



Alexandre Santos de Aragão há muito vem contribuindo para o aprofundamento do estudo, entre nós, das questões mais relevantes do Direito Administrativo.

Tema clássico desse ramo do direito, os serviços públicos têm sofrido diversas e contínuas alterações, com o objetivo de adequar-se ao contexto das tendências mundiais, que reclamam uma sociedade civil organizada.

E é a partir dessas premissas que Alexandre Aragão desenvolveu o presente trabalho. O autor trata da questão do serviço público em vários níveis, aprofundando discussões tanto no aspecto federativo de gestão dos serviços públicos, quanto com relação a sempre tensa relação entre as dimensões formal e material desse instituto.

Discutir, com profundidade, a relação do serviço público com a concorrência e o direito do consumidor, com as parcerias público-privadas, com as atividades privadas regulamentadas, e com as concessões de serviços públicos, significa reconhecer a importância dessa discussão na concepção de um novo papel que vem sendo delineado para o Estado, que passa de produtor direto de bens e serviços para a de indutor e regulador do desenvolvimento. É nesse contexto que o autor insere interessante discussão sobre o necessário estabelecimento de relação entre os serviços públicos e os direitos fundamentais.

Estabelecer e consolidar uma nova cultura e novos canais de mediação entre o Estado e a sociedade, entre o público e o privado, entre o público estatal e o público social, requer, sobretudo, a promoção de relações de parceria com diversos atores e organizações públicas não estatais, além de formas criativas de cooperação.

Tenho a firme convicção de que Direito dos Serviços Públicos, da autoria do Professor Alexandre Aragão, vem certamente auxiliar nos debates dessas questões tão relevantes. O envolvimento dos entes da Federação, direta ou indiretamente, com as mais diversas atividades econômicas, em sentido amplo, está a requerer a sistematização e o aprofundamento dos estudos na área do direito dos serviços públicos.

Gilmar Ferreira Mendes
Ministro do Supremo Tribunal Federal.
Doutor em Direito pela Universidade de Münster.

Autor
Alexandre Santos de Aragão

DIREITO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Área específica
Direito Administrativo.

Áreas afins
Ciências políticas e econômicas.

Público-alvo/consumidores
Estudantes e operadores do direito,
sobretudo os que trabalham com
infraestrutura e agências reguladoras.

FORMATO: 17,0 X 24,0 cm
CÓDIGO: 10001119

A659d

Aragão, Alexandre Santos de

Direito dos serviços públicos / Alexandre Santos de Aragão – 4. ed. – Belo Horizonte : Fórum, 2017.

619 p.

ISBN: 978-85-450-0200-0

1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional. 3. Direito Econômico. I. Título.

CDD 341.3

CDU 342

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

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017. 619 p. ISBN 978-85-450-0200-0.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	15
CAPÍTULO 1	
INTRODUÇÃO.....	17
1.1 Colocação do tema: “O Jardim e a Praça”.....	17
1.2 Plano da obra.....	30
CAPÍTULO 2	
A EVOLUÇÃO DAS ATIVIDADES PRESTACIONAIS DO ESTADO	35
2.1 Introdução.....	35
2.2 Antecedentes remotos	36
2.2.1 Antiguidade.....	36
2.2.2 Feudalismo.....	37
2.3 Estado absolutista	38
2.4 Estado liberal	40
2.5 Estado pluriclasse e Constituição econômica	44
2.5.1 Estado social (ascensão e declínio)	46
2.5.2 Estado regulador	50
2.6 Especificidades históricas brasileiras	57
2.6.1 Aspectos gerais.....	57
2.6.2 Brasil-Colônia e Império	59
2.6.3 A República.....	61
2.6.4 A estatização	62
2.6.5 A desestatização no Brasil e no contexto latino-americano	67
CAPÍTULO 3	
A NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO	71
3.1 Introdução	71
3.2 O “Serviço Público à Francesa”.....	72
3.2.1 Léon Duguit: a interdependência social	74
3.2.2 Gaston Jèze: o regime jurídico de Direito Público.....	79
3.2.3 Maurice Hauriou: poder de império e serviço público	82
3.2.4 Balanço das principais posições doutrinárias francesas sobre os serviços públicos: relatividade das divergências.....	86
3.2.5 A construção da jurisprudência francesa	87
3.3 A <i>common law</i> e as <i>public utilities</i>	89
3.4 União Europeia: serviços de interesse econômico geral e serviços universais	95

CAPÍTULO 4	
O CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO.....	103
4.1	Advertência preliminar.....103
4.2	Metodologia jurídica e a elaboração de conceitos em um direito administrativo em evolução.....104
4.3	A busca de um conceito de serviço público.....110
4.4	O conceito de serviço público à luz da Constituição Federal de 1988.....112
4.4.1	Os dispositivos constitucionais pertinentes à atividade prestacional do Estado.....112
4.4.2	Os sentidos de “serviço público” extraíveis da Constituição.....120
4.4.2.1	Concepção amplíssima de serviço público (e os “princípios dos serviços públicos”).....121
4.4.2.2	Concepção ampla de serviço público.....123
4.4.2.3	Concepção restrita de serviço público.....124
4.4.2.4	Concepção restritíssima de serviço público.....124
4.4.2.5	A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF.....125
4.4.2.6	O conceito proposto.....128
4.5	Institutos afins.....135
4.5.1	Funções públicas e poder de polícia.....137
4.5.2	Serviços <i>uti universi</i>139
4.5.3	Fomento.....142
4.5.4	Atividades econômicas exploradas pelo Estado (em concorrência com a iniciativa privada e como monopólio).....143
4.6	Serviços públicos sociais e serviços compartilhados.....146
4.7	Conclusões.....152
CAPÍTULO 5	
ATIVIDADES PRIVADAS REGULAMENTADAS.....	153
5.1	Natureza jurídica.....153
5.2	O direito fundamental de livre-iniciativa.....158
5.3	O núcleo essencial da iniciativa privada como limite da regulação.....161
5.3.1	Impossibilidade de invocação de “supremacia do interesse público”.....164
5.4	Limites e possibilidades de imposição de obrigações positivas.....165
5.5	Autorizações administrativas operativas.....168
5.6	Autorizações vinculadas.....172
5.7	As atividades enumeradas no artigo 21 da Constituição, sujeitas à autorização.....177
CAPÍTULO 6	
O SERVIÇO PÚBLICO E AS SUAS CRISES.....	187
6.1	A permanente crise dos conceitos de serviço público.....187
6.2	A primeira crise dos serviços públicos.....188
6.3	A segunda crise dos serviços públicos.....190
6.4	Propostas de superação do instituto.....192
6.5	Os múltiplos graus de publicização das atividades econômicas.....198
6.6	A manutenção do instituto no Direito brasileiro.....201
CAPÍTULO 7	
SERVIÇOS PÚBLICOS EM ESPÉCIE.....	205
7.1	Advertência preliminar.....205
7.2	Telecomunicações.....206
7.3	Energia elétrica.....211
7.4	Serviço postal.....222
7.5	Transporte terrestre de passageiros.....225
7.6	Portos.....230
7.7	Rodovias.....233
7.8	Coleta de lixo.....235
7.9	Distribuição de gás canalizado.....237
7.10	Água e esgoto.....238
CAPÍTULO 8	
AS FONTES DO DIREITO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS.....	243
8.1	Conceito e objetivos do marco regulatório.....244
8.2	A Constituição.....247
8.2.1	Aspectos gerais.....247
8.2.2	Constituição e administração pública prestacional.....248
8.2.3	Os serviços públicos na Constituição.....249
8.2.4	Competências legislativas federativas sobre serviços públicos.....250
8.2.5	Competências de iniciativa legislativa.....252
8.3	Leis: o princípio da legalidade e regulamentos administrativos.....253

8.3.1	Não contrariedade, conformação formal e conformação material	257
8.3.2	Nossa posição: conformidade material de baixa densidade normativa principiológica	258
8.3.3	Princípio da legalidade e reserva de lei	267
8.3.4	O princípio da legalidade aplicado aos serviços públicos e a criação legislativa de serviços públicos não previstos na Constituição	269
8.4	Características das leis reguladoras dos serviços públicos	274
8.4.1	Normas voltadas para a realização de objetivos concretos (instrumentalidade)	275
8.4.2	Abertura à consensualidade (acordos regulatórios)	282
8.4.3	Normas que “dialogam” com os subsistemas regulados (intersistematicidade)	286
8.4.4	Organização em redes normativas (reticularidade)	288
8.4.5	Cautelas necessárias	291
8.5	Normas editadas por entidades reguladoras, independentes ou não	294
8.6	Editais de licitação e contratos de delegação	299
8.7	A Autorregulação dos serviços públicos	304
8.8	Normas dos delegatários de serviços públicos	310

CAPÍTULO 9

SERVIÇOS PÚBLICOS E CONCORRÊNCIA	315	
9.1	A permeabilização do regime dos serviços públicos pela concorrência	315
9.2	Elementos que propiciaram a concorrência nos serviços públicos	319
9.3	Fatores de cautela na concorrencialização dos serviços públicos	322
9.4	Proporcionalidade entre concorrência e necessidades de serviço público: concorrência-instrumento	324
9.5	Instrumentos da concorrência	330
9.5.1	Facilitação à entrada no mercado	331
9.5.2	Redução do espaço de titularidade estatal exclusiva	332
9.5.3	Relativa liberdade de preços	332
9.5.4	Assimetria regulatória	334
9.5.5	Desverticalização e desconcentração	335
9.5.6	Separação entre gestão da infraestrutura e prestação dos serviços	338
9.5.7	Competição entre setores distintos de serviços públicos	339
9.5.8	Compartilhamento de infraestruturas	339
9.5.8.1	A Teoria das Instalações Essenciais (<i>Essential Facilities Doctrine</i>)	343
9.5.8.2	A aplicação da Teoria das Instalações Essenciais aos serviços públicos no Direito positivo brasileiro	350
9.5.8.3	Natureza jurídica do acesso	355
9.5.8.4	Arbitramento administrativo de conflitos	365
9.6	Competências do CADE e aplicação da Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011)	369

CAPÍTULO 10

SERVIÇOS PÚBLICOS E DIREITO DO CONSUMIDOR	379	
10.1	Introdução	379
10.2	A influência da concorrência sobre a aplicação do direito do consumidor nos serviços públicos	383
10.3	A aplicação do direito do consumidor como evolução da noção de interesse público	385
10.3.1	Direito dos consumidores e os serviços públicos como instrumentos de efetivação de direitos fundamentais	387
10.4	As diversas teorias sobre a posição jurídica dos usuários de serviços públicos	389
10.4.1	Teorias privatistas	389
10.4.2	Teorias publicistas	390
10.4.3	Teorias mistas	391
10.5	Os limites da aplicação do CDC aos serviços públicos	393

CAPÍTULO 11

SERVIÇOS PÚBLICOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS	401	
11.1	Direito à prestação do serviço público: direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana	401
11.2	Direito à melhoria das condições de prestação do serviço (princípio da adaptação)	408
11.3	Direito à manutenção das condições de prestação do serviço (vedação do retrocesso)	409
11.4	Direitos fundamentais dos usuários não previstos no marco regulatório e garantias dos concessionários	411
11.5	A suspensão do serviço em razão do inadimplemento do usuário	414

CAPÍTULO 12

CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS	421
--------------------------------------	-----

12.1	Formas de prestação dos serviços públicos.....	421	
12.1.1	Prestação centralizada.....	422	
12.1.2	Prestação descentralizada.....	422	
12.1.2.1	Concessionárias com participação societária estatal minoritária.....	424	
12.2	Breve histórico das concessões.....	426	
12.3	Natureza jurídica das concessões de serviços públicos.....	429	
12.4	Conceito de concessão de serviços públicos.....	430	
12.5	Normas aplicáveis.....	435	
12.6	Licitação.....	435	
12.7	O contrato de concessão.....	436	
12.8	Regulação e fiscalização.....	445	
12.8.1	Direito sancionador das concessões.....	449	
12.8.2	Efeitos positivos do silêncio da administração em relação aos pleitos da concessionária.....	453	
12.9	Responsabilidade civil dos prestadores de serviços públicos.....	455	
12.10	Remuneração da concessionária.....	459	
12.11	Bens reversíveis.....	467	
12.12	Utilização pelo concessionário de bens públicos ou afetados a outros serviços.....	469	
12.13	Elementos modificáveis e imodificáveis da concessão.....	477	
12.14	Equilíbrio econômico-financeiro.....	479	
12.14.1	A insuficiência dos critérios tradicionais de equilíbrio econômico-financeiro: o equilíbrio dinâmico e o compartilhamento de riscos.....	487	
12.15	Extinção da concessão.....	494	
12.15.1	Fim do prazo contratual.....	494	
12.15.2	Encampação ou resgate.....	495	
12.15.3	Caducidade.....	495	
12.15.4	Rescisão.....	496	
12.15.5	Anulação.....	497	
CAPÍTULO 13			
PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS – PPPs.....			499
13.1	A conjuntura do surgimento do instituto.....	499	
13.2	Parcerias público-privadas em sentido amplo e restrito.....	502	
13.3	As parcerias público-privadas na Lei Federal nº 11.079/2004.....	504	
13.3.1	Concessões patrocinadas.....	504	
13.3.2	Concessões administrativas.....	507	
13.3.3	Conceito de PPPs.....	513	
13.4	Leis estaduais e municipais de PPPs.....	514	
13.5	PPP e responsabilidade fiscal.....	515	
13.6	Financiamento e garantias.....	518	
13.7	Procedimento licitatório.....	525	
13.8	O contrato de PPP.....	530	
13.8.1	Divisão de riscos.....	530	
13.8.2	Sociedade de propósito específico (SPE).....	535	
13.9	Órgãos planejadores e reguladores.....	536	
CAPÍTULO 14			
OUTRAS ESPÉCIES DE DELEGAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS.....			539
14.1	Introdução.....	539	
14.2	Permissão.....	541	
14.3	Autorizações contratuais.....	544	
14.4	Arrendamento.....	549	
14.5	Franquia pública.....	552	
14.6	Credenciamento.....	555	
14.7	Contratos de gestão.....	559	
14.8	Termos de parceria com OSCIPs.....	564	
14.9	Gerência privada de estabelecimentos públicos.....	565	
14.10	Convênios.....	566	
14.11	Consórcios públicos.....	570	
14.12	Termos de colaboração, termos de fomento e acordos de cooperação com organizações da sociedade civil.....	574	
REFERÊNCIAS.....			579
OBRAS DO AUTOR.....			609