

Vitor Rhein Schirato

LIVRE INICIATIVA NOS SERVIÇOS PÚBLICOS

2ª Edição

Prefácio

Floriano de Azevedo Marques Neto

Apresentação

Odete Medauar

Área específica

DIREITO ADMINISTRATIVO.

Áreas afins

DIREITO ECONÔMICO, DIREITO PÚBLICO,
DIREITO ADMINISTRATIVO.

FORMATO: 14,5 × 21,5 cm

CÓDIGO: 10003275

VITOR RHEIN SCHIRATO

Livre iniciativa nos serviços públicos

Prefácio

Floriano de Azevedo Marques Neto

Apresentação

Odete Medauar

2ª edição



FORUM

A obra *Livre iniciativa nos serviços públicos* tem como objetivo analisar o conceito de serviço público no Direito brasileiro, sobretudo com relação ao aspecto subjetivo dos serviços públicos. Tradicionalmente, as atividades econômicas consideradas serviços públicos, no Brasil, são apartadas da livre iniciativa em decorrência de uma reserva estatal proveniente do aspecto subjetivo dos serviços públicos. Contudo, o direito positivo brasileiro e a prática econômica atual não autorizam a permanência dessa construção, como formulada historicamente. Os serviços públicos não são atividades necessariamente infensas a uma ordem de livre iniciativa e não se encontram, *a priori*, sob qualquer tipo de reserva estatal. A partir deste pressuposto, diversas questões advêm e devem ser analisadas juridicamente, como o substrato da noção de serviço público, as consequências da instituição de um determinado serviço público e a permanência da noção em um território orientado, em regra, para a concorrência. O livro é fruto de tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da USP, a qual foi considerada por comissão independente especialmente designada pela Comissão de Pós-Graduação a melhor tese de doutorado da faculdade no ano de 2011.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD

S3371	Schirato, Vitor Rhein Livre Iniciativa nos Serviços Públicos / Vitor Rhein Schirato. - 2. ed. - Belo Horizonte : Fórum, 2022. 353 p. ; 14,5cm x 21,5cm. Inclui bibliografia. ISBN: 978-65-5518-356-6 1. Direito. 2. Direito Administrativo. 3. Direito Econômico. 4. Direito Público. I. Título.	
2022-1026		CDD: 341.3 CDU: 342.9

Elaborado por Vagner Rodolfo da Silva - CRB-8/9410

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

SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre Iniciativa nos Serviços Públicos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. 353 p. ISBN 978-65-5518-356-6.

Vitor Rhein Schirato é Professor Doutor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Doutor em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP. Mestre em Direito Administrativo Econômico pela Faculdade de Direito da Universität Osnabrück (Alemanha). Membro da Associazione Italiana Professori di Diritto Amministrativo (AIPDA) e do Istituto di Ricerca sulla Pubblica Amministrazione (IRPA). Secretário da Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (ASIER). Membro fundador da Asociación Iberoamericana de Derecho de la Energía (ASIDE).

PREFÁCIO DA PRIMEIRA EDIÇÃO	
Floriano de Azevedo Marques Neto	15
APRESENTAÇÃO DA 2ª EDIÇÃO	19
APRESENTAÇÃO DA PRIMEIRA EDIÇÃO	
Odete Medauar	21
INTRODUÇÃO	23
Objeto de pesquisa	23
Delimitação da noção de serviço público	26
Delimitação na noção de concorrência.....	28
Estrutura do trabalho	29

PARTE I
A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DA NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO
COMO ATIVIDADE EXCLUSIVA

CAPÍTULO 1	
A NOÇÃO TRADICIONAL DE SERVIÇO PÚBLICO E SEU REGIME JURÍDICO NO BRASIL	
	37
1.1	A formação da noção de serviço público
	37
1.1.1	Breves considerações sobre a formação da noção no direito europeu
	37
1.1.2	O surgimento da noção no direito brasileiro.....
	40
1.1.3	Serviço público como atividade estatal
	43
1.1.4	A doutrina de Themistocles Brandão Cavalcanti
	46
1.2	O regime jurídico dos serviços públicos
	48
1.2.1	A divisão entre regimes de direito privado e de direito público
	48
1.2.2	Conceito e regime jurídico dos serviços públicos nas concepções tradicionais
	54
1.2.3	Aplicação e consequências do regime jurídico de direito público.....
	58
1.3	O serviço público como forma de atividade econômica especial
	61
1.4	O reflexo da doutrina na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....
	66
1.4.1	Atribuição de benefícios e prerrogativas.....
	67
1.4.2	Concepção subjetiva de serviço público.....
	69
1.4.3	Concepção objetiva de serviço público.....
	70
1.4.4	Exclusividade na prestação dos serviços públicos
	72
1.4.5	Criação de serviços públicos por lei.....
	74
1.4.6	Breve conclusão.....
	74
CAPÍTULO 2	
OS FUNDAMENTOS E AS CONSEQUÊNCIAS DA NOÇÃO TRADICIONAL DE SERVIÇO PÚBLICO	
	75
2.1	Razões da formação da noção tradicional de serviço público
	75
2.1.1	Influência da Escola do Serviço Público francesa
	76
2.1.2	A influência do direito italiano.....
	77
2.1.3	Interesses governamentais
	80
2.1.4	A necessidade de explicação jurídica para situações de fato
	82
2.1.5	Concepções ideológicas
	85

2.1.6	A necessidade de utilização de bens públicos e privados	86
2.1.7	Breve conclusão parcial.....	88
2.2	As consequências da noção tradicional de serviço público no Brasil	88
2.2.1	O apego ao elemento subjetivo ou orgânico e a noção de titularidade estatal.....	89
2.2.2	A interpretação da Constituição segundo a doutrina	91
2.2.3	Serviço público como prerrogativa estatal, e não como obrigação.....	92

PARTE II
RAZÕES DA REVISÃO DA NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

CAPÍTULO 3

OS SERVIÇOS PÚBLICOS COMO OBRIGAÇÃO ESTATAL		97
3.1	Serviços públicos e direitos fundamentais.....	97
3.1.1	Os serviços públicos como instrumento para a realização dos direitos fundamentais	101
3.1.1.1	Direitos fundamentais e necessidades coletivas	104
3.1.1.2	Serviços públicos e a restrição de outros direitos fundamentais	108
3.1.2	A jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão.....	112
3.1.3	Os serviços públicos e os direitos subjetivos públicos	115
3.2	Os serviços públicos como obrigação, e não como prerrogativa	117
3.3	O conteúdo dos artigos 173 e 175 da Constituição Federal	124
3.3.1	A visão tradicional da doutrina.....	125
3.3.2	A necessidade de uma revisão.....	127
3.3.2.1	O regime jurídico	128
3.3.2.2	A titularidade estatal.....	131
3.3.2.3	O artigo 173 como fundamento do artigo 175	132
3.3.3	A nossa posição.....	133
3.4	Uma interpretação hodierna da noção de serviço público à luz do conteúdo do artigo 175 da Constituição Federal.....	136

CAPÍTULO 4

A APLICAÇÃO DAS NORMAS DE CONCORRÊNCIA AOS SERVIÇOS PÚBLICOS		141
4.1	A concorrência na ordem econômica constitucional do Brasil ...	141
4.1.1	A livre concorrência como princípio da ordem econômica.....	142
4.1.2	A concorrência como instrumento de proteção e promoção do cidadão	147
4.2	A aplicabilidade das regras de defesa da concorrência aos serviços públicos	150
4.2.1	A necessidade de aplicação das normas de concorrência aos serviços públicos	153
4.2.2	A mitigação das normas concorrenciais para garantia do alcance das finalidades do serviço público	158
4.2.2.1	O caso da Comunidade Europeia.....	167
4.3	Os interesses públicos tutelados: interesses dos usuários ou interesses do Estado?	171
4.3.1	As diversas vertentes de interesses públicos	172
4.3.2	O interesse do estado no serviço público monopólico.....	178
4.3.3	Os interesses dos usuários.....	181

CAPÍTULO 5

SERVIÇOS PÚBLICOS E EXCLUSIVIDADE NA ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL.....		185
5.1	A previsão constitucional dos serviços públicos e a ausência da regra de exclusividade.....	185
5.1.1	A disciplina dos serviços públicos de telecomunicações anteriormente à Emenda Constitucional nº 8/95.....	187

5.1.2	A disciplina dos serviços públicos de distribuição de gás natural canalizado anteriormente à Emenda Constitucional nº 5/95.....	191
5.1.3	Conclusão preliminar.....	194
5.2	As hipóteses de exclusão da concorrência em atividades na Constituição Federal e seu critério restritivo.....	195
5.2.1	A Constituição Federal de 1988 e a Constituição Federal de 1967	198
5.3	A distinção entre serviços públicos e monopólios de acordo com a ordem econômica constitucional	201
5.4	Os monopólios naturais e os serviços públicos.....	204
5.4.1	Conceito de monopólio natural	205
5.4.2	Monopólios naturais e monopólios jurídicos	209
5.4.3	O papel dos monopólios naturais na construção dos serviços públicos como atividade inadmitida a concorrência.....	212
5.5	Os serviços postais.....	216
5.5.1	O regime jurídico dos serviços postais no Brasil	217
5.6	A superação da noção dos serviços públicos impassíveis de concorrência	219
5.6.1	As razões fáticas da superação	219
5.6.2	As razões jurídicas da superação	224

PARTE III OS DESAFIOS DO NOVO SERVIÇO PÚBLICO

CAPÍTULO 6

O NÚCLEO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS.....		229
6.1	A permanência do serviço público e sua configuração.....	229
6.2	Serviço público titularidade e serviço público regime jurídico ..	239
6.3	O regime jurídico dos serviços públicos	241
6.3.1	O regime jurídico de serviço público previsto no direito positivo.....	243
6.3.1.1	Universalização	244
6.3.1.1.1	Universalização e concorrência.....	248
6.3.1.2	Continuidade.....	254
6.3.1.3	Modicidade tarifária.....	260
6.3.1.3.1	Modicidade tarifária em um cenário concorrencial.....	264
6.3.1.3.2	Concorrência e subsídios tarifários	266
6.3.1.4	A necessária modulação do regime dos serviços públicos.....	270
6.3.1.5	Modicidade tarifária <i>versus</i> universalização.....	272
6.4	A tensão entre liberdade e ônus dos prestadores	276

CAPÍTULO 7

A PRESTAÇÃO CONCORRENCIAL DOS SERVIÇOS PÚBLICOS.....		281
7.1	Breve introdução: o novo serviço público e a concorrência	281
7.2	Prestação concorrencial sem assimetria de regimes jurídicos.....	283
7.2.1	A questão do equilíbrio econômico-financeiro	289
7.3	Prestação concorrencial com assimetria de regimes.....	292
7.4	Acessibilidade às atividades dos serviços públicos.....	296
7.4.1	O acesso às atividades em regime de serviço público.....	297
7.4.1.1	Prestação direta pelo Estado	298
7.4.1.2	Concessões de serviços públicos	301
7.4.1.2.1	Elementos clássicos da concessão e sua revisão.....	304
7.4.1.3	Permissão de serviços públicos	308
7.4.1.4	Subconcessão de serviços públicos	310
7.4.1.5	Arrendamento portuário	312
7.4.2	O acesso às atividades fora do regime de serviço público	314
7.4.2.1	O princípio da livre iniciativa	315
7.4.2.2	A necessidade de autorizações regulatórias.....	316

7.4.2.3	A necessidade de títulos habilitantes da administração ordenadora.....	324
7.4.2.4	A desnecessidade de qualquer título especial.....	327
7.5	Os serviços públicos e a concorrência.....	328
	CONCLUSÃO	331
	REFERÊNCIAS.....	341