio Bandeira de Mello, que entende que a enumeração dos serviços públicos trazida pela Constituição Federal não é exaustiva, autorizando-se o legislador ordinário a designar outras atividades como serviço público, “conquanto não sejam ultrapassadas as fronteiras constituídas pelas normas relativas à ordem econômica, as quais são garantidoras da livre iniciativa”.⁷⁶

Com o máximo respeito, quer parecer que referida assertiva contém inafastável contradição em termos, na medida em que, considerando-se incólume a exclusividade da titularidade estatal sobre a *atividade* enquadrada como serviço público, não há como criar novos serviços públicos infraconstitucionalmente sem violar o princípio constitucional da livre iniciativa.

A resposta ao dilema é oferecida pela própria Adriana Schier:

Defende-se, a partir daí, que os serviços públicos elencados na Carta Constitucional, salvo determinação expressa, poderão ser prestados pela iniciativa privada, a título próprio. Tal conclusão não autoriza a Administração Pública a deixar de prestar o serviço ou adotar uma concepção de subsidiariedade⁷⁷ em relação à atividade. O que se pretende é simplesmente admitir que os dispositivos legais que atribuem competências para a prestação de serviços públicos aos entes federativos têm o condão de impor a sua execução pelo poder público, mas não retiram tal atividade da iniciativa privada.⁷⁸

Nesse modo de raciocinar, permaneceria a titularidade estatal exclusiva sobre os serviços públicos, nos moldes do art. 175 da Constituição, sem se deixar de admitir, no entanto, que, ao lado da prestação estatal de serviços públicos, possam os particulares exercer a atividade econômica (em sentido estrito) correspondente, em regime de concorrência.⁷⁹

⁷⁵ *Idem.*

⁷⁶ MELLO. *Curso...*, p. 686.

⁷⁷ Sobre o tema, ver: GABARDO. *Interesse público...*

⁷⁸ SCHIER, *op. cit.*, p. 60.

⁷⁹ Posicionamento semelhante, na doutrina nacional, é defendido por Carlos Ari Sunfeld (Serviços públicos e regulação estatal: introdução às Agências Reguladoras. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 31-36); Fernando Herren Aguillar (*Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional*, p. 311-346); Ana Maria Nusdeo (Agências reguladoras e concorrência. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.).

A possibilidade é endossada por Marçal Justen Filho, para quem

[...] a previsão da exclusividade não exterioriza incompatibilidade com o disposto no art. 170. Trata-se de decorrência da titularidade estatal sobre os serviços públicos, de que deriva seu monopólio estatal. Os princípios da livre iniciativa e livre concorrência aplicam-se às atividades econômicas em sentido restrito. No tocante aos serviços públicos, faz-se sua atribuição ao Estado, com inevitável cunho de exclusividade.⁸⁰

Adiante, afirma o mesmo autor que “o elenco do art. 21 [da CF] tem de ser interpretado no sentido de que haverá serviço público somente se presentes alguns requisitos específicos e determinados — sobre os quais o aludido art. 21 silencia”.⁸¹ E prossegue:

Reputa-se que as atividades referidas nos diversos incisos do art. 21 da CF/88 poderão ou não ser qualificadas como serviços públicos, de acordo com as circunstâncias e segundo a estruturação que se verificar como necessária. Existirá serviço público apenas quando as atividades referidas especificamente na Constituição envolverem a prestação de utilidades destinadas a satisfazer direta e imediatamente o princípio da dignidade da pessoa humana ou quando forem reputadas como instrumentos para satisfação de fins essenciais eleitos pela República brasileira. Mas sempre que se verificar a oferta de utilidades desvinculadas da satisfação de necessidades inerentes e essenciais à integridade do ser humano ou de modo a não afetar finalidades políticas essenciais, configurar-se-á uma atividade econômica em sentido estrito, a ser desempenhada sob o regime da livre iniciativa.⁸²

Direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 159-189); dentre vários outros. No direito estrangeiro, posicionam-se nesse sentido: ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios...*; CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervención administrativa*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994; BLANCO, Alejandro Vergara. El nuevo servicio público abierto a la competencia: de la *publicatio* al libre acceso. In: CASSAGNE, Juan Carlos (Dir.). *Servicio público y policía*. Buenos Aires: Universitas, 2006. p. 41-62; MARQUES. Regulação sectorial e concorrência. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, p. 187-205; SALOMONI, Jorge Luis. Regulação dos serviços públicos e defesa da concorrência na Argentina. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 211-238.

⁸⁰ JUSTEN FILHO. *Teoria geral das concessões de serviço público*, p. 39.

⁸¹ *Ibidem*, p. 45.

⁸² *Ibidem*, p. 44. Adiante, resume o autor: “Enfim, se as hipóteses contidas nos incs. X, XI e XII do art. 21 da Constituição não conduzem necessariamente ao surgimento de um serviço público, daí se extrai a possibilidade de sua configuração como atividade econômica em sentido estrito [...]. Dito de outro modo, as referidas atividades configurarão, em alguns casos, serviço

Além desse raciocínio, o autor propõe outra possibilidade de quebra do regime monopolista. Aduz que “[...] até seria possível que se consagrasse uma solução de conjugação tanto de serviço público, como de atividade econômica, de modo que algumas atividades seriam desempenhadas sob regime de Direito Público e outras sob o de Direito Privado”⁸³

O autor analisa tal matéria quando propõe a possibilidade de *fragmentação do serviço público* e a dissociação, numa mesma cadeia de prestação, entre atividades monopolizadas (serviços públicos) e concorrenciais (atividades econômicas em sentido estrito).⁸⁴ Noutra oportunidade, o autor propõe brilhante aplicação prática da tese, no campo da cadeia de fornecimento de energia elétrica:

Suponha-se o caso da energia elétrica. Considerando o atual estágio tecnológico e cultural, é indispensável à dignidade da pessoa humana a ligação de cada residência à rede de energia elétrica, de modo a assegurar o acesso a utilidades fundamentais. Portanto, a infra-estrutura necessária ao atendimento a essa exigência e à prestação dessas utilidades configura serviço público. Mas isso não significa que toda e qualquer atividade relacionada à geração ou à oferta de energia elétrica caracterizará necessariamente serviço público.⁸⁵

Trata-se do que Gaspar Ariño Ortiz aborda como “a não qualificação como serviço público de uma atividade ou setor em seu conjunto, mas apenas de algumas tarefas, missões, atuações concretas dentro daquele”, de sorte a definir, em cada setor, “quais são as obrigações ou encargos de serviço público, isto é, de serviço universal”.⁸⁶ E prossegue o autor, afirmando que, no novo modelo, “desaparece a titularidade da atividade em favor do Estado, a ideia de concessão como transferência de uma competência originariamente estatal” e, no lugar, “o conceito de serviço público se aproxima mais da ideia de atividade regulamentada”.⁸⁷

público. Mas isso não elimina a possibilidade de sua qualificação como atividade econômica em sentido estrito” (*Ibidem*, p. 45).

⁸³ *Ibidem*, p. 39.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 41.

⁸⁵ JUSTEN FILHO. *Curso...*, p. 606.

⁸⁶ ORTIZ, Gaspar Ariño. Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico: hacia un nuevo modelo de regulación. In: ORTIZ, Gaspar Ariño et al. *El nuevo servicio público*. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 32.

⁸⁷ ORTIZ. La liberalización de los servicios públicos en Europa: hacia un nuevo modelo de regulación para la competencia. In: ORTIZ; CASSAGNE. *Servicios públicos, regulación y renegociación*, p. 33.

Parece claro notar, então, que há uma evidente proposta de rompimento, no cenário nacional, do clássico entendimento segundo o qual a atribuição constitucional de determinada atividade ao Estado enquanto serviço público exclui, automaticamente e *prima facie*, qualquer possibilidade de exploração da mesma atividade pelos particulares, enquanto atividade econômica em sentido estrito.⁸⁸

Sobre o tema já dissertou Adriana C. Schier, aludindo que se deve

[...] relativizar a categoria dos serviços de titularidade exclusiva, admitindo a exclusividade somente nos casos prescritos na Constituição ou na Lei. Isto porque, é certo que, ao atribuir a titularidade de um serviço ao Estado, o poder constituinte ou o legislador infraconstitucional criam para a Administração Pública o dever inescusável de sua prestação e, em contrapartida, um direito subjetivo para toda a coletividade. Porém, não há no texto constitucional qualquer indicativo de que tais atividades não possam ser exploradas diretamente pelos particulares.⁸⁹

Para Schier, o posicionamento que sustenta é apto a justificar a necessidade, defendida pela autora, de se garantir a manutenção do regime jurídico de direito público, exclusivamente, a todos os serviços públicos, constituindo-se tal regime jurídico garantia fundamental para a concretização dos direitos decorrentes da dignidade da pessoa humana.⁹⁰

O princípio da exclusividade da titularidade estatal das *atividades* caracterizadas como serviços públicos, possuindo sede meramente teórica, cederia espaço, assim, ao princípio da exclusividade da titularidade estatal do *serviço público* em si. Com isso, princípios como o da liberdade de iniciativa e de concorrência, vinculados ou não à subsidiariedade, além daqueles específicos ao regime jurídico dos serviços públicos, teriam sua aplicabilidade garantida,

⁸⁸ No âmbito do direito comunitário, Paolo De Carli é um dos defensores da possibilidade de imposição de certas obrigações “de serviço público” às atividades econômicas de interesse geral, sem que para tanto se necessite recorrer à reserva de titularidade estatal ou à técnica concessória (DE CARLI, Paolo. *Subsidiarietà e governo economico*. Milano: Giuffrè, 2002).

⁸⁹ SCHIER, *op. cit.*, p. 55.

⁹⁰ Diversamente do que pensam, por exemplo, Carlos Ari Sundfeld e Pedro Gonçalves, este último chegando a dizer que a qualificação de algumas atividades como sendo *serviço público* tem “significado sobretudo simbólico, equivalente, por exemplo, ao de *Interesse Público*, não comprometido com um regime específico da actividade de gestão” nem com “a natureza jurídica desta” (GONÇALVES. *As concessões no sector elétrico. Temas de Direito da Energia*, p. 189).

racionalizando a máquina administrativa estatal e contribuindo para a maior eficácia dos direitos sociais que se vinculam à prestação de serviços públicos.

É essa uma das conclusões de Vitor Schirato, em sua tese de doutoramento:

Os serviços públicos, assim, não são caracterizados como uma prerrogativa estatal que interdita o exercício de atividades econômicas por particulares. São caracterizados como uma obrigação estatal (em sentido jurídico), a qual, só de forma episódica e específica, poderá impor restrições ao direito fundamental da livre iniciativa, conforme venha a ser proporcional para a realização de um dado direito fundamental.⁹¹

No mesmo prisma, já refletia Gaspar Ariño Ortiz:

O fundamental é que estas [as “atividades de serviço público”] deixaram de ser “atividades estatais”; e que, portanto, para prestá-las, não é necessária “concessão” alguma (no sentido de “delegação” de uma tarefa pública), mas basta uma licença (ou autorização), de caráter regulado (não discricionário), acompanhada, se se quiser, de cargas ou obrigações de serviço [...].⁹²

Com a quebra do princípio da titularidade estatal exclusiva, portanto, e admitida a lógica do Estado Regulador emergente, abre-se a porta da iniciativa privada para a prestação de atividades que, até o presente, por conta da orientação doutrinária e jurisprudencial dominante, permanecem nas mãos de um só (o Estado), o qual muitas vezes não possui as mesmas condições (técnicas, econômicas, etc.) de privados interessados em atuar no ramo, prejudicando, assim, a qualidade do serviço público prestado. A concorrência, vista como instrumento da regulação estatal, surge, neste diapasão, como forma ideal para prestação de serviços de interesse público nos casos em que se mostrar mais benéfica.⁹³

⁹¹ SCHIRATO, *op. cit.*, p. 328.

⁹² ORTIZ. La liberalización de los servicios públicos en Europa: hacia un nuevo modelo de regulación para la competencia. In: ORTIZ; CASSAGNE. *Servicios públicos, regulación y renegociación*, p. 15, tradução livre.

⁹³ Trata-se da noção de concorrência-instrumento, em que “a concorrência como fundamento da ordem econômica somente se justifica à medida que trouxer benefícios para o consumidor e servir como uma valor-meio, ou seja, um instrumento de realização de uma política econômica” (ROLIM, *op. cit.*, p. 206). Nesse sentido: “O que devemos ter em vista é que, não apenas no âmbito dos serviços públicos, mas *a fortiori* na sua seara, a concorrência não é um valor em

Essa linha de raciocínio, longe de simbolizar a derrocada do Estado na prestação de serviços públicos, garante, ao contrário, a estrita observância do regime jurídico do serviço público adequado,⁹⁴ ao permitir a iniciativa privada paralelamente à prestação estatal em setores que, sem justificativa técnica, são classicamente monopolizados.⁹⁵

Ademais disso, esta posição parece conseguir explicar, com certa margem de sucesso, qual a natureza jurídica das controversas *autorizações* emitidas pelo Poder Público.

É sabido que a tradicional visão acerca das autorizações enquadra-as como atos administrativos unilaterais, precários e discricionários,⁹⁶ com base nos quais o Poder Público autoriza o particular a praticar determinado ato: instalar uma banca de jornal na rua, vender cachorro-quente na saída do estádio de futebol... produzir energia elétrica!

Não senão por isso, parcela da doutrina nacional⁹⁷ atesta a absoluta polissemia do termo “autorização”, que pode significar desde o ato que permite o uso de bem público até o ato que concretiza exercício de poder de polícia, passando pela polêmica acerca das autorizações de serviço público.

Adotando-se o posicionamento aqui propugnado, que parte da premissa da quebra do princípio da exclusividade da titularidade estatal, é possível dar um passo adiante e, dando interpretação conforme ao art. 175 da Constituição republicana, negar à figura da autorização a possibilidade de atuar enquanto instrumento de delegação de serviço público.

Nessa aproximação, apenas a concessão e a permissão seriam os instrumentos jurídicos aptos a figurar como hipóteses de autêntica delegação de

si, constituindo, outrossim, um instrumento da realização mais perfeita possível dos objetivos dos serviços públicos. A concorrência só será legítima enquanto atingir estes objetivos” (ARAGÃO. Serviços públicos e concorrência. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, p. 70).

⁹⁴ O tema é bem enfrentado em: MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 239-274.

⁹⁵ Um grande passo para a admissão da concorrência, mesmo nos setores de monopólio natural insuperável (ao contrário das hipóteses de monopólio legal, por exemplo, em que a concorrência é materialmente possível) seria, sem sombra de dúvidas, a utilização da *essential facilities doctrine* no campo da prestação de serviços, aliada à desverticalização da cadeia produtiva. Sobre o tema, vale remitir à leitura de: NESTER, Alexandre Wagner. *Regulação e concorrência: compartilhamento de infra-estruturas e redes*. São Paulo: Dialética, 2006; ARAGÃO. *Direito dos serviços públicos*, p. 429-478; CASAGRANDE, Paulo L. Regulação pró-concorrencial de acesso a ativos de infraestrutura: regime jurídico e aspectos econômicos. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (Coord.). *Direito econômico regulatório*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 113-166.

⁹⁶ Vide nesse sentido, v.g.: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 411.

⁹⁷ DI PIETRO, *op. cit.*, p. 226-228.

serviço público, exatamente nos termos do que dita o dispositivo constitucional supracitado.

Quanto à autorização, esta nada mais seria — no sentido aqui analisado — do que um ato administrativo *unilateral e vinculado*, mediante o qual o Poder Público autoriza que o particular desempenhe determinada *atividade econômica em sentido estrito*, em regime jurídico de direito privado, paralelamente à atuação estatal. A autorização, nesse diapasão, não se mostra como forma de delegação de serviço público, mas sim como hipótese de exercício, pelo Estado, da atividade regulatória que lhe compete na nova modelagem estatal, impondo condições ao particular que deseja ingressar no setor para nele concorrer.

Sobre o tema conclui, de forma brilhante, Egon Bockmann Moreira:

A rigor, a autorização tornou-se um *tertium genus*: não é o regime próprio dos tradicionais serviços públicos, nem tampouco do extrato comum a todas as atividades econômicas privadas. Trata-se da autorização para o exercício privado de determinadas tarefas econômicas de titularidade da União que não se submetem restritivamente ao regime das concessões e permissões de serviços públicos. [...] A racionalidade aqui é outra, estampada em ordem de motivos assim sintetizada: submeter a prestação de específicos serviços ao regime de direito privado administrativo combinado com exigências típicas de um mercado competitivo.⁹⁸

Com a quebra do princípio (doutrinário) da exclusividade da titularidade estatal sobre o serviço público (ou melhor, sobre a *atividade* qualificada como serviço público), admite-se a bipartição da atividade em serviço público (prestado pelo Estado ou delegatários predominantemente em regime jurídico de direito público) e atividade econômica em sentido estrito (prestada pelos particulares em regime jurídico de direito privado, podendo haver incidência de parcela do regime jurídico público). A *autorização* figuraria, aí, como condição *sine qua non* para o exercício, pelos particulares, de atividade econômica em sentido estrito em determinado setor econômico-social.⁹⁹

⁹⁸ MOREIRA. *Direito das concessões de serviço público*, p. 68-69.

⁹⁹ Pode-se aqui pensar num exemplo, para clarear. A cadeia de fornecimento de energia elétrica foi por anos considerada monopólio natural, cabendo ao Estado sua prestação com exclusividade. Com o passar do tempo, percebeu-se que a cadeia poderia ser segmentada em quatro setores: geração, transmissão, distribuição e comercialização. Quanto aos setores de transmissão e distribuição, por envolverem uma infraestrutura cara (postes, fios, etc.), prosseguiram como monopólios naturais, prestados apenas por um titular (o Estado). Grande inovação ocorreu nos setores de geração e comercialização. Com a imposição de deveres ao monopolista dos

A autorização não simboliza, portanto, reprise-se, delegação de serviço público: representa, isso sim, uma “licença” para que o particular ingresse no setor, exercendo a atividade econômica que lhe compete. É o posicionamento, por exemplo, de Pedro Gonçalves, em reflexão sobre o setor elétrico, que se inclina “[...] convictamente para a defesa da tese da inexistência de um serviço público e, portanto, de uma apropriação pública, estadual, das actividades de transporte e de distribuição de energia elétrica. Estas apresentam-se, pois, como *actividades privadas [...] reguladas*”.¹⁰⁰

Ao que parece, as reformas legislativas realizadas no Brasil na década de 1990, principalmente nos setores elétrico e de telecomunicações, a despeito de merecerem apontamentos críticos em alguns de seus delineamentos, estão a merecer também elogios, mormente ao se considerar a abertura — ainda que relativa — de mercados para a entrada de privados em regime de (benéfica e regulada) concorrência.

Todo o panorama aqui apresentado parece ter sido bem resumido por Adelaide Musetti Grotti:

A abertura dos serviços à competição e às leis de mercado basicamente se caracteriza pelas notas seguintes: a) “a não-qualificação como serviço público de uma atividade ou setor em seu conjunto, mas apenas de algumas tarefas, missões, atuações concretas dentro daquele”; b) o abandono do conceito de reserva e da titularidade da atividade a favor do Estado. Em seu lugar, o conceito de serviço público se aproxima mais da ideia de atividade regulamentada [...]; c) a

outros setores (em destaque a aplicação da doutrina das *essential facilities*), tornou-se possível abrir tais setores à competição privada, de modo a estabelecer benéfica concorrência tanto na geração de energia elétrica (usinas hidrelétricas de pequeno porte, fontes alternativas de geração, etc.) quanto na comercialização, com a criação da categoria dos “consumidores livres”. Tal categoria, em princípio, abarcaria apenas as grandes empresas, que utilizavam maior quantidade de energia elétrica. A legislação, todavia, previu uma contínua e progressiva abertura do setor, de modo a inserir cada vez um número maior de “consumidores cativos” (em destaque, os domésticos) no mercado de energia elétrica, aberto à concorrência. Trata-se, em realidade, de movimento bastante assemelhado ao que ocorreu com o setor de telecomunicações. O acesso aos investidores privados, tanto no setor de *geração* quanto no de *comercialização*, é intensamente regulado, havendo uma série de quesitos a serem preenchidos para o ingresso no setor. Preenchidos os requisitos, o Poder Público emite uma autorização, permitindo que o privado atue concretamente no setor. De resto, quanto ao serviço público em si, este continua nas mãos do Estado, que tem a obrigação de autorizar a utilização, por todos os agentes, das infraestruturas dos setores de transmissão e distribuição, bem como de garantir, mediante políticas públicas (de que é exemplo o recente programa “Luz para Todos”), a universalização do acesso, inclusive fomentando o fornecimento à população mais carente.

¹⁰⁰GONÇALVES. As concessões no sector elétrico. *Temas de Direito da Energia*, p. 201. Veja-se que referido autor vai até além do ora proposto, afirmando que *sequer a transmissão e a distribuição de energia elétrica são “serviços públicos”*.

substituição do regime fechado e em exclusividade, por um regime aberto, em princípio, quanto à entrada no setor, sob regime de autorização vinculada, submetida a uma “regulação por causa de serviço público” à imposição de encargos ou obrigações de serviços [...].¹⁰¹

Trata-se, em última análise, do que Gaspar Ariño Ortiz profetiza como sendo a

[...] passagem de um sistema de titularidade pública sobre a atividade, concessões fechadas, direitos de exclusividade [...], para um sistema aberto, presidido pela liberdade de empresa, isto é, liberdade de entrada (prévia autorização vinculada), com determinadas obrigações de “serviço universal” [...]. Certamente, neste segundo modelo não há reserva de titularidade a favor do Estado sobre a atividade em questão.¹⁰²

Tal abertura, longe de estar restrita ao Brasil, representa fenômeno de escala mundial, bem analisado por Juan Carlos Cassagne e Gaspar Ariño Ortiz:

Estos procesos de liberalización e internacionalización de las economías no han alcanzado solo a la industria o a la agricultura, sino también a los grandes servicios públicos y a sectores antiguamente calificados de estratégicos: las telecomunicaciones, el petróleo y sus derivados, las carreteras y ferrocarriles, las líneas aéreas, la energía eléctrica, el gas, los abastecimientos de agua a poblaciones, los transportes y sus infraestructuras (puertos y aeropuertos), así como otras actividades de este tipo. Junto a los procesos de privatización de actividades y empresas, se llevó a cabo en todos los países un cambio profundo, sustantivo, en el marco regulador de las actividades privatizadas, que constituían hasta ahora — y siguen siendo — los grandes servicios públicos del país.¹⁰³

Com isso, autoriza-se a abertura de setores classicamente monopolizados ao setor privado, que desempenha suas atividades econômicas (em sentido estrito) *paralelamente* à atuação estatal no campo do serviço público (esta última

¹⁰¹GROTTI. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 320-321.

¹⁰²ORTIZ. Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico: hacia un nuevo modelo de regulación. In: ORTIZ. *El nuevo servicio público*, p. 25.

¹⁰³ORTIZ, Gaspar Ariño; CASSAGNE, Juan Carlos. *Servicios públicos, regulación y renegociación*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005. p. 9-10.

preferencialmente em regime de direito público), explicando-se de forma mais adequada qual a natureza das polêmicas “autorizações” no direito brasileiro.

Mantém-se o Estado na posição de senhor absoluto *do serviço público*, que prossegue sendo de sua exclusiva titularidade (não prestação, por óbvio); abrindo-se aos privados a possibilidade de concorrência no que toca à *atividade econômica em sentido estrito*. Garante-se, assim, a manutenção de um mínimo regime jurídico de direito público (no que concerne à prestação estatal — direta ou delegada); paralelamente aos enormes benefícios que são proporcionados pela quebra dos monopólios e conseqüente abertura do setor à concorrência regulada.

Resta, portanto, livrar-se dos preconceitos que tão contundentemente assolam a tradicional temática dos serviços públicos e, assim, partir para uma leitura da Constituição que garanta a *máxima eficácia do texto constitucional*,¹⁰⁴ o que somente pode ser realizado após uma premissa fundamental: a de que o princípio da titularidade estatal exclusiva não se aplica ao gênero das *atividades* que o legislador qualifica como serviços públicos, mas sim, apenas e tão somente, aos *serviços públicos em si*, enquanto espécie.

4 Conclusão

O presente ensaio é ousado: a um só tempo, tenta fazer frente dois grandes dogmas da doutrina administrativista dominante no solo tupiniquim.

A uma, intenta romper com a tradicional noção da exclusividade da titularidade estatal sobre as atividades enquadradas, pelo legislador, como serviços públicos. A duas, contesta a noção da autorização enquanto ato administrativo discricionário e precário, propenso a delegar (na dicção de parcela da doutrina) a execução de serviços públicos aos particulares. Certamente, não se tratou de uma proposta inovadora, mas sim apenas e tão somente de uma tentativa —

¹⁰⁴Note-se, nessa esteira, que um viés importante para o desenvolvimento do serviço público em solo nacional refere-se ao acréscimo, a essa noção de serviço público, de uma determinada “função”, ou finalidade ao instituto, a qual seria capaz de alterar a sua própria conceituação, que é, segundo Marçal Justen Filho, “a prestação de utilidades destinadas a satisfazer direta e imediatamente o princípio da dignidade da pessoa humana ou quando forem reputadas como instrumentos para satisfação de fins essenciais eleitos pela República brasileira” (JUSTEN FILHO. *Teoria geral das concessões de serviço público*, p. 44). Para o autor, “certa atividade é qualificada como serviço público por sua relação com o atendimento a necessidades relacionadas direta e imediatamente com a dignidade da pessoa humana” (*Ibidem*, p. 34). Para Romeu Felipe Bacellar Filho, trata-se da função de satisfação e proteção dos direitos fundamentais, da cidadania e da dignidade humana (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 173-174).

pobre — de impulsionar o desenvolvimento de novos horizontes doutrinários em ebulição.

O pano de fundo para isso tudo foi, como nem poderia deixar de ser, a fundamentalidade dos serviços públicos para a população brasileira. E nem se alegue falsidade ou sarcasmo em tal afirmação.

Isso porque a visão ora apresentada, arrimada em doutrina nacional eferescente, pretende conciliar a exclusividade da titularidade estatal sobre o *serviço público* com o princípio constitucional da livre iniciativa e concorrência, entendendo-se que tal modelagem pode certamente oferecer à população maiores benefícios se comparada à clássica estruturação em monopólios estatais.

Com a quebra da exclusividade da titularidade estatal sobre a *atividade* em questão, admite-se sua bipartição em serviço público (titularizado exclusivamente pelo Estado, a ser prestado exclusivamente em regime de direito público pelo Estado ou delegatários) e atividade econômica em sentido estrito (prestada pelos particulares após autorização estatal, em regime de direito privado).¹⁰⁵ O Estado mantém-se vivo e intenso no setor¹⁰⁶ em dois sentidos: titularizando com exclusividade o serviço público (e somente este) e regulando a atuação dos privados que exercem atividade econômica (desde sua entrada no setor até os mínimos detalhes de sua atuação no regime concorrencial).

Nessa modelagem, a população — sobretudo a mais carente — só tem a ganhar: de um lado, o Estado prossegue responsável pela prestação dos serviços públicos que lhe competem, com observância estrita ao regime jurídico correspondente; e, de outro, os privados atuando em regime concorrencial provavelmente praticarão preços e condições cada vez mais interessantes para

¹⁰⁵ Nesse sentido, ousamos humildemente discordar de Almiro do Couto e Silva, para quem “de qualquer maneira, ainda que prestados em regime privado, e situados em ambiente de competição e concorrência, mas num mercado constantemente vigiado pelo Estado, os serviços por este delegados aos particulares mediante concessão, permissão e autorização, continuam sendo, em quaisquer hipóteses, serviços públicos, devendo ser assim considerados para todos os efeitos [...]” (COUTO E SILVA, Almiro do. *Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares*. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 478).

¹⁰⁶ Como Odete Medauar pontua que deve ser: “Pode-se inserir o dado econômico, a concorrência, a gestão privada, sem *nunca* deixar de lado o social, a coesão social, os direitos sociais. E sem abolir a presença do Estado” (MEDAUAR, Odete. *Serviços públicos e serviços de interesse econômico geral*. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 126).

atrair novos consumidores, inclusive respeitando determinados aspectos do regime jurídico dos serviços públicos.¹⁰⁷

O exemplo da telefonia móvel endossa a viabilidade de tal explanação: é bastante comum hoje nas famílias mais carentes não haver telefone fixo nas residências, em virtude dos altos preços praticados; no entanto, quase sempre tais famílias possuem mais de um aparelho móvel, o que é reflexo da política concorrencial de sucesso aplicada no setor (valendo lembrar que a abertura do mercado da telefonia móvel ocorreu anteriormente à abertura da telefonia fixa, e de modo muito mais eficaz — ao menos até o presente).

É preciso alertar que o presente estudo não tem como objetivo convencer o leitor sobre o acerto da posição aqui lançada, e tanto menos converter aos mais áduos defensores da corrente doutrinária dominante — afinal, a brevidade do texto, sua lacônica incompletude e a inexperiência do autor não o permitem.

No entanto, damo-nos por satisfeitos se houvermos logrado êxito em meramente semear, no âmago mais profundo das mentes — até mesmo as mais pacíficas e sedimentadas — um pequeno grão de joio em meio ao trigo, que logo enraizará, e brotará, e se disseminará, até quiçá finalmente tornar-se mais presente do que o próprio trigo.

E então, de repente, o que era praga pode virar plantaçaõ, desde que tenhamos em mente que

[...] quando nos debruçamos sobre temas novos ou no mínimo controvertidos, é sempre bom fazer a ressalva de que se está construindo um arcabouço teórico, para nós novo, a partir de dados da realidade econômica e jurídica pouco consolidados. E quem se dedica a esta tarefa sempre deve se despir de seus preconceitos, resistir à análise que se mostrar mais óbvia e tentar buscar a totalidade dos aspectos envolvidos, tentando, se possível, apreender o núcleo do que se discute.¹⁰⁸

¹⁰⁷Não seria de todo impossível sustentar a possibilidade de *fornecimento gratuito* de energia elétrica num modelo como esse, na medida em que o Estado, para o acesso às infraestruturas de transmissão e distribuição de energia elétrica, pode (deve) cobrar taxas de acesso, revertendo-as em prol da população carente.

¹⁰⁸MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Universalização de serviços públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural. *Revista de Direito Administrativo*, v. 223, p. 134.

Private Competition in Public Utilities – An Essay on the Rupture of the Exclusivity of Public Initiative’s Principle

Abstract: In the present article we intend to develop critic and reflexive studies focused on the possibility of a competition market which primes for the private initiative in the activities qualified — directly or indirectly — by Brazilian Constitution as Public Utilities, considering the ruin of the doctrinal principle that defends the exclusivity of public initiative in these activities.

Key words: Public utilities. Regulation. Private initiative. Competition. Exclusivity of public initiative.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MENEGAT, Fernando. Serviço público e concorrência: ensaio para uma quebra do princípio da titularidade estatal exclusiva. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 49, p. 207-246, jul./set. 2012.

Data de recebimento: 02.02.2012

Data de aprovação: 13.07.2012