



MURILO MELO VALE

Prefácio
Maurício Zockun

Apresentação
Onofre Alves Batista Júnior

OBRIGAÇÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS NO SETOR PRIVADO

FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA
A IMPOSIÇÃO REGULATÓRIA DE
ENCARGOS DO REGIME JURÍDICO
“TÍPICO” DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO
PÚBLICO À INICIATIVA PRIVADA NO
DIREITO BRASILEIRO

Este trabalho, fruto de uma longa pesquisa realizada no Brasil e em Portugal, propõe trazer parâmetros e fundamentos jurídicos que evidenciam a possibilidade regulatória de imposição de encargos prestacionais “típicos” da prestação de um serviço público, conhecidos como “obrigações de serviço público”, a atividades privadas, abertas à livre iniciativa. O livro se estrutura em torno do propósito central de desfazer uma premissa jurídica, muitas vezes superficialmente adotada, no sentido de que encargos regulatórios, conhecidos como “obrigações de serviço público”, somente podem existir na execução direta ou indireta de um “serviço público”, ou seja, na existência de uma atividade de domínio estatal, o que pode afetar substancialmente estruturas de privatizações e de outras parcerias do setor privado em áreas publicamente relevantes. Além disso, este livro pretende demonstrar como ocorre essa imposição na prática estrangeira e nacional, visando combater visões restritivas que possam gerar entraves em estruturas jurídicas de novas formas de atuação do setor privado em atividades reconhecidamente de interesse coletivo.

Área específica

DIREITO ADMINISTRATIVO

Áreas afins

REGIME JURÍDICO DO SERVIÇO PÚBLICO;
PRIVATIZAÇÕES E DESESTATIZAÇÕES

Público-alvo/consumidores

Estudiosos do Direito Administrativo e aplicadores do Direito Público na estruturação de projetos públicos de desestatização

FORMATO: 17 x 24 cm
CÓDIGO: 10003218

V149o	Vale, Murilo Melo
	Obrigações de serviços públicos no setor privado: fundamentos jurídicos para a imposição regulatória de encargos do regime jurídico "típico" da prestação do serviço público à iniciativa privada no Direito brasileiro / Murilo Melo Vale. - Belo Horizonte : Fórum, 2022.
	359p. ; 17cm x 24cm.
	Inclui bibliografia. ISBN: 978-65-5518-341-2
	11. Direito Administrativo. 2. Regime Jurídico do Serviço Público. 3. Privatizações e desestatizações. I. Título.
	CDD: 341.3 CDU: 342.0
2022-474	

Elaborado por Odilio Hilario Moreira Junior - CRB-8/9949

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

VALE, Murilo Melo. *Obrigações de serviços públicos no setor privado: fundamentos jurídicos para a imposição regulatória de encargos do regime jurídico "típico" da prestação do serviço público à iniciativa privada no Direito brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. 359p. ISBN 978-65-5518-341-2.

MURILO MELO VALE

Mestre e Doutor (PhD) em Direito Administrativo na UFMG. Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público na Universidade Gama Filho. Ex-Professor de Direito Administrativo da UFMG e Professor visitante da Universidade de Coimbra, Portugal. Professor de Direito Administrativo e Constitucional de diferentes instituições de ensino. Presidente da Comissão de Assuntos Regulatórios da AMDE e Secretário-Geral da Comissão de Direito Administrativo da OAB/MG. É advogado com atuação na área do Direito Público, tendo atuado como coordenador de grandes projetos de infraestrutura e desestatizações.

SUMÁRIO

PREFÁCIO	
Maurício Zockun	21
APRESENTAÇÃO	
Onofre Alves Batista Júnior	23
INTRODUÇÃO	25

PARTE I

PRESSUPOSTOS HISTÓRICOS E TEÓRICOS

CAPÍTULO 1

PRESSUPOSTOS HISTÓRICOS DA COMPETÊNCIA PRESTACIONAL DO ESTADO BRASILEIRO

1.1	Nótulas preliminares: a importância da análise histórica do pressuposto da precedência do resguardo prestacional.....	39
1.2	Origens históricas e evolução do dever estatal de prestar serviços em benefício da coletividade	41
1.3	Os precedentes históricos do resguardo prestacional no Brasil.....	48
1.3.1	O dever prestacional no Brasil Imperial	48
1.3.1.1	O papel prestacional das câmaras municipais no Brasil Império.....	48
1.3.1.2	Resguardo na área de educação e assistência social	50
1.3.1.3	Regulação financeira e política de acesso a créditos populares	51
1.3.1.4	Atuação estatal no desenvolvimento da infraestrutura no Brasil.....	52
1.3.2	O dever prestacional na República Velha.....	54
1.4	Razões histórico-políticas para a centralização das atividades prestacionais no Estado Novo.....	56
1.5	Razões jurídico-históricas para a definição constitucional da competência federal para a titularização de atividades de interesse geral: serviços que podem ser, mas não são, <i>a priori</i> , serviços públicos pelo crivo político legislativo da União	61
1.5.1	Serviços de produção de energia elétrica	63
1.5.2	Serviços de telégrafos	67
1.5.3	Serviços de radiocomunicação.....	70

CAPÍTULO 2

O DOGMA DA NOÇÃO TRADICIONAL DO SERVIÇO PÚBLICO NO BRASIL E IMPLICAÇÕES SOBRE O REGIME JURÍDICO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS.....

2.1	A incorporação das noções francesas inerentes ao serviço público, em detrimento das premissas anglo-americana das <i>public utilities</i> , como proeminência de influência doutrinária e não como decorrência de imperativo constitucional.....	73
2.2	Panorama das visões doutrinárias sobre o conceito e enquadramento do serviço público e seu regime jurídico no Direito brasileiro.....	82
2.2.1	A abrangência das concepções do serviço público no Direito brasileiro.....	82
2.2.2	O predomínio do entendimento do serviço público como atividades de domínio estatal	85
2.2.3	Panorama teórico sobre a relação entre o regime jurídico do serviço público e o próprio conceito de serviço público no Direito brasileiro	91
2.3	As crises da concepção do serviço público e o novo <i>modus operandi</i> de condução do dever prestacional do Estado.....	95
2.4	Pontos e contrapontos na doutrina brasileira sobre a impossibilidade de imposição ao setor privado de obrigações de serviços públicos.....	101

PARTE II

DESAZENDO A ILUSÃO DA INDISSOCIABILIDADE DAS OBRIGAÇÕES DE SERVIÇO PÚBLICO COM O DOMÍNIO ESTATAL DA ATIVIDADE

CAPÍTULO 3

A ARTIFICIALIDADE DA CONSTRUÇÃO FRANCESA DO REGIME JURÍDICO

TÍPICO DO SERVIÇO PÚBLICO	111
3.1 Considerações preliminares	111
3.2 O enquadramento dos princípios fundamentais do serviço público na evolução da noção francesa	112
3.2.1 A Escola de Bordeaux e a evolução da noção de serviço público como critério definidor do Direito Administrativo e fundamento do poder estatal.....	112
3.2.2 A insurgência das obrigações de serviço público como critério definidor do regime jurídico público do serviço público e de sua submissão à jurisdição administrativa.....	116
3.2.3 O “mito do serviço público” e a premissa da indissociabilidade do elemento orgânico com o elemento formal do serviço público.....	121
3.3 A “peculiaridade” jurídica do <i>Common Law</i> : a imposição de “obrigações de serviços públicos” nas <i>public utilities</i> de domínio privado como prerrogativa da função social da propriedade	124
3.3.1 Premissas jurídicas da proteção prestacional e da imposição de “encargos de serviço público” no <i>Common Law</i>	124
3.3.2 Período de nacionalização no Reino Unido e o paradoxo da flexibilização regulatória quanto à imposição de encargos de serviço público	129
3.3.3 Serviço universal: contorno anglo-saxão de encargos de regulação social que caracteriza a universalidade e modicidade tarifária.....	131
3.3.4 Panorama das obrigações de serviços públicos nas <i>public utilities</i>	136
3.3.4.1 Telecomunicações.....	136
3.3.4.2 Energia elétrica	137
3.3.4.3 Outras utilidades públicas.....	140
3.4 Conclusões parciais: a artificialidade do regime jurídico típico da atividade estatal	141

CAPÍTULO 4

A VISÃO INSTRUMENTAL DO SERVIÇO PÚBLICO: *PUBLICATIO* E INICIATIVA ECONÔMICA PÚBLICA COMO INSTRUMENTO PARA RESGUARDO DO REGIME

JURÍDICO-PRESTACIONAL	145
4.1 Considerações preliminares	145
4.2 A noção tradicional francesa do serviço público e a visão formal-finalística do serviço público: a substantivação e ideologização do conceito e sua perpetuação na doutrina brasileira	147
4.3 Iniciativa Econômica Pública e a visão instrumental do serviço público no contexto da Comunidade Europeia: do serviço público ao “serviço para o público” (<i>service rendu au public</i>)	153
4.3.1 O serviço de interesse econômico geral e o enquadramento do conceito do serviço público na Comunidade Europeia	153
4.3.2 O novo papel da imposição das obrigações de serviço público no Direito Comunitário.....	157
4.3.3 As licenças com encargos de serviço público	163
4.3.4 Balanço conclusivo: a prerrogativa de iniciativa econômica pública como instrumento de resguardo prestacional.....	164
4.4 Razões que evidenciam o caráter instrumental do serviço público e a prerrogativa de iniciativa econômica pública no Direito brasileiro	168
4.4.1 O <i>publicatio</i> enquanto prerrogativa do legislador infraconstitucional em definir o grau de intervenção do Estado na livre iniciativa, de acordo com a repartição constitucional de competência federativa	168
4.4.2 A intangibilidade do dever de resguardo prestacional no período de privatizações na década de 1990	176
4.4.3 O enquadramento das obrigações de serviço público, no Direito brasileiro, como direitos do usuário e não como encargos necessários à atividade.....	184
4.5 O sentido jurídico-constitucional da incumbência estatal em prestar serviços públicos definido no artigo 175, da Constituição da República de 1988, na perspectiva da iniciativa econômica pública e da visão instrumental do serviço público.....	192
4.5.1 O conceito estrito de serviço público na perspectiva da visão instrumental do serviço público.....	199
4.6 Conclusões parciais: o serviço público como instrumento de intervenção estatal para preservação do regime jurídico-prestacional.....	199

CAPÍTULO 5

A REGULAÇÃO SOCIAL E AS NOVAS FRONTEIRAS INTERVENTIVAS PARA

A IMPOSIÇÃO REGULATÓRIA DE ENCARGOS DE SERVIÇO PÚBLICO.....	205
5.1 Considerações preliminares	205
5.2 O poder de polícia e a ilusão do “máximo” interventivo	206
5.2.1 Precedentes do poder de polícia.....	206
5.2.2 A construção do controle formal do poder de polícia na França revolucionária e na Alemanha bismarckiana	208
5.2.3 O referencial smithiano para a construção dos limites do poder de polícia	212
5.2.4 A construção silogística da caracterização do poder de polícia como máximo interventivo.....	214
5.3 Novos limites para o intervencionismo estatal no <i>welfare state</i>	219
5.4 O modelo intervencionista no Estado Regulador	226
5.5 Coordenadas jurídicas pós-privatizações.....	232
5.6 Particularidades da função administrativa regulatória e novos vetores para a intervenção na autonomia privada.....	241
5.7 Regulação social como um dos tipos de regulação: a legitimação da imposição regulatória de encargos de serviço público à autonomia privada.....	247
5.8 A imposição regulatória de obrigações de serviço público ao setor privado: breve panorama da literatura europeia	256
5.9 Intervenção pública e ponderabilidade do princípio da livre iniciativa.....	261
5.10 Imposição regulatória das obrigações de serviço público e a Lei da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica	265
5.11 Conclusões parciais: a regulação social como instrumento interventivo legítimo para a imposição de obrigações de serviço público para atividades privadas abertas à livre iniciativa	271

PARTE III

INVESTIGAÇÃO JURÍDICO-EXPLORATÓRIA – O REGIME JURÍDICO DAS OBRIGAÇÕES DO SERVIÇO PÚBLICO E DIAGNÓSTICO DE SUA INCIDÊNCIA NO SETOR PRIVADO ABERTO À LIVRE INICIATIVA

CAPÍTULO 6

ANÁLISE JURÍDICO-EXPLORATÓRIA DA IMPOSIÇÃO DE OBRIGAÇÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS NO DIREITO COMUNITÁRIO

6.1 Obrigação de garantir a continuidade do serviço	279
6.2 Obrigação de igualdade de tratamento	281
6.3 Obrigação de mutabilidade ou adaptabilidade do serviço	282
6.4 Obrigação de universalidade na prestação do serviço	283
6.5 Obrigação de modicidade ou acessibilidade dos preços	284
6.6 Obrigação de qualidade e padrão de desempenho mínimo.....	287
6.7 Obrigação de segurança privada com função de segurança pública	289
6.8 Obrigação de segurança no provisionamento	290
6.9 Obrigação de transparência e permissividade de acesso à informação	291
6.10 Obrigação de permissividade de participação dos usuários	293
6.11 Obrigação de adoção de práticas de proteção e sustentabilidade ambiental.....	294
6.12 Obrigação de permissão de acesso a infraestrutura de domínio privado	296

CAPÍTULO 7

DIAGNÓSTICO SETORIAL DA REGULAÇÃO SOCIAL E DE IMPOSIÇÃO DE OBRIGAÇÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS EM ATIVIDADES LIBERALIZADAS NO BRASIL.....

7.1 Esclarecimentos preliminares.....	299
7.2 Energia Elétrica	300
7.3 Telecomunicações.....	307
7.4 Saneamento básico.....	313
7.5 Transportes individuais de passageiros (táxi e transporte por aplicativo)	317
7.6 Navegação aérea	322

CONSIDERAÇÕES FINAIS	329
----------------------------	-----

REFERÊNCIAS.....	333
------------------	-----