

MARCO AURÉLIO DE BARCELOS SILVA

**O mito dos serviços públicos: monopólios, estratégias
interventivas e a regulação estatal da atividade econômica no
Brasil**

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Doutor Floriano de Azevedo Marques Neto

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2020

MARCO AURÉLIO DE BARCELOS SILVA

**O mito dos serviços públicos: monopólios, estratégias interventivas e a
regulação estatal da atividade econômica no Brasil**

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração em Direito do Estado, sob a orientação do Professor Doutor Floriano de Azevedo Marques Neto.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2020

FICHA CATALOGRÁFICA

Silva, Marco Aurélio de Barcelos

O mito dos serviços públicos: monopólios, estratégias interventivas e a regulação estatal da atividade econômica no Brasil ; Marco Aurélio de Barcelos Silva ; orientador Floriano de Azevedo Marques Neto -- São Paulo, 2020.

179

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. Serviços Públicos. 2. Monopólios. 3. Estratégias regulatórias. 4. Intervenção estatal. 5. Ordem econômica. I. Marques Neto, Floriano de Azevedo, orient. II. Título.

AUTOR: SILVA, Marco Aurélio de Barcelos

TÍTULO: O mito dos serviços públicos: monopólios, estratégias interventivas e a regulação estatal da atividade econômica no Brasil

Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito.

Data: ____/____/____

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Julgamento: _____

“Muitas vezes a contribuição mais importante que um cientista pode fazer não é propor uma nova teoria ou revelar um novo fato, mas descobrir um novo modo de olhar para as teorias ou fatos antigos.”

(Richard Dawkins, *O gene egoísta*)

“...diferentes teorias podem descrever com sucesso os mesmos fenômenos, embora dentro de quadros conceituais díspares.”

(Stephen Hawking, *O grande projeto*)

RESUMO

SILVA, Marco Aurélio de Barcelos. **O mito dos serviços públicos**: monopólios, estratégias interventivas e a regulação estatal da atividade econômica no Brasil. 2020. 179 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

A presente tese traz uma releitura para o conceito dos serviços públicos no Brasil, a partir das disposições atinentes à ordem econômica na Constituição da República de 1988. O estudo mostra que o conceito doutrinário dominante no País sobre o tema não adere ao que consta da Carta Magna e é insuficiente para fazer frente às modificações de ordem prática e de ordem infraconstitucional envolvendo a prestação, por terceiros, de atividades de relevo para a coletividade. Defende-se que os serviços públicos devem ser entendidos como uma estratégia regulatória, o que significa serem eles um conjunto de regras que viabilizam o controle, pelo Estado, do acesso de particulares à exploração de alguns serviços, em razão de falhas de mercado (como monopólios naturais e bens públicos), é dizer, em situações nas quais haja déficit de competitividade e os atores do mercado não consigam se organizar para explorar adequadamente uma atividade econômica. Indica-se ser preciso examinar o caso concreto para se justificar a aplicação do regime dos serviços públicos, observado o teste de competitividade. Revela-se que as normas da Constituição Federal erigiram um sistema regulatório mais amplo, do qual a técnica dos serviços públicos é um componente. Esse sistema engloba graus variados de medidas interventivas, e nele ganha espaço as autorizações, os monopólios jurídicos e a atuação empresarial do Estado. Cada figura (ou estratégia regulatória) também está condicionada à aplicação do teste de competitividade, a partir do exame de cada caso concreto. As conclusões alcançadas caminham para uma nova forma de se interpretarem as normas constitucionais sobre os serviços públicos, o que favorece o manejo das diferentes técnicas de regulação disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro para garantir a oferta de atividades econômicas que satisfaçam direitos fundamentais.

Palavras-chave: Serviços públicos. Monopólios. Estratégias regulatórias. Intervenção estatal. Ordem econômica.

ABSTRACT

SILVA, Marco Aurélio de Barcelos. **The myth of public services**: monopolies, interventional strategies and state regulation of economic activity in Brazil. 2020. 179 p. Doctoral Dissertation – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

This dissertation presents a rereading of the concept of public services in Brazil from the provisions related to the economic order in its Constitution, and other constitutional text's provisions. This study shows that the country's prevailing doctrinal concept about the subject does not adhere to the provisions of the Magna Carta, and is neither enough to tackle the practical and legal changes regarding the delivery of relevant activities for the community by third parties. It argues that public services should be understood as a regulatory strategy, which means they are a set of rules that enable the State to control the individual's access to some services. This control is due to market failures, related to natural monopolies and public goods, as well as to other situations, in which we find competitive deficit and market players that cannot organize themselves to exploit properly an economic activity. The study points out the need to analyze each concrete case in order to justify the implementation of public services, observing the competitiveness test. It reveals that the rules of the Federal Constitution of 1988 have set up a broader regulatory system, in which the public service mechanism is only one component. This regulatory system encompasses different degrees of state interventional measures, and other figures, such as authorizations, legal monopolies, and the state's role as an economic agent along other private actors, have gained space in it. Each of these figures (or regulatory strategies) is also subjected to the competitiveness test, which will be performed through the analysis of each concrete case. The dissertation's conclusions move towards a new way of interpreting the constitutional norms on public services, which favors the management of the different regulation techniques available in the Brazilian legal system to guarantee the offer of economic activities that satisfy fundamental rights.

Keywords: Public services. Monopolies. Regulatory strategies. State intervention. Economic order.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. RESSALVA INICIAL: POR QUE ESTE ESTUDO NÃO SE INICIARÁ PELA NARRATIVA HISTÓRICA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS?	16
2. O QUE DIZEM OS AUTORES BRASILEIROS SOBRE O CONCEITO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS?	20
2.1. O que dizem os manualistas tradicionais no Brasil.....	20
2.2. O que sintetiza, em última análise, os conceitos dos manualistas brasileiros: os “critérios” do serviço público.....	24
2.2.1. O critério subjetivo (e a noção de “publicatio”).....	25
2.2.2. O critério material (e a subjetividade dos doutrinadores)	28
2.2.3. O critério formal (e a preocupação garantista para com os serviços públicos).....	31
3. CRÍTICA AOS CRITÉRIOS DOS SERVIÇOS PÚBLICOS (O QUE A DOUTRINA TRADICIONAL AINDA NÃO CONSEGUE EXPLICAR)	36
3.1. O problema da recorrência circular das normas constitucionais.....	39
3.2. O problema das autorizações para os serviços públicos	47
3.3. Por fim, o problema do critério formal dos serviços públicos	53
4. ALGUNS DESVIOS TEÓRICOS RELEVANTES À CORRENTE DOUTRINÁRIA TRADICIONAL	58
4.1. Reflexões sobre o pensamento de Eros Roberto Grau	58
4.2. Reflexões sobre o pensamento de Vitor Rhein Schirato.....	66
5. EM BUSCA DE UMA NOVA VISÃO: OS SERVIÇOS PÚBLICOS COMO ESTRATÉGIA REGULATÓRIA	77
5.1. Os serviços públicos como estratégia regulatória aplicável a atividades alheias à competição entre agentes no mercado	85
5.1.1. Os serviços públicos como uma forma de se tratarem monopólios naturais.....	87

5.1.2. Os serviços públicos como uma forma de se tratarem bens públicos em sentido econômico (“public goods”)	99
5.1.3. Os serviços públicos como uma forma de se tratarem serviços conexos a bens públicos em sentido jurídico	105
6. A (RE)INSERÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS EM UM “SISTEMA REGULATÓRIO” CONSTITUCIONAL.....	110
6.1. Questão fundamental I: haveria um conceito de serviços públicos na Constituição Federal de 1988?.....	111
6.2. Questão fundamental II: haveria serviços públicos explicitamente nominados na Constituição? (O caso dos serviços públicos da União, dos estados e dos municípios).....	115
6.3. Questão fundamental III: como, afinal, compatibilizar o regime das autorizações com o texto constitucional?	133
6.4. Questão fundamental IV: como compatibilizar o art. 173 com o art. 175 da Constituição Federal de 1988?.....	148
6.5. Enfim: os serviços públicos integrantes de um “sistema regulatório” constitucional.....	154
CONCLUSÃO	160
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	167

INTRODUÇÃO

Os serviços públicos são daqueles conceitos jurídicos em permanente crise. Ao se dedicar ao exame do assunto, é inevitável reparar como, nacionalmente e em outros países, essa constatação acaba se tornando corriqueira.¹ Existem, de fato, dificuldades graves de se amarrarem os contornos desse instituto em uma definição totalizante e definitiva. E o trabalho árduo da doutrina jurídica ao longo do último século vem confirmar o quão desafiadora a tarefa é.

Mas, talvez, sequer fosse possível reduzir o conteúdo dos serviços públicos a uma definição pronta. É que tais serviços se interpenetram na dinâmica econômica da sociedade, irrompem nas zonas de atrito entre empresários e consumidores, percorrem o campo das infraestruturas de rede e os monopólios e são constantemente fustigados por sucessivas evoluções tecnológicas. Mais ainda, talvez fosse um erro pretender encapsular o sentido dos serviços públicos como atividades adrede concebidas pelo legislador, ou como uma listagem antevista por esse ou por aquele jurista. Os modelos teóricos dominantes, na verdade, vêm se desconectando cada vez mais da realidade atual, sendo certo que atividades antes enquadráveis como serviços de tal natureza estão a encontrar novos caminhos para existir. Para não ir muito longe, basta lembrar as autorizações para a exploração de terminais portuários de uso privado, e basta atentar-se para os avanços da indústria do transporte por aplicativo (seja o individual e, mais recentemente, o coletivo), cujas manifestações, quer no campo do direito, quer no campo da vida prática, não desmentem essa percepção.

Por isso mesmo, pode-se dizer que os ingredientes motivadores da presente pesquisa são, senão, estes: a insatisfação para com as explicações construídas até então pelos doutrinadores nacionais e o desejo de se desenvolver uma resposta atualizada para a questão fundamental sobre o *que são os serviços públicos*.

¹ Nesse sentido, conferir: Aragão (2008b, pp. 421-467); Cassagne (2006, pp. 375-401); e Merlin (2006).

A esse respeito, é importante, logo de início, deixar claro que por uma opção metodológica deliberada, ao invés de se descer a fundo nos primórdios das teorias conformadoras dos serviços públicos (o que levaria a se revisitarem elucubrações vetustas das escolas francesa, italiana, alemã e outras), ou, ainda, ao invés de se apontarem, em cada continente do globo, as vicissitudes históricas que fizeram o Estado assumir para si uma atividade tal ou qual, o presente estudo concentrará seus esforços na consolidação de um novo jeito de ler o texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Este será, portanto, um trabalho de cunho reflexivo e propositivo, com tônica fortemente marcada por aspectos prático-operacionais. Deseja-se, por meio dele, criar uma referência útil para aqueles que lidam com a práxis dos serviços públicos no dia a dia, sejam servidores públicos, empreendedores privados, magistrados, promotores e, notadamente, os formuladores de políticas públicas – estejam eles no Parlamento ou nos órgãos de cúpula dos governos. A sua finalidade, pois, estará em suscitar uma visão diferenciada em relação à que vigora até aqui a respeito do assunto, permitindo que os leitores se desprendam de antigas amarras e acalentem uma compreensão mais plástica e funcional do sistema regulatório ingênito na Constituição Brasileira, para a tutela e a coordenação da atividade econômica pelo Estado.

É bem verdade que essa abordagem se mostra mais direta e combinará recortes bem estreitos, especificamente no que toca à bibliografia reportada. Haverá – como se constatará logo na sequência – um favorecimento às obras dos autores nacionais, e, particularmente nos primeiros capítulos, será irremediável cruzar-se com as designações teóricas que permeiam os manuais do Direito Administrativo. Não é difícil, porém, compreender o porquê desse desiderato: nos manuais e, por óbvio, na doutrina brasileira, estão congregadas as ideias-matriz da cultura jurídica do País – ou seja, lá se encontra a leitura elementar sobre os grandes tópicos do Direito pátrio (como é o caso dos serviços públicos) –, sendo isso, precisamente, o que se deseja analisar e reconstruir nesta tese.

Não há dúvidas, entretanto, de que esse traço peculiar possa transgredir parâmetros preeminentes da pesquisa jurídica nacional, inspirada que é pela tradição ibérica e pela grandiloquência dos trabalhos de seus importantes pesquisadores. Pois que o leitor, em razão disso, não interprete mal a dissonância, tampouco julgue empobrecidas as provocações que o presente estudo oferecerá.

Ficará evidenciado, para todos os efeitos, que ele tem início, meio e fim. E que se arrisca a oferecer uma proposta hermenêutica inovadora, capaz de alinhar de forma clara e coerente (menos pelas reflexões estrangeiras e menos pelo direito comparado) os múltiplos segmentos normativos que orbitam em volta dos serviços públicos, de acordo – insista-se – com o texto da Carta Magna do Brasil.

Feitas essas relevantes considerações preliminares, tem-se que a hipótese primordial desta pesquisa é a de que os serviços públicos, em face das normas vigentes da Constituição da República, configuram um regime, é dizer: eles traduzem uma estratégia regulatória incidente sobre determinadas atividades econômicas, sobre as quais as forças do livre mercado não são suficientes para garantir a respectiva oferta ou a prestação adequada junto à sociedade. Como pressuposto dessa assertiva, há de se reconhecer inexistir a antagonização estanque entre atividades econômicas e serviços públicos, prevalecendo, isso sim, um plexo de medidas regulatórias destinadas a disciplinar a ordem econômica no Brasil (trata-se de um sistema regulatório constitucional), das quais a técnica dos serviços públicos é apenas uma variação.

Sob esse contexto, não se oferecerá, por meio deste estudo, uma nova listagem para as atividades qualificáveis como serviços públicos; tampouco se desejarão reforçar, por meio do recurso à expressão *regime*, aqueles ingredientes próprios do regime jurídico administrativo ou, ainda, os elementos que costumam informar o modo de execução dos contratos de concessão ou de permissão (como a continuidade, a igualdade, a universalidade, entre outros). O que se buscará, em última análise, é ressaltar a racionalidade subjacente à adoção daquele instituto (os serviços públicos), a qual, uma vez apreendida, permitirá o manejo mais apurado da engrenagem normativa complexa que a Constituição concebeu para a exploração das atividades econômicas no País como um todo.

Veja-se, especialmente, que ao se referir aos serviços públicos como regime ou estratégia regulatória, sustentar-se-á que eles denotam uma *regra de acesso* a determinadas atividades por particulares, criando uma forma específica de articulação entre o Poder Público e alguns agentes do mercado. É isso, a propósito, o que se dessumiria do art. 175 da Constituição da República, que de maneira resumida prescreve: ou o Estado executa tais serviços, ou terceiros fazem-no – porém, desde que obedeçam a um procedimento licitatório e celebrem, com o Poder Público, um contrato específico.

Dado esse enquadramento, constatar-se-á, no decorrer do trabalho, a necessidade de se elucidarem as razões que amparariam tal modo peculiar de articulação entre Estado e agentes da sociedade, e mais, mostrar-se-á imperioso explicar porque seria legítimo, em certas hipóteses, reconhecer ao Estado a condição de dono de uma atividade econômica, reunindo o controle sobre *quem, quando, como* e se tal atividade viria a ser explorada.

Quanto ao ponto, a presente pesquisa asseverará, então, a importância da análise do caso concreto para se responderem às questões abertas, e indicará, como já adiantado, que um aspecto especial – a inviabilidade de competição em um dado mercado – irromperá como o primordial indicativo da pertinência da utilização do regime dos serviços públicos sobre uma atividade econômica. Tal regime, por isso mesmo, haverá de ser visto como uma espécie de pronta resposta a um déficit de competitividade, que permitirá a coordenação dos agentes mercadológicos através de um contrato de longo prazo com o Estado, e garantirá a oferta da atividade afetada.

Essa visão sobre os serviços públicos repercutirá sobre outras técnicas regulatórias a cargo do Poder Público, consolidando a imagem do sistema regulatório amplo e complexo assente na Lei Maior. Nesse sistema, os serviços públicos coexistem com outras fórmulas, como as autorizações, ficando nítido o equívoco de se supor que o Estado estaria obrigado a chamar para si a responsabilidade por ofertar serviços de relevo para a sociedade, como se essa fosse a opção derradeira para se alcançarem os mais nobres preceitos constitucionais.

No extremo, o que esta tese enfatizará é o fato de que ao Poder Público cabe, em *ultima ratio*, *garantir a oferta* das atividades relevantes para a coletividade, ainda que para isso tenha de acessar diferentes metodologias e ferramentas, bem como estimular – ou condicionar – o comportamento de múltiplos atores privados de forma espectral (tendo por lastro o painel regulatório mais amplo a que acima se aludiu).

Vencido, assim, esse pano de fundo introdutório, vale perpassar, aqui, os tópicos em que a presente pesquisa estará dividida. Ao todo, ela se compõe de seis capítulos, além da conclusão, e se desenrola sobre três grandes frentes de análise. A primeira dessas frentes estará dedicada a compilar e revisar criticamente os conceitos doutrinários tradicionais sobre os serviços públicos, embora também

venha a ressaltar algumas contribuições importantes de autores cujas abordagens carregam consigo ingredientes importantes para a construção de uma nova roupagem para o assunto, no País. A segunda frente apresentará a ideia central de que os serviços públicos poderiam ser lidos como um regime e indicará os elementos que corroborariam tal entendimento. Na última frente, por sua vez, promover-se-á uma releitura dos dispositivos constitucionais sob o ângulo do (novo) regime dos serviços públicos e expor-se-á, ainda, a figura do sistema hierarquizado de técnicas regulatórias orientadas a disciplinar o exercício das atividades econômicas, pelo Estado, no Brasil.

Já quanto a cada um dos capítulos, o primeiro deles reforçará uma ressalva essencial. No presente estudo, como aqui antecipado, não se resgatará o processo pelo qual se deu a construção da doutrina dos serviços públicos – nem no Brasil, nem em outros países. Mostrar-se-á que outros autores já se dedicaram de forma percuciente a essa apuração, sendo prescindível, portanto, replicar, nas páginas deste trabalho, o mesmo procedimento. Ademais, será o caso de se deixarem bem recortados os campos de investigação da pesquisa, os quais se guiarão por dois parâmetros especiais, frise-se: o *geográfico* (o que importa no estudo é a realidade *brasileira*); e o *temporal* (importa, para todos os efeitos, a visão *atual* que predomina acerca dos serviços públicos no País). Logo, a título de fontes de consulta, privilegiar-se-ão, tanto quanto possível, os mais recentes autores nacionais.

O segundo capítulo, por seu turno, dedicar-se-á a apontar o que esses autores brasileiros, que sedimentariam a *doutrina predominante* até o presente momento, pensariam a respeito dos serviços públicos. Pretender-se-á divisar, nesse tópico, os critérios tradicionais dos serviços públicos, e sinalizar como eles estariam assentados em bases metodológicas ainda pouco sólidas. Essa abordagem aparecerá reforçada no terceiro capítulo, quando se aprofundarão as críticas às propostas prevaletentes para o conceito e para o funcionamento dos serviços públicos no Brasil. Será ressaltado, por exemplo, que os doutrinadores ainda dedicariam reduzida energia sobre a sistematização dos serviços públicos de competência dos estados e dos municípios – o que se justificaria, acredita-se, pela ausência de um elenco das atividades correspondentes na Constituição Federal de 1988 (o contrário tendo sido feito, em princípio, no art. 21, XI e XII, da Lei Maior, relativamente à União). Do mesmo modo, será mostrado como persistem dúvidas sobre figuras relegadas à marginalidade no universo dos serviços públicos, como

é o caso notório das autorizações, cuja utilidade e potencialidade são timidamente tratadas pela doutrina majoritária.

O quarto capítulo, em compensação, cuidará de examinar importantes aspectos do pensamento de dois juristas que, apesar de em diferentes épocas, e a seu modo, trouxeram provocações marcantes em face da corrente teórica dominante, ajudando, com isso, a pavimentar o caminho para a construção de uma proposta diferenciada para os serviços públicos. Grau (2010) e Schirato (2012), como será asseverado, reforçaram a percepção de que os serviços públicos seriam, nada mais, nada menos, do que atividades econômicas (desmistificando, pois, a dicotomia entre uma e outra categoria); e, no caso específico do segundo autor, ele fincou a ideia de que a exploração de tais atividades por particulares haveria de prevalecer em face do regime da *publicatio* (mostrando que seria preciso encontrar uma razão de ser para a detenção estatal sobre elas). Aqui, no entanto, para além de se esclarecer como o raciocínio de ambos os autores contribuiriam para o caminho traçado na pesquisa, o quarto capítulo sublinhará, também, algumas críticas sobre o entendimento por eles esposado. As questões não dirimidas por esses autores motivarão muitas das propostas teóricas a serem intentadas no presente estudo.

Já o quinto capítulo trará a consolidação da nova visão para os serviços públicos. Nele, será trabalhada a perspectiva de que os serviços públicos, antes de carrearem um agrupamento de atividades, funcionariam como um regime – mais precisamente, uma regra de acesso a determinados mercados. Será compartilhada, sob esse prisma, a perspectiva de que a aposição do referido regime sobre uma atividade econômica não a *tornaria* infensa à competição, mas refletiria, na verdade, uma *resposta* projetada para endereçar uma falha de mercado pressuposta. Serão exemplificadas, nesse sentido, algumas dessas falhas mercadológicas motivadoras da incidência do regime mencionado, bem como as razões pelas quais se poderia entender que ele representaria uma alternativa regulatória adequada para processá-las.

Firmados os parâmetros, bem como a funcionalidade do *regime dos serviços públicos* (que parte da técnica da *publicatio* contida no art. 175 da Constituição da República), alcançar-se-á, no último capítulo, o desafio de se testar o instituto (revisitado) frente às demais normas da ordem econômica brasileira. Buscar-se-á, assim, demonstrar que a visão proposta nesta tese para os serviços

públicos facilitaria a interpretação das disposições constitucionais correspondentes, com a vantagem de elucidar questões não tratadas de maneira satisfatória pela doutrina jurídica brasileira. Revelar-se-á, por conseguinte, que os serviços públicos, como *técnica regulatória* que seriam, comporiam uma engrenagem bem maior assente na Carta Magna. E, então, poder-se-á explicar a interface desses serviços com as disposições do art. 173 da Constituição Federal de 1988 (relativas à intervenção do Estado no domínio econômico em situação de competição com atores do mercado); assim como com as disposições do art. 177 (referentes aos monopólios jurídicos subsistentes no texto constitucional); com as disposições dos arts. 25 e 30, V (respeitantes à temática dos serviços públicos de competência dos estados e dos municípios); e, por fim, com as disposições do art. 21, XI e XII (no tocante aos serviços de competência da União e, em especial, ao regime das autorizações que o mesmo dispositivo acolhe).

Por derradeiro, será trazida a conclusão desta pesquisa, com a reiteração dos procedimentos e das proposições teóricas alcançadas ao longo e por meio dela. Espera-se, como dito, poder contribuir com a edificação de um novo pensamento que ultrapasse a concepção estanque entre serviços públicos e atividades econômicas, e que permita, ainda, o manejo das *múltiplas fórmulas regulatórias* que o constituinte erigiu em favor dos órgãos e entidades estatais – para que eles possam cristalizar, diretamente e sobretudo mediante a interação com os particulares, os valores fundantes do Estado Brasileiro.

1. RESSALVA INICIAL: POR QUE ESTE ESTUDO NÃO SE INICIARÁ PELA NARRATIVA HISTÓRICA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS?

É certo que o serviço público compreende um elemento relevante da doutrina jus-administrativista (tanto no Brasil, quanto na realidade estrangeira). Esse aspecto, sem dúvida, estimula a que considerações acerca do processo histórico de construção de tal conceito tivessem de ser registradas, o que conduziria, irremediavelmente, às origens da assim denominada Escola de Serviço Público francesa. Para os propósitos deste trabalho, todavia, reputa-se pouco proveitoso resgatar todo esse caminho teórico e reproduzir, de forma mecânica, o itinerário de conformação do conceito do serviço público mundo afora e ao longo dos séculos.

Com efeito, as razões para essa opção metodológica residem no fato de que: a) a literatura jurídica (inclusive nacional) já empreendeu esforço substancial para descortinar a trajetória por meio da qual tal definição se erigiu no decurso do tempo; e b) o recorte analítico adotado na presente pesquisa se concentra, como será observado, na interpretação que a doutrina *brasileira* faz a respeito do tema na *contemporaneidade* e com base nas normas jurídicas *vigentes no País*. Por essas razões, um esforço histórico a respeito dos serviços públicos seria – senão cansativo – pelo menos redundante.

Em qualquer caso, e tão-somente a título de referência, vale deixar a menção, entre outras, às obras de Valette (2000, pp. 9-83), Chevallier (2017, pp. 25-37), Braconnier (2007, pp. 105-191), Justen (2003), Aragão (2008, pp. 75-117) e o atualíssimo levantamento doutrinário realizado por Schirato (2012, pp. 37-93), que ilustram de forma muito bem contextualizada a construção teórica dos serviços públicos na Europa e no Brasil. Vale, ainda, deixar demarcados três apontamentos extraíveis a partir das narrativas desenvolvidas por todos os autores, a saber:

- a) os serviços públicos representariam, em sua origem, uma resposta jurídica a um problema social e político, envolvendo uma estratégia de justificação do Estado e da nova ordem que brotaria a partir do

esfacelamento do Antigo Regime.² Daí, aliás, sua correlação com as reflexões a respeito do próprio papel da instituição *Estado* e com a ideia de garantia da coesão (ou interdependência) social – a exemplo do que propugnava, por todos, León Duguit;³

b) os serviços públicos costumam pressupor um regime jurídico especial que o encapsularia, o qual, porém, teria servido no passado de critério para se dirimir uma questão atinente à arquitetura organizacional do Estado Francês, a saber: a demarcação das competências jurisdicionais do seu Conselho do Estado⁴ *vis-à-vis* a competência dos tribunais judiciais; e

c) os serviços públicos são reconhecidamente um conceito dinâmico, que clama por adaptações interpretativas contínuas e sucessivas,⁵ circunstância que comumente induz à afirmação de o referido conceito se sujeitar a uma condição de permanente crise⁶.

² “A teoria do serviço público nasceu ao término de um período de intensas inquietações, que questionaram a concepção tradicional do Estado: um novo Estado começa a emergir, cuja legitimidade deve ser fortalecida” (CHEVALLIER, 2017, p. 25).

³ Apenas para rememorar: León Duguit é tido como o fundador da Escola de Serviço Público ou Escola de Bordeaux. Para Duguit (1928, p. 61), serviço público seria “qualquer atividade cujo cumprimento deva ser disciplinado, assegurado e controlado pelos governantes, por ser indispensável à realização e ao desenvolvimento da coesão social, e cuja natureza é tal que dita atividade não pode ser realizada completamente, senão por meio da utilização da força estatal” (tradução nossa). Segundo Chevallier (2017, pp. 34-35): “com Duguit, a noção de serviço público adquire um alcance distinto, servindo de fundamento de uma nova teoria do Estado”, que se desvencilha da ideia de *puissance publique* para se conformar a um paradigma de atendimento, pelo Estado, aos anseios sociais. Por isso é que, ainda de acordo com Chevallier (2017, p. 34), “a noção de serviço público anuncia a derrocada de um poder estatal incondicional e parece fundar o Estado de direito em bases sólidas”.

⁴ “O essencial do debate jurídico [sobre os serviços públicos] está estruturado, na França, ao redor do dualismo jurisdicional e, assim, da repartição do contencioso entre as jurisdições de ordem judicial e as jurisdições de ordem administrativa” (BRACONNIER, 2007, p. 105) (tradução nossa). Não por outra razão, os administrativistas costumam citar os julgados das cortes francesas para explicar a formação do conceito, tal como se dá em relação ao prestigioso *arrêt Blanco*. Para uma análise da relevância do precedente Blanco para a caracterização dos serviços públicos na França, vale a consulta à obra de Guglielmi e Koubi (2011). Esses autores ressaltam o fato de que o mais célebre julgado do Tribunal de Conflitos daquele país evidenciaria que a noção de serviço público fora forjada sob um cenário de forte competição entre instituições: “o Conselho de Estado não quis afastar-se de campos de competência cruciais, e é plausível reconhecer que o conceito de serviço público tenha servido para construir as linhas argumentativas nesse sentido” (GUGLIELMI; KOUBI, 2011, pp. 56-59) (tradução nossa).

⁵ Como alerta Valette (2003, p. 47): “o modelo do serviço público elaborado por León Duguit, cujos critérios jurídicos foram adaptados por Gaston Jèze, tem sido popular desde os anos 20. Todavia, nas décadas mais recentes, uma nova abordagem parece necessária” (tradução nossa).

⁶ É de Aragão (2008, p. 239) tal afirmativa. Para o autor: “o serviço público é, desde sua origem, uma noção em permanente crise”.

Dadas essas referências, é possível afirmar, sinteticamente, que os serviços públicos representam uma ideia correlacionada à realidade de uma comunidade jurídica determinada e em um dado recorte temporal – ou seja: trata-se, indubitavelmente, de uma definição histórica e territorial.⁷ Justamente por essa razão, seria temerário pretender transplantar, de forma automática, os contornos utilizados para dimensionar os serviços públicos no passado e em distintos lugares, para o contexto político e social desse ou daquele país – como é o caso do Brasil. Os serviços públicos traduzem, isso sim, um instrumento que visa a oferecer soluções para problemas concretos. E isso repercutirá na ideia que as pessoas nutrem a seu respeito, bem como na forma por meio da qual tais serviços poderão ser materializados – o que representa, em última análise, o seu *regime jurídico*.

A esse propósito, não se pode esquecer do fato de subsistir no Brasil uma característica peculiar atinente ao pano de fundo normativo sobre o qual se estão edificadas as doutrinas concebidas para o mencionado instituto. Embora a própria Constituição da República (CR) se utilize nominalmente de tal expressão,⁸ as normas constitucionais nada dizem sobre um conceito preciso para o *serviço público*.⁹ A se tomar, por exemplo, o aclamado art. 175 da CR (em especial o seu parágrafo único), percebe-se que ele até prescreve que a legislação infraconstitucional deveria cuidar da definição do regime das empresas que explorassem aquelas atividades, assim como da disciplina dos seus respectivos contratos (incluída a forma de prorrogação, caducidade, fiscalização e rescisão). Tal dispositivo, ainda, prescreve caber à lei dispor sobre os direitos dos usuários, a política tarifária e a obrigação de se manter o serviço adequado.¹⁰ Nada obstante,

⁷ Para citar, de novo, Chevallier (2017, p. 7), a concepção francesa do serviço público, por exemplo, seria “indissociável de um modelo estatal específico, produto de uma longa evolução histórica”. Também nesse sentido, Justen Filho (2003, p. 17) adverte que a conceituação de serviço público adotada na França, por exemplo, não seria aplicável ao Brasil, ainda que se pudesse reputar, de outro lado, que as concepções vigentes na Itália fossem muito mais próximas às adotadas nacionalmente.

⁸ O texto da Constituição Brasileira, incluindo-se o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), faz menção expressa ao termo “serviços públicos” vinte e seis vezes e, ao termo “serviço público”, outras dez vezes.

⁹ Nessa linha, Loureiro (2010, p. 12) reforça que o art. 175 nem “aponta qualquer instância concreta de serviço público”, tampouco formula, “implícita ou explicitamente, uma definição de serviço público”.

¹⁰ Veja-se que a lei a que se refere o art. 175, parágrafo único, da CR, existe. Atualmente, as principais regras referentes às empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, assim como às características dos contratos de concessão e permissão, estão cristalizadas na Lei Federal nº 8.987, de 23 de fevereiro de 1995 (a *Lei de Concessões de Serviços Públicos*).

subsiste, em geral, uma vagueza de comandos¹¹ na Constituição Federal de 1988 quanto aos meandros do regime de tais serviços, circunstância que autoriza concluir que aquilo que se entende no País como serviço público é, na verdade, a resultante do pensamento de autores cujas (pré)concepções vêm se perenizando ao longo dos anos no ideário jurídico existente. É dizer: é serviço público, no Brasil, aquilo que os doutrinadores apresentam como se fosse o melhor modelo teórico para equacionar um problema correspondente às infinitas demandas sociais e às escassas prestações estatais.

¹¹ A respeito da ausência de parâmetros constitucionais claros para a fixação do regime dos serviços públicos, por exemplo, Sundfeld (2006, pp. 31-32) afirma: “Quanto a mim, não consigo, ao examinar a Constituição, localizar onde estaria a definição desse regime único; o que encontro, em sucessivas passagens, é a previsão de que cabe às leis disciplinar os direitos e deveres de prestadores, de usuários e do Poder Público”, circunstância que sinalizaria, para o autor, haver uma espécie de “interpretação muito pessoal da Constituição” por parte dos juristas brasileiros.

2. O QUE DIZEM OS AUTORES BRASILEIROS SOBRE O CONCEITO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS?

Para se compreender o que a doutrina nacional pensa sobre os serviços públicos, e para se extrair o essencial do que se ajustaria às definições básicas predominantes a esse respeito, é inevitável colher amostras conceituais dos manuais de Direito Administrativo brasileiros, que consubstanciam o ideário assente na comunidade jurídica, e que não deixam de ser instrumentos de difusão massiva de fórmulas e de proposições de alcance geral. É também válido aplicar um recorte mínimo sobre as obras doutrinárias a serem referenciadas, privilegiando aquelas veiculadas após a Constituição da República de 1988 e focalizando, igualmente, autores que comentam os serviços públicos posteriormente a algumas importantes modificações introduzidas no texto constitucional – cristalizadas, por exemplo, com a Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995.¹² A partir desse exercício, alcança-se um razoável universo de administrativistas notáveis, os quais se propõem a explicar os serviços públicos na contemporaneidade, e cuja referência é conveniente registrar-se, aqui e ali, conforme se faz a partir de agora.

2.1. *O que dizem os manualistas tradicionais no Brasil*

Na obra até então atualizada por Eurico de Andrade Azevedo *et al.*, Meirelles (2010, p. 35) revela-se um autor sensível ao desafio que é uniformizar um conceito terminativo para os serviços públicos. Sob esse contexto, o autor lança mão de duas estratégias intelectivas para lhe apoiar o pensamento. Em primeiro lugar, ele defende uma abordagem mais abrangente a respeito do instituto. E, na sequência, ele segmenta tal abordagem em distintas subdivisões, buscando, dessa forma, acomodar um número grande de variáveis que – de qualquer modo – se

¹² A Emenda Constitucional nº 8 teve o papel de quebrar o monopólio estatal das telecomunicações, prevendo, por exemplo, a figura da autorização como instrumento admissível à exploração não estatal daqueles serviços. Como explica Aranha (2015, pp. 25-26), referida emenda “representou um marco normativo de adaptação da legislação às demandas de globalização do sistema de telecomunicações, de certa forma impostas por políticas de empréstimos internacionais, e voltadas à mudança do papel do Estado na economia, mediante o conceito de Estado Regulador em detrimento do Estado Prestador”.

justaporiam ao espectro maior inicialmente apresentado. Para ele, então, serviço público seria: “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controle estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado” (MEIRELLES, 2010, p. 350). E mais: haveria “serviços públicos propriamente ditos” (aqueles prestados de forma privativa pela Administração “diretamente à comunidade por reconhecer sua essencialidade e necessidade para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado” – a exemplo dos serviços de defesa nacional e segurança pública); e os “serviços de utilidade pública” (cuja “conveniência” a Administração reconheceria para os membros da coletividade, e que seriam por ela prestados diretamente, ou por terceiros, mediante a aquiescência daquela e conforme condições de regulamentação e controle por ela estabelecidas – dos quais seriam exemplo os serviços de transporte coletivo, energia elétrica, gás e telefone) (MEIRELLES, 2010, p. 350).

Com efeito, a partir das proposições de Meirelles (2010, p. 350), já é possível identificar o recurso (que se mostrará recorrente na doutrina) a expressões indeterminadas para se explanarem os serviços públicos, tais como: “necessidades essenciais”, “conveniência”, “utilidade pública” etc. Também já é possível extrair um indicativo importante da existência de pelo menos três componentes, que se repetirão com maior ou menor evidência na maioria das definições compartilhadas pelos autores brasileiros. Esses componentes envolvem: o fato de os serviços públicos serem prestados pela Administração (ou, então, por seus delegatários); o fato de a tais serviços aplicar-se um conjunto de normas e controles especiais (um regime jurídico específico); e o fato de haver uma correlação entre os serviços rotulados como públicos e um seu aspecto material peculiar (traduzido na essencialidade das atividades a eles correspondentes).

Para Di Pietro (2018, p. 134), por sua vez, serviços públicos são definidos como “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime total ou parcialmente público”. A autora, é verdade, também admite a variabilidade daquele conceito no tempo e no espaço, e ressalta caber ao Estado, “por meio de lei”, escolher “quais as atividades que, em determinado momento, são consideradas serviços públicos” (DI PIETRO, 2018, pp. 133-134). Das considerações da autora, identifica-se, mais

uma vez, a presença estatal em relação aos serviços públicos (é dizer: ou o Estado os exerce, ou terceiros o fazem, mas por meio de delegação); do regime especial (o dito “regime total ou parcialmente público”); e da essencialidade das atividades (que têm por objetivo satisfazer a “necessidades coletivas”). Como se confirmará adiante, esses aspectos suscitarão, em última instância, o discernimento dos três *critérios* clássicos informadores do conceito de serviços públicos, que se traduzem em: critério *subjetivo*, critério *formal* e critério *material*, respectivamente.

Migrando-se para as lições de Bandeira de Mello (2008, p. 659), ele compreende os serviços públicos como sendo:

toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinentes ao seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

Esse autor, sem dúvida, oferece uma visão dotada de maior especificidade frente aos doutrinadores antecedentes, notadamente por inserir a *divisibilidade* como um caractere dos serviços públicos (o que remeterá à tarifação ou cobrança individualizada dessas atividades junto aos respectivos usuários e sedimentará o alicerce teórico para a sua exploração econômica por terceiros). Mais ainda, ele delinea com maior detalhamento o conteúdo do regime comumente reconhecido aos serviços públicos, o qual pressuporia as assim chamadas *prerrogativas* e *restrições* especiais – notas típicas das bases ideológicas do próprio Direito Administrativo, consoante a doutrina geral de Bandeira de Mello (2008, pp. 43-58).

Na mesma linha da problematização dos contornos dos serviços públicos, Gasparini (2008, p. 294)¹³ propõe uma definição bem próxima à anteriormente aludida, cuja transcrição é a seguinte:

serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade fruível preponderantemente pelos administrados, prestada pela Administração Pública ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime

¹³O autor é um dos que reconhece não ser fácil oferecer uma noção para os serviços públicos. Para ele: “A doutrina toma essa locução nas mais variadas acepções e com isso dificulta a obtenção da almejada uniformidade conceitual. Tal verificação levou Waline a dizer, sobre a busca desse desejado conceito, tratar-se de um ‘diálogo de surdos’, e a preconizar-se, na França, a ‘crise da noção de serviço público’” (GASPARINI, 2008, p. 293).

de Direito Público, instituído em favor de interesses definidos como próprios pelo ordenamento jurídico.

De inovador está a aproximação maior do autor com uma perspectiva legalista no que toca aos interesses que tais atividades visariam a atender, dando a crer que o atributo material dos serviços públicos – leia-se: a natureza das atividades rotuladas enquanto tal – adviria do próprio direito positivo (é a lei quem estabeleceria os objetivos justificadores da criação de um serviço público).

Medauar (2003, p. 337), adicionalmente, dispõe um foco especial sobre o aspecto *prestacional* de tais serviços, diferenciando-os, com isso, de atividades meramente burocráticas da Administração Pública – como seria a mera “carimbada num requerimento” (MEDAUAR, 2003, p. 337). Para a doutrinadora, haveria um “núcleo pacífico dos serviços públicos”, como água, luz, iluminação pública, coleta de lixo, limpeza de ruas e correio, e os serviços públicos se caracterizariam como: “atividades que propiciam diretamente benefícios e bens aos administrados, não se incluindo aí as de preparação de infraestruturas (arquivo, arrecadação de tributos)” (MEDAUAR, 2003, p. 339). A autora reconhece, igualmente, a presença de um vínculo inevitável com a Administração Pública, no sentido de que, ou a atividade é prestada por ela, ou a Administração controla a sua prestação por via de terceiros (MEDAUAR, 2003, p. 339). No que toca ao regime jurídico: “a atividade de prestação é submetida total ou parcialmente ao direito administrativo, mesmo que seja realizada por particulares” (MEDAUAR, 2003, p. 340).

Já Carvalho Filho (2010, p. 350) explica que os serviços públicos caracterizariam “toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade”. O autor, como se vê, compila alguns dos elementos referenciados, por exemplo, por Di Pietro (2018, p. 134), reconhecendo, assim, a *presença estatal*, o *interesse coletivo*, a *essencialidade* do serviço,¹⁴ bem como a existência de um *regime de Direito Público* a ele aplicável.

Para finalizar, Justen Filho (2018, p. 632) percebe o serviço público como:

¹⁴ Segundo o autor, a propósito, “o caráter de essencialidade do serviço não tem parâmetros previamente definidos, variando de acordo com o lugar e o tempo em que a atividade é desempenhada. Com efeito, há países em que um determinado serviço se configura como essencial, ao passo que em outro não passa de atividade secundária” (CARVALHO FILHO, 2010, p. 351).

uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre-iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob regime de direito público.

Sem embargo, há componentes manejados por esse último autor que merecem realce. Para além de se utilizar de termos como “necessidades transindividuais, materiais ou imateriais”,¹⁵ ele é, entre os manualistas mais reconhecidos, o primeiro a fazer alusão expressa à figura da “livre iniciativa” no bojo da definição dos serviços públicos apresentada. Isso pressuporia, nas palavras de Justen Filho (2018, p. 634), um “cunho variável ao elenco dos serviços públicos” e, até mesmo, a “possibilidade teórica do desaparecimento do serviço público”, o que se daria na hipótese de o “sistema econômico privado dispuser de condições para assegurar a satisfação dos direitos fundamentais de todos os integrantes da sociedade” (JUSTEN FILHO, 2018, p. 634).¹⁶ Para fins do presente estudo, é importante ter em mente a proposta teórica desse doutrinador. Mais à frente, confirmar-se-á que existe, mesmo, uma tensão entre a livre iniciativa e a ação estatal limitadora, que envolve a qualificação de atividades como se serviços públicos fossem.

2.2. O que sintetiza, em última análise, os conceitos dos manualistas brasileiros: os “critérios” do serviço público

Decerto, é possível detectar que as formulações teóricas atinentes ao tema dos serviços públicos vão se reforçando e se incrementando por entre os variados manualistas brasileiros, até convergirem na corrente tradicional sobre o assunto. Tais formulações, ademais, denunciam a presença de alguns itens recorrentes nos conceitos compartilhados – que caracterizariam, como nomeia a própria doutrina,

¹⁵ A esse respeito, o autor explica que poderia haver serviços dedicados à satisfação de necessidades individuais (logo, serviços públicos fruíveis individualmente), como também serviços cuja fruição se faria coletivamente (a exemplo da varrição de rua). Trata-se, em última análise, da clássica distinção entre serviços *uti singuli* e *uti universi*, cuja importância, como reconhece o próprio autor, repercutiria sobre “a remuneração cabível” aos serviços (JUSTEN FILHO, 2018, p. 633).

¹⁶ Por isso é que – prossegue o autor – “o elenco de serviços públicos em uma sociedade economicamente desenvolvida tende a ser muito mais reduzido do que se passa em países com sistema econômico deficiente” (JUSTEN FILHO, 2018, p. 634).

os *critérios* dos serviços públicos. Esses critérios são peças importantes do modelo dominante, e envolvem o reconhecimento de que:

- a) os serviços públicos seriam titularizados pelo Estado (trata-se do critério *subjetivo* dos serviços públicos);
- b) as atividades rotuladas como serviços públicos trariam consigo uma essencialidade que justificaria a sua assunção ou prestação pelo Poder Público (trata-se do critério *material* dos serviços públicos); e
- c) haveria um regime específico aplicável aos serviços públicos (trata-se do critério *formal* dos serviços públicos).

Vale compreender melhor e analisar *reflexivamente* esses respectivos critérios.

2.2.1. O critério subjetivo (e a noção de “publicatio”)

De acordo com o critério subjetivo ou orgânico, o serviço público representaria, em princípio, “um complexo de entes, órgãos e agentes” (FREIRE, 2014, p. 215) – isto é: serviços públicos levariam em conta estruturas estatais para existir. Deriva dessa ideia a afirmativa de que o serviço público seria “sempre incumbência do Estado” (DI PIETRO, 2018, p.134), o que é um indicativo forte do pensamento doutrinário hegemônico, segundo o qual tais serviços não estariam franqueados à livre iniciativa.¹⁷

É claro que a própria doutrina reconhece, a esse respeito, a evolução¹⁸ da operabilidade da prestação dos serviços públicos, por meio da qual se admitiu que terceiros, para além do Estado, também viessem a prestá-los. Mas em tais situações, haveria sempre de se pressupor um vínculo jurídico específico a ser

¹⁷ Como explica Dal Pozzo (2012, p. 71): “o critério subjetivo parte da premissa de que o Estado, por ele mesmo ou por entidade sua, figure com titular da prestação do serviço, além, obviamente, de funcionar como titular do próprio serviço”.

¹⁸ Com efeito, Grotti (2003, p. 44) reconhece ter havido uma “evolução dentro do critério orgânico: enquanto no princípio só se concebia o serviço público prestado por entes estatais, passou-se a admitir sua prestação por entes ou pessoas privadas (concessionários)”.

mantido entre o Poder Público e os particulares (trata-se da *delegação*), o que acabaria por salvaguardar a permanência, ainda que indireta, do referido critério subjetivo. É sob esse contexto, a propósito, que Medauar (2003, p. 339) reconhece uma “relação de dependência entre a atividade e a Administração”, mesmo quando executada por entidades não estatais.

Nesses termos – seja por si mesmo, seja por via de terceiros –, o critério orgânico vem explicitar o fato de o Estado conservar um status especial em face daqueles serviços. No ideário construído pela doutrina tradicional brasileira, tais serviços são de *titularidade* do Estado, e isso fixa uma barreira virtual para que particulares, de forma independente, acessem a sua execução. Mais ainda, na situação de *donos* dos serviços públicos, ao Estado caberia definir o planejamento, a maneira e, em última instância, a própria garantia de que tais atividades viessem a ser ofertadas aos administrados (é dizer: ele definiria o *quando*, o *como* e até mesmo se um dado serviço público eventualmente viria a existir).

Tal concepção correspondente ao critério subjetivo é, para muitos autores, derivada das disposições da própria Constituição da República, nomeadamente o *caput* do seu art. 175, de acordo com o qual ao Poder Público incumbiria a prestação de serviços públicos, seja diretamente, seja indiretamente, mas, nesse último caso, sob o regime de concessão ou permissão, e sempre com a precedência de um processo licitatório. De novo, muito embora o trecho destacado não elucide o que viesse a se entender pela expressão *serviço público* nele contida, subsiste, no dispositivo, uma *condicionante especial* para que entidades privadas explorassem aquelas atividades, que é a prerrogativa (ou vontade) de o Estado assim anuir.¹⁹

Como se disse, isso é corolário natural da titularidade estatal dos serviços públicos, à qual se referenciará, para os fins deste estudo, de *publicatio*. Por meio da *publicatio*, uma atividade é *removida* do âmbito da livre iniciativa e passa a estar sujeita às deliberações do aparato estatal no que diz respeito a *quando*, *como* e *se*

¹⁹ Justen Filho (2018, p. 638) assim elucida: “Segundo os conceitos clássicos do direito administrativo, o serviço público é de titularidade do Estado, ainda que sua gestão possa ser atribuída a particulares. Não se aplicam os princípios da livre-iniciativa, uma vez que a prestação do serviço público incumbe ao Estado. Nem se poderia cogitar de livre concorrência, pois a titularidade estatal se retrata no monopólio estatal. O fundamento constitucional dessa disciplina se encontra no art. 175”.

ela existirá.²⁰ A atividade, por isso mesmo, rotular-se-á como um serviço público e, para um terceiro aceder à condição de seu explorador, será imprescindível a realização de uma ação estatal específica – a celebração de um contrato –, a ser antecedida, como também mencionado, de uma licitação entre todos os potenciais interessados.

Registre-se, por oportuno, que a doutrina nacional também se utiliza em geral da locução *publicatio* como sinônimo de titularidade estatal dos serviços públicos. Schirato (2012, p. 89), por exemplo, ao ressaltar o apego ao elemento subjetivo ou orgânico por parte dos juristas, explica que:

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.

O mesmo autor ainda frisa, em nota de rodapé, que “a noção de *publicatio* é vista como uma atividade exclusiva do Estado, de tal forma que a titularidade estatal associada aos serviços públicos predique, de forma necessária, a sujeição da atividade a um regime de exclusividade estatal” (SCHIRATO, 2012, p. 89).²¹

O *critério subjetivo*, por esse ângulo, está a dizer – apenas e simplesmente – que, conforme a ótica dos juristas tradicionais, “os serviços públicos no Brasil são de titularidade do Poder Público” (FERRAZ; SAAD, 2018, p. 25), ou ainda, que “a titularidade do serviço público será sempre do Estado, pois esse é o conteúdo adequado para preencher o requisito subjetivo” (DAL POZZO, 2012, p. 120).²²

²⁰ Aragão (2008, p. 196) reforça a ideia de que os serviços públicos estariam excluídos do âmbito da livre iniciativa, “podendo ser executados por particulares apenas mediante delegação quando, como e enquanto o Estado politicamente assim decidir”.

²¹ O conceito da *publicatio* como titularidade estatal dos serviços públicos volta a aparecer em outras passagens da obra de Schirato (2012, pp. 26, 124, 166, 176 e 284), o que, conforme será visto adiante, não necessariamente significa que o autor concorde com a ideia de que os serviços públicos implicariam a titularização exclusiva de atividades econômicas pelo Estado. Em todo o caso, ainda sobre a *publicatio*, Grotti (2003, p. 41) alude a esse termo como sendo a “passagem [das atividades consideradas serviços públicos] à titularidade do Estado”. Aragão (2008, p. 161), por sua vez, faz referência expressa à figura da *publicatio* como se traduzindo no “fato de a atividade estar reservada à titularidade estatal”. E Modesto (2005, p. 10) defende que a *publicatio* representaria a noção de titularidade pelo Estado da atividade de serviço público, com aplicação obrigatória de regime jurídico especial, sendo traço característico da concepção francesa do serviço público, profundamente arraigada no Brasil.

²² O autor chega a afirmar, aliás, que: “se estamos diante de um serviço público, a titularidade será sempre exclusiva do Estado, podendo este, no máximo, delegar a prestação dos serviços a

Trata-se, sem dúvida, de uma assertiva provocativa a respeito dos serviços públicos, que faz despertar, nada obstante, uma questão inafastável: *por que determinadas atividades haveriam de se sujeitar ao domínio exclusivo do Estado, deixando, ao receber o rótulo de serviços públicos, de fluir no âmbito da livre iniciativa?* Os autores, para responder a essa indagação, recorrem a um segundo critério atinente ao instituto, que é comentado logo abaixo.

2.2.2. O critério material (e a subjetividade dos doutrinadores)

Decerto, parece pouco sensato admitir que toda e qualquer espécie de atividade ou serviço fosse engolida pela *publicatio*, no sentido de que, a qualquer momento e por qualquer razão, ela estivesse jungida ao senhorio do Estado. Por isso mesmo, é desejável encontrar-se uma medida ou parâmetro para que tal ocorrência se justificasse, até porque a realidade da vida revela existirem vários serviços que circulam na sociedade, independentemente da mobilização imediata do aparato estatal.²³ É sob esse cenário que se costuma trazer à cena o já mencionado *critério material* ou *objetivo* dos serviços públicos, o qual se propõe a identificar algum atributo específico de uma atividade para se legitimar a adoção, sobre ela, da estratégia de *quem é dono* por parte do Poder Público. Quanto a esse ponto, entretantes, verifica-se hoje um elevado grau de abstração das significações utilizadas pelos doutrinadores para indicar o que poderia funcionar, em última instância, como o *fundamento para a publicatio*, valendo a pena analisar algumas das reflexões por eles propostas.

Por exemplo, a ainda com base nos autores tradicionais, Di Pietro (2018, p. 136) usa, a título de referência, a ideia de “objetivos de interesse público” para remeter-se ao critério material (para ela: o serviço público seria uma *atividade de interesse público*).²⁴ A autora, porém, até reconhece que poderia haver atividades de interesse geral que fossem exercidas por particulares. Mas em tal caso, aquelas atividades seriam movidas predominantemente pelos interesses dessas pessoas,

particulares, pelos meios jurídicos postos à disposição do Poder Público” (DAL POZZO, 2012, pp. 86-87).

²³ É o caso, por exemplo, da produção de têxteis e do funcionamento de bares e restaurantes, cuja exploração econômica não se dá, em regra, por meio de um órgão ou entidade pertencente ao organograma estatal.

²⁴ Esse é o mesmo pensamento de Bandeira de Mello (2008, p. 663), o qual assevera que: “se não fora pela relevância para o todo social, o Estado não teria porque assumir tal atividade”.

sendo “insuficiente o objetivo de interesse público” para caracterizar o serviço público. Haveria, por conseguinte, uma espécie de gradação ou predominância de interesses, que separaria aquilo que estaria sob a titularidade exclusiva do Estado e o que restaria disponível à livre iniciativa. E, assim, premida pela dificuldade de se fixar alguma régua para essa medida ou gradiente, Di Pietro (2018, p. 136), como outros autores, acaba se socorrendo do direito positivo para extrair a definição concreta do que seria, ou não, um serviço público – é dizer: “é o Estado, por meio da lei, que escolhe quais as atividades que, em determinado momento, são consideradas serviços públicos” (DI PIETRO, 2018, p. 133).

De modo similar, é esse o raciocínio de Grotti (2006, p. 45), de acordo com quem a qualificação de uma atividade como serviço público remeteria ao “plano da escolha política”, que poderia estar, até mesmo, fixada na Constituição de um país. Para a autora, não haveria “um serviço público por natureza”, muito embora fosse possível elencar algumas *razões* para considerar uma dada atividade como tal. Essas razões, de acordo com Medauar (2003, p. 339), seriam: “retirar da especulação privada setores delicados; propiciar o benefício do serviço aos menos favorecidos; suprir carência da iniciativa privada; favorecer o progresso técnico”, entre outros.

No entendimento de Rocha (2010, p. 24), a transformação de uma atividade econômica em serviço público estaria, também, condicionada ao fato de ela deter “alguma relevância para a coletividade a ponto de justificar a submissão a um regime jurídico diferenciado”. E para Aragão (2008, p. 408), para quem o aspecto monopólico de certas atividades até poderia funcionar como um dos critérios aceitáveis (o qual, inclusive, será aprofundado mais adiante neste trabalho), subsistiriam, paralelamente, *circunstâncias ideológicas* que justificariam a limitação da concorrência para as atividades qualificadas como serviços públicos – fruto da “concepção de que essas atividades, ainda que possuíssem conteúdo econômico, não poderiam, face ao estreito liame com os direitos fundamentais e com a solidariedade social, ser submetidas à lógica do lucro e do mercado”.²⁵

²⁵ É digna de nota, sob esse contexto, a reflexão de Silveira (2003, p. 113), referindo-se a Marcelo Caetano, de acordo com a qual: o serviço público “tem sua razão de ser nas necessidades, comodidades e interesses da coletividade à qual se destina e não pode, por isso, jamais, ser desvirtuado pelo espírito da especulação financeira ou pela exacerbação das regras da competição econômica”. Ainda para a autora (2003, p. 114): “não existe remédio para um país flagelado pelo subdesenvolvimento econômico e social que não seja o intervencionismo estatal. A ilusão de poder ignorar esse fato tem nos acarretado incansável frustração”.

Por derradeiro, Justen Filho (2003, p. 31) alinha-se à hipótese de que os serviços públicos guardariam correlação com os direitos fundamentais, e enxergaria nesse quesito o seu diferenciador para com as demais atividades econômicas. Nas palavras do autor: “sempre que uma certa necessidade humana for qualificável como manifestação direta e imediata da dignidade inerente ao ser humano, sua satisfação tenderá a produzir um serviço público”. É que, nesse caso, configurar-se-ia a “obrigatoriedade da satisfação de certa necessidade”, o que, por sua vez, justificaria que as atividades materiais correspondentes e a titularidade para o seu desempenho fossem atribuídas ao Estado (JUSTEN FILHO, 2003, p. 31). Em acréscimo, o jurista também concorda com o fato de os serviços públicos manterem-se como “manifestação direta e imediata da concepção política consagrada em cada ordenamento” (JUSTEN FILHO, 2003. p. 38), enaltecendo, por conseguinte, uma visão *positivista* sobre o assunto.

Neste momento, e por tudo quanto se trouxe acima, é importante deixar registrado que sobressai, no pensamento doutrinário dominante, a tendência de vincular o conteúdo dos serviços públicos (ou os atributos das atividades assim qualificadas) com parâmetros cujo conteúdo não são precisos (eles vão desde *objetivos públicos*²⁶ à *dignidade da pessoa humana*²⁷). Trata-se, sem dúvida, de parâmetros cuja indeterminabilidade é fluída, e isso levaria, em princípio, à dificuldade de se apresentar um rol conclusivo acerca das atividades sujeitas à titularidade estatal. Por isso, talvez, constate-se um apelo dos autores ao direito posto²⁸ a fim de se deslindarem as ocasiões em que seria justificável juridicamente a ocorrência de um serviço público e, pois, do fenômeno da *publicatio* acima reportado. Serviços públicos, diante disso, seriam atividades que trariam consigo caracteres especiais, porém, quem assim os reconheceria seria, no extremo, o próprio ordenamento jurídico do País.

²⁶ Conferir Di Pietro (2018, p. 136).

²⁷ Conferir JUSTEN FILHO (2003, p. 31).

²⁸ Com efeito, Silveira (2003, p. 109) chega a afirmar que a definição do que vem a ser, ou não, serviço público, no Brasil, sequer se deveria ao elemento material da atividade (ou seja: ao tipo de atividade que o Estado exerce, quer fosse uma atividade de interesse econômico, quer fosse de interesse público). O que importaria é “a titularidade conferida por lei ou pela Constituição”.

2.2.3. O critério formal (e a preocupação garantista para com os serviços públicos)

Como já se pôde notar, faz parte da construção teórica predominante no Brasil vincular os serviços públicos a um *regime jurídico especial*. Contudo, a exemplo do que ocorre em relação ao critério material anteriormente analisado, as referências doutrinárias concebidas parecem fincar-se em uma leitura do texto constitucional que – ao que se entende – não corresponderia à redação explicitada nos dispositivos que versam sobre o tema. É também inevitável perceber, em alguns casos, uma sobreposição quanto àquilo que se diz ser o regime dos serviços públicos com o próprio regime da Administração Pública.

Sem embargo, o reconhecimento de um regramento específico pertinente à Administração Pública também remete à tradição doutrinária francesa, tendo Jèze (1948) como um dos maiores expoentes. O autor, ao compilar o trabalho do Conselho de Estado na França no Séc. XX, teceu aquilo que denominou de *princípios gerais do Direito Administrativo*, os quais denotariam a situação especialíssima da Administração, quando apartada da influência das regras do Direito Privado. A singularidade desses princípios, necessários ao desempenho dos serviços estatais, levaria ao reconhecimento de *poderes* administrativos (sustentados na ideia de prevalência do interesse geral sobre os interesses particulares),²⁹ sendo certo que tais poderes, em contrapartida, haveriam de sofrer limitações para se evitarem abusos, trazendo à tona a figura das *sujeições*. Prerrogativas e sujeições, por consequência, comporiam o ideário clássico do regime jurídico administrativo, que se justificaria por conferir, em tese, instrumentos adequados ao Poder Público para a garantia da efetividade dos objetivos de interesse público que ele teria de perseguir.

No âmbito dos serviços públicos, a percepção de que também eles estariam embebidos dessa especialidade jurídica é acolhida de forma proeminente

²⁹ Aranha (2013, p. 48), a esse respeito, traz uma explicação ilustrativa: para ele, *regime* seria o “sistema de uma disciplina jurídica”, ou seja, o “conjunto de regras jurídicas integradas para a consecução de uma finalidade comum”. Quando tal finalidade fosse de interesse público em meio a uma relação vertical caracterizada pela manifestação de poder extroverso estatal, então o sistema seria chamado, de acordo com o autor, de “regime público”. Esclarece Aranha (2013, p. 48) que poder extroverso seria, por sua vez, a possibilidade de “imposição de deveres ao outro sujeito da relação jurídica sem a sua concordância”, isto é: “a possibilidade de obrigar unilateralmente a terceiros”.

por Bandeira de Mello (2008, p. 659), para quem – conforme igualmente visto – tais serviços estariam submetidos a um regime “consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais”. Di Pietro (2018, p. 135), nessa linha, ao avaliar a posição de autores nacionais, igualmente reforça que “o serviço público é sempre prestado no regime de direito público”, de modo que, mesmo as entidades privadas realizadoras de tais atividades estariam submetidas aos princípios da Administração Pública. Freire (2014, p. 259), por seu turno, é peremptório ao indicar que o serviço público seria informado pelos “princípios do direito público, sintetizados na consagração dos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade dos interesses públicos”.

De fato, no bojo das manifestações dos administrativistas brasileiros a respeito do denominado *critério formal*, é possível entrever uma preocupação latente, a qual o reconhecimento de um regime jurídico especial viria equacionar. Trata-se de se *garantir* que tais serviços, em virtude até mesmo da sua importância (relembre-se do *critério material*), fossem efetiva e adequadamente ofertados aos cidadãos em geral. Ou ainda: trata-se de se assegurar que tais serviços existissem no mundo real, atingissem o maior número de pessoas possível e materializassem concretamente as utilidades que os seus usuários esperariam obter. Sob esse olhar, erige-se o pensamento de que o Estado haveria de ser o titular de tais atividades (relembre-se, agora, do *critério subjetivo*), como se, ao exercer o papel de *dono*, ele reunisse as condições ideais de levar a cabo o cumprimento de todas aquelas incumbências – até porque, ele estaria juridicamente obrigado a tanto.³⁰

Perceba-se, nessa linha, que é razoável compreender a leitura tradicional da doutrina sobre o *regime jurídico dos serviços públicos* como uma espécie de resposta regulatória idealizada para conferir, muito mais, uma mínima disciplina ao *funcionamento* das atividades assim qualificadas. E tanto isso é verdade que, quando se aprofundam os aspectos em que se desdobraria tal regime especial, o que se encontra, em geral, é um rol de proposições ou princípios sobre como tais serviços *haveriam de ser prestados*.

Nas palavras de Dal Pozzo (2012, pp. 95-96), as proposições caracterizadoras de dito regime do serviço público (“conformado não somente pelos princípios que compõem o regime jurídico-administrativo, mas também por outros

³⁰ Como se viu: tanto o Poder Público, quanto os seus delegatários.

específicos que lhe conferem identidade”) teriam origem – também eles – na doutrina francesa, mais precisamente com as formulações de Louis Rolland (daí ser comum a alusão às *Leis de Rolland*). Originariamente, seriam citados, no bojo das leis dos serviços públicos, os princípios da: *continuidade*, da *adaptação* e da *igualdade*, os quais haveriam sempre de balizar a sua exploração.

No Brasil, é em torno desse eixo tripartite de matriz francesa que os doutrinadores costumam tecer o seu próprio repertório de princípios, para então amarrar o regime dos serviços públicos. A título exemplificativo, Dal Pozzo (2012, pp. 97-112) arrola: o princípio da *generalidade* ou da *universalidade* (que pressupõe a disponibilização dos serviços públicos para toda a coletividade); o princípio da *modicidade tarifária* (que implica a prestação dos serviços em valores financeiros que possam se suportados pela população); o princípio da *continuidade* (que requer o funcionamento contínuo e ininterrupto dos serviços); o princípio da *transparência* (que reclama o compartilhamento, de forma ampla, de informações aos usuários); o princípio da *adaptabilidade*, *mutabilidade* ou *atualidade* (que exige a adaptação dos serviços às modernidades e melhores tecnologias vigentes); o princípio da *cortesia* (que prescreve um tratamento afável e cortês pelos prestadores do serviço); o princípio da *igualdade* (que veda a aplicação de tratamento discriminatório aos usuários do serviço); o princípio da *regularidade* (que dispõe a cumprimento frequente e conforme as normas em relação aos serviços) e o princípio do *controle* sobre as condições da prestação dos serviços (a impor a rígida fiscalização, pelos órgãos de controle, da sua execução).³¹

Veja-se que grande parte desses princípios já está, hoje, catalogada na própria legislação infraconstitucional brasileira – como se infere da Lei Federal nº 8.987, de 23 de fevereiro de 1995. No art. 6º da denominada *Lei das Concessões de Serviços Públicos*, alude-se à imagem do “serviço adequado”, o qual deveria informar toda concessão ou permissão celebrada pela Administração Pública. O

³¹ Entre os demais autores que arrolam os princípios dos serviços públicos, vide Medauar (2003, pp. 340-341). A autora é mais sucinta na listagem que compartilha, apontando, assim: o princípio do *funcionamento equitativo* ou *igualdade de todos perante o serviço público* ou *paridade de tratamento*; o princípio do *funcionamento contínuo*; e a *possibilidade de modificar o modo de execução* (aproximando-se sensivelmente dos moldes originários das *Leis de Rolland*). Bandeira de Mello (2008, pp. 666-667), por sua vez, elenca o *dever inescusável do Estado de promover-lhe a prestação* [dos serviços públicos]; o *princípio da supremacia do interesse público*; o *princípio da adaptabilidade*; o *princípio da universalidade*; o *princípio da impessoalidade*; o *princípio da continuidade*; o *princípio da transparência*; o *princípio da motivação*; o *princípio da modicidade das tarifas*; e o *princípio do controle*. Esse rol é replicado, em maior ou menor escala, por Di Pietro (2018, pp. 139-140) e Gasparini (2008, pp. 299-303).

parágrafo primeiro do dispositivo, aliás, cuida de especificar o conteúdo do *serviço adequado*, que é o que satisfaria às condições de *regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia* na sua prestação e *modicidade das tarifas*. A atualidade, por sua vez, caracterizar-se-ia, consoante o parágrafo segundo do art. 6º da Lei Federal nº 8.987/1995, pela “modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço”.

Neste momento, porém, não se pode deixar de registrar que a lei referida, quando alude ao termo *serviço adequado*, na verdade não o faz como se estivesse a erigir um princípio universalizante, intrínseco a *todo o serviço público*. Em sua literalidade, o que o art. 6º dispõe é que as *concessões* e as *permissões*, elas sim, é que deveriam pressupor a adequabilidade dos serviços explorados, com os componentes ali descritos (continuidade, regularidade etc.).³² Além do mais, se é certo que a Constituição da República, no inciso IV do parágrafo único do art. 175, prescreve caber à lei dispor sobre a “obrigação de manter o serviço adequado” como um todo, ela não deixa, porém, pistas sobre o que representaria essa ideia. Outrossim, quando se reporta propriamente à instituição de um *regime*, a CR se volta, mais uma vez, apenas para as *empresas concessionárias e permissionárias* dos serviços públicos, bem como para o caráter especial dos seus *contratos* e de sua prorrogação, as condições de caducidade, a fiscalização e a rescisão da *concessão* ou da *permissão*.³³ O que se tem, portanto, é uma preocupação explícita do constituinte para com a criação de um disciplinamento especial voltado para *concessionários e permissionários*, o que permite concluir que os autores brasileiros, quando vindicam um regime especial aplicável aos *serviços públicos* em sua generalidade, parecem fazê-lo por mera extensão, senão, por liberalidade.

Paralelamente a esse aspecto, ainda não se ignora o fato de a doutrina nacional não demonstrar a correlação inequívoca entre a aplicabilidade do que aqui se referenciará como *Leis de Rolland* e a maior (ou menor) capacidade de se *viabilizar a oferta* de atividades de relevo para a sociedade de modo *contínuo*,

³² Relembre-se a redação do dispositivo: “Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato”.

³³ Diz o art. 175, parágrafo único, inciso I, da CR: “A lei disporá sobre: I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão”.

adaptável e isonômico. Isto é: não há a demonstração de que o regime jurídico especial (e mesmo a *publicatio*) levaria a que as atividades rotuláveis como serviços públicos pudessem ser oferecidas aos cidadãos da forma mais adequada possível, *vis-à-vis* outros modelos jurídicos (ou outras *estratégias regulatórias*) disponíveis.

O que se extrai, ao fim e ao cabo, é que a noção prevalecente sobre os serviços públicos (e, pois, sobre os *critérios* que o compõem) enaltece uma visão de mundo um tanto quanto autoritária, calcada no pressuposto de que o Estado deteria a melhor instrumentação jurídica e operacional para atender às demandas da coletividade por determinados bens e serviços – e ponto.³⁴ Essa, todavia, retrata uma perspectiva criticável na atualidade, cujas razões de reparo são desenvolvidas no capítulo subsequente.

³⁴ Esse pensamento centralizador, como comenta Marques Neto (2005, p. 9), remonta a uma concepção ideológica antiga, baseada na visão de que os interesses públicos relacionados às atividades rotuladas como serviços públicos seriam de tal monta, que se faria necessário interditar a sua exploração ao mercado. Isso porque: “a melhor maneira de regular uma determinada utilidade pública era reservar sua exploração ao Estado”, já que a “simples exploração direta dessa atividade já era considerada regulação suficiente” (MARQUES NETO, 2005, p. 7)

3. CRÍTICA AOS CRITÉRIOS DOS SERVIÇOS PÚBLICOS (O QUE A DOUTRINA TRADICIONAL AINDA NÃO CONSEGUE EXPLICAR)

Os critérios doutrinários até então analisados – subjetivo, material e formal – constituem, como visto, a amálgama sobre a qual se alicerça o conceito de serviços públicos preeminente ainda hoje. Em última instância, tais critérios significam dizer que *existiriam atividades de relevo para a coletividade, as quais deveriam, por isso mesmo, ser titularizadas pelo Poder Público e que, também por isso, haveriam de se submeter a uma disciplina jurídica especial para a sua execução – tudo, com vistas a assegurar a sua oferta de forma adequada para os cidadãos*. Essa narrativa, extraível dos critérios tradicionais examinados, é pertinente com a preocupação relacionada à *tutela* de determinadas atividades de interesse público: trata-se da visão *centralizadora* (ou *garantista*) referida anteriormente, segundo a qual o Estado deveria assumir a *provisão* dos serviços públicos para a sociedade.

Como adverte Justen Filho (2003, p. 34), uma tal visão centralizadora partiria da premissa difundida de que “a atividade é reservada ao Estado por ser ele o sujeito em melhores condições de seu exercício”, ou ainda, “porque o Estado poderia desincumbir-se tão ou mais adequadamente dela do que o faria a própria iniciativa privada”. Nesse sentido, para além de ser questionável o pressuposto subjacente (a da maior capacidade do Poder Público em prover as atividades), observa-se, mais ainda, que, face ao arcabouço constitucional atinente à disciplina dos serviços públicos e à intervenção estatal sobre o domínio econômico, referido raciocínio revelaria inconsistências, que acabariam por colocar em xeque a validade das correntes doutrinárias consolidadas no Brasil sobre o assunto.

A confirmar esse ponto, chama-se a atenção, neste subtópico, para o *princípio da livre iniciativa*, que tem lugar especial na topologia constitucional. Tal princípio aflora no art. 1º da CR (que o elege como *fundamento* da República Federativa do Brasil) e é repetido no art. 170 (que o indica, junto com a valorização do trabalho humano, como fundante da própria *ordem econômica* – enredo por sob o qual são tratados, mormente no art. 175, os serviços públicos). Decerto, a *tensão*

havia entre serviços públicos (com a ideia de *publicatio*) e a livre iniciativa já havia sido detectada por outros autores. Justen Filho (2018, p. 634), entre os manualistas, alertava para o fato de que, muito embora a atividade de serviço público fosse um instrumento de satisfação direta e imediata dos direitos fundamentais, isso não permitiria afirmar que esse seria o único modo de satisfazer a tais direitos. Nas palavras do jurista, seria, sobretudo, “indispensável a inadequação dos mecanismos da livre-iniciativa privada para a satisfação das necessidades correspondentes”, para então se recorrerem aos serviços públicos.³⁵ Também a esse respeito, Schirato (2012) desenvolveu importantes enlaces teóricos, preconizando novas fronteiras para a atuação do Estado no domínio econômico via serviços públicos. De acordo com o autor:

*Os serviços públicos possuem forte caráter obrigacional, o qual será, em determinados casos, conflitante com a liberdade inerente a um contexto de livre concorrência. Assim, será sempre necessário encontrar um equilíbrio entre a liberdade conferida aos agentes e o alcance das finalidades dos serviços públicos. Esse equilíbrio só emergirá de uma análise concreta de cada atividade, não havendo como se consolidar uma fórmula genérica aplicável a todos os serviços públicos de forma uniforme (SCHIRATO, 2012, p. 290).*³⁶

A partir dessas ponderações, é natural virem à tona algumas reflexões mais profundas, que remetem ao problema do tamanho do Estado e do espectro de suas atribuições. É dizer: quanto mais estatizante o viés for, mais abrangente se mostrará, por exemplo, o conceito dos serviços públicos, com contornos vívidos sobre a ideia de *publicatio* (o Estado terá a reserva, para si, e será o dono das atividades rotuladas como tal). Em outro vértice, todavia, preponderará a valorização da liberdade individual, que apõe sobre o Estado a condição de coadjuvante, exercendo a ordenação e o fomento das ações privadas.³⁷ Sob essa última tendência, a propósito, Schirato (2012, p. 277) esclarece que nada predicaria

³⁵ Nesse sentido, o autor faz alusão à produção e ao fornecimento de alimentos e medicamentos, que, a despeito de estarem diretamente atrelados à satisfação de tais direitos fundamentais, não são qualificados como serviços públicos, dado que a “atuação econômica privada é plenamente apta a produzir a sua satisfação de modo adequado” (JUSTEN FILHO, 2018, p. 634).

³⁶ As contribuições desse autor serão objeto de capítulo próprio no presente trabalho.

³⁷ Nesse sentido, Sundfeld (2003, p. 67) faz referência ao “princípio da mínima intervenção estatal na vida privada”. Nas palavras autor: “O Estado de Direito é governado por uma fundamental finalidade: fazer com que o exercício do poder político não elimine o necessário espectro de liberdade individual. A sociedade que o Estado de Direito quer construir é aquela onde os indivíduos disponham do máximo possível de liberdade e onde, não obstante, se possam realizar os interesses públicos”.

que apenas o Poder Público pudesse prestar os serviços públicos: tais serviços seriam configurados por uma finalidade a ser atingida, e não, por qualquer forma de titularidade ou exclusividade estatal, podendo conviver, pois, com a iniciativa de empreendedores particulares.

Entre esses extremos, fato é que o confronto *ação estatal vs. empreendedorismo privado* (e, logo: o dimensionamento do Estado) é influenciado, ainda, por aquilo que se entende por *princípio da subsidiariedade*. Tal preceito seria deduzido do já mencionado art. 170 da CR, como também do art. 1º do texto constitucional – ressaltando-se a importância que ambos os dispositivos atribuem ao valor da *livre iniciativa*.³⁸ Como explica Di Pietro (2005, p. 33-34), em decorrência do ideário da subsidiariedade, “o Estado deve abster-se de exercer atividades que o particular tem condições de exercer por sua própria iniciativa e com seus próprios recursos” – daí porque haveria, sob tal aspecto, uma “limitação à intervenção estatal”. Com a mesma inspiração, Aragão (2008, p. 244) defende que para uma dada atividade ser qualificada como serviço público, seria imprescindível que houvesse a incapacidade de a iniciativa privada prestá-la satisfatoriamente, sendo os medicamentos e os alimentos exemplo de bens essenciais, mas que seriam produzidos e fornecidos por particulares, ao largo do regime da *publicatio*.³⁹

Dadas essas constatações, há de se concluir que, antes de se rotular determinada atividade como serviço público, deve-se ter em mente um critério (ou lógica) que justifique a sua extirpação do ambiente do livre empreendedorismo. Trata-se, em *ultima ratio*, de se perguntar sobre *quando o Estado deve prestar*

³⁸ Sem embargo, há autores, como Mendonça (2018, p. 234), que não reconhecem a subsidiariedade como princípio constitucional, senão uma “diretriz político-administrativa de organização do Estado”. Para o autor, a Constituição abrir-se-ia a diversas ideologias, não havendo a predileção do constituinte pela instituição de um Estado subsidiário ou liberal. Mais ainda, a subsidiariedade não poderia ser tida como princípio constitucional porque “o mundo muda, e, nessa mudança, pode haver suficiente consenso a favor de maior grau de intervenção estatal. Só que, ‘constitucionalizada’, a subsidiariedade provavelmente não teria flexibilidade suficiente para admitir tal intervenção intensa”. A despeito da posição do jurista, é inevitável perquirir, em razão mesmo do princípio da eficiência, se o Estado deterá melhores ou piores condições de executar uma dada atividade, comparativamente à livre-iniciativa, de maneira a poder alçá-la ao *status* de serviço público. Quer se trate de princípio, quer se trate de ideologia, portanto, é essa comparação que informaria o confronto entre a *publicatio* e o empreendedorismo privado a que se faz alusão neste trabalho.

³⁹ Ainda sobre a noção subjacente ao princípio da subsidiariedade, Aranha (2015, pp. 18-19) afirma que o “Estado subsidiário” poderia ser resumido na seguinte máxima: “o governo deve fazer pelos cidadãos somente aquilo que eles não puderem fazer por si próprios, e nada mais”. Segundo o autor, essa noção englobaria ditames de orientação política de predomínio da iniciativa privada sobre a pública, de consequente limitação estatal, mas, ao mesmo tempo, de atribuição ao Estado da função de fomento, coordenação e fiscalização da iniciativa privada.

serviços públicos, ou ainda, sobre *quando é justificável a publicatio*⁴⁰ – pouco importando, aliás, o pressuposto que se prefira abraçar: ou o de se reconhecer ao Estado o papel de protagonista da execução material de serviços de interesse público,⁴¹ ou o de se lhe conferir uma posição subsidiária. Em qualquer hipótese – e parafraseando Sundfeld (2003, p. 70) – o que é incabível seria aquiescer com a narrativa simplista segundo a qual os serviços públicos seriam assim “porque o legislador quis assim”.⁴²

Apesar disso – e como se demonstrará na sequência – a verdade é que os ditames constitucionais versantes sobre a temática não cuidaram, mais uma vez, de detalhar explicitamente os procedimentos que permitissem descortinar tal lógica da *publicatio*. E o pior: os autores tradicionais – e os conceitos por eles até então desenvolvidos – ou ainda não perceberam, ou não lograram enfrentar devidamente a questão. Confira-se, sobre o ponto, a problemática que subsiste, consoante se explica a seguir.

3.1. O problema da recorrência circular das normas constitucionais

Como foi possível apontar *supra*, vige uma tendência da doutrina nacional em associar o conteúdo das atividades qualificadas como serviços públicos com alguns conceitos abertos, que vão desde os “objetivos públicos” (DI PIETRO, 2018, p. 136), até a “dignidade inerente ao ser humano” (JUSTEN FILHO, 2003, p. 31). De igual maneira, ante a indeterminabilidade dessas expressões (e por conta da dificuldade de se apresentar um rol definitivo das atividades que, em razão disso, estariam sujeitas à titularidade estatal), constata-se um apelo dos autores ao direito positivo a fim de se deslindarem as ocasiões em que seria justificável o aludido

⁴⁰ Também seria possível, quanto ao ponto, tomar-se de empréstimo a seguinte pergunta formulada por Justen Filho (2003, p. 21): “quando e porque uma atividade pode (ou deve) ser considerada serviço público?”.

⁴¹ Essa parece ser a posição de Freire (2014, p. 252), segundo quem, por mais que um serviço público pudesse ser eficientemente desempenhado por particulares, caberia apenas ao Estado decidir se seria mais conveniente para os interesses da sociedade que ele fosse prestado de forma direta, ou se outorgado a terceiros por meio de concessão ou permissão.

⁴² A esse propósito, vale a transcrição da seguinte opinião de Sundfeld (2003, p. 70): “É inconstitucional a restrição imposta pela lei aos direitos dos indivíduos quanto, às perguntas ‘por que foi ela instituída?’ ou ‘por que tem essa intensidade’, a resposta for senão: ‘porque o legislador quis assim’. O interesse público e o proveito social – identificáveis a partir de padrões de razoabilidade – são a única justificativa possível para os atos do Estado. A vontade do legislador não tem valor por si, mas apenas na medida em que, observados os limites da ordem jurídica, vem pautada nos padrões conhecidos de racionalidade”.

fenômeno da *publicatio*. Serviços públicos, em virtude disso, seriam atividades detidas pelo Poder Público que trariam consigo caracteres especiais, e quem assim reconheceria seria o ordenamento jurídico do País.

Ocorre, todavia, que o recurso ao direito positivo não é, na realidade, satisfatório para revelar o panorama dos serviços públicos no Brasil – por mais que se admitisse que o legislador seria legitimado para assim proceder. E isso acontece, pelo menos, à custa de dois importantes motivos.

O primeiro motivo reside no fato de a estrutura constitucional brasileira, a despeito de ser tida por juristas como a fonte normativa primordial para os serviços públicos,⁴³ acabar conduzindo a uma espécie de *raciocínio circular recorrente*, que replica, em certa medida, a própria indeterminabilidade de expressões contida nas formulações dos manualistas pátrios. Como consequência, não se tem, na CR, um quadro cristalino dos serviços públicos eleitos como tal pelo legislador.

Para ilustrar o raciocínio, veja-se que o art. 21 da Constituição da República, particularmente os incisos X, XI e XII, até contempla um rol de incumbências, tipicamente apontadas como os serviços de competência da União. Malgrado esse dispositivo não faça menção explícita ao termo *serviço público*, o maior problema relacionado à circularidade das disposições da Carta Magna não estaria, necessariamente, na listagem do art. 21 (referente às competências *federais* sobre o assunto), mas, em especial, no tratamento conferido pela CR aos estados e municípios, e no que diz respeito aos serviços por eles titularizados.

Sobre esse aspecto, vale observar que o art. 25, que trata das competências atribuídas aos estados federados, nomeia apenas os *serviços locais de gás canalizado* como os serviços que estariam, de forma manifesta, inseridos no plexo de competência de tais entes.⁴⁴ Sobre outros possíveis serviços, prevaleceria a regra do § 1º do dispositivo, que consagra a sua competência *residual*.⁴⁵ Logo, para se identificar o elenco dos serviços públicos estaduais, seria

⁴³ Para Lima (1963, p. 122), por exemplo, a definição do que seria, ou não, serviço público somente poderia ser formulada de forma determinante na Constituição Federal. Especialmente: “a lei ordinária que definir o que seja, ou não, serviço público terá de ser contrastada com a definição expressa ou suposta pela Constituição”.

⁴⁴ Vale transcrever o § 2º do art. 25 da CR: “Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação”.

⁴⁵ Sobre o aspecto residual das atribuições estaduais, Binenbojm (2006, p. 5) comenta: “tanto no que se refere às competências materiais como às competências legislativas, o princípio norteador

necessário percorrer um intrincado roteiro: primeiro, dever-se-ia extrair do texto constitucional os serviços que seriam de competência da União (exercício até menos complexo, *vis-à-vis* o art. 21 e os incisos X, XI e XII, anteriormente reportados); mas, na sequência, ainda seria necessário encontrarem-se os serviços de titularidade dos municípios – cuja disciplina, por sua vez, está concentrada no art. 30 da Lei Maior.

Pois bem, consultando-se o art. 30, V, da Constituição Federal de 1988, observa-se que tal preceito, ao estabelecer que caberiam aos municípios os *serviços públicos de interesse local*, igualmente não nomeia (à exceção do transporte coletivo) a que serviços tal dispositivo estaria se referindo.⁴⁶ Nesse caso, para se compreender as fronteiras das competências municipais, tem-se de construir uma narrativa abstrata, que estaria condicionada a outros dois aspectos igualmente não aprofundados no texto constitucional. De um lado, pende a limitação envolvendo o âmbito *geográfico* (qual seja: o interesse dito *local*) – circunstância que seria importante para divisar as prerrogativas dos municípios frente àquelas dos estados federados (a esse respeito, restaria perguntar: *o que seria local?*).⁴⁷ De outro lado, pende a própria condicionante *material*, que remete ao critério objetivo dos serviços públicos anteriormente apresentado, e que traduziria o *relevo público* ou eventual *essencialidade* das atividades sobre as quais as municipalidades teriam condições de deter a titularidade (caberia, sob essa ótica, perguntar: *sobre quais atividades locais seria admitido que um determinado município exercesse a publicatio?*).

Pois sim, haja vista esse contexto, isto é: tendo-se, primeiro, de descortinar o rol indeterminável dos serviços municipais, para só então se chegar ao conjunto

do federalismo brasileiro é de matriz norte-americana: enquanto as competências da União (arts. 21 e 22) e dos Municípios (art. 30) demandam previsão constitucional expressa, aos Estados-membros ficam reservadas competências residuais (art. 25, § 1º).

⁴⁶ O art. 30, inciso V, da CR, prescreve caberem aos municípios: “organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial”.

⁴⁷ A fim de se ilustrar a vagueza dos contornos contemplados na Constituição da República, relativamente às competências municipais para a prestação de serviços públicos, vale transcrever a seguinte passagem de Grau (2010, p. 125): “A afirmação de que um serviço público [...] é de (peculiar) interesse local não supõe a afirmação de que seja ele considerado como único e exclusivo do Município. É fora de dúvida que tudo quanto seja de interesse local – municipal, pois – reflète-se, em última instância, como de interesse estadual e federal. Em contrapartida, não há interesse estadual ou federal que não respeite, também, aos interesses dos Municípios. O que distingue o peculiar interesse local daqueles é a circunstância de ser ele de caráter predominantemente local”. Em face dessa assertiva, é inafastável indagar: *mas o que seria de caráter “predominantemente local?*

dos serviços públicos dos estados, percebe-se que a Constituição não é, em verdade, uma via fiável para se discernirem os serviços públicos no Brasil, conforme os enxerga a doutrina clássica. Para uma tal tarefa, exige-se a depuração de conceitos abertos – como ocorre com as definições antes apresentadas sobre o tema, as quais estão repletas de locuções amplas e inconclusas. Seria, aliás, por conta dessa *impalpabilidade* constitucional, que se testemunharia, no âmbito dos municípios brasileiros, tratamento pouco uniforme para atividades que, em alguns lugares, são tidas como serviços públicos, e que, em outros, são tidas como atividades livres ao mercado (é o caso de funerárias e abatedouros, mesmo quando se trata de cidades adjacentes).⁴⁸ Por essa razão, ainda, persistiria o debate a respeito da competência para a prestação dos serviços de saneamento básico (se seriam de estados ou municípios), sabendo-se que muitas vezes eles abrangeriam áreas conurbadas e recursos naturais pertinentes a mais de uma municipalidade.⁴⁹ Essa situação, ao final, exporia a fragilidade dos contornos utilizados para se delinear uma atividade de interesse *local*, e, logo, para se identificarem os serviços públicos que a Constituição entende caberem aos estados e aos municípios brasileiros.⁵⁰

Sem embargo, poder-se-ia arguir, em face desse cenário, que ao legislador infraconstitucional é que caberia dirimir as lacunas presentes na

⁴⁸ Esse tema já foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no Recurso Ordinário nº 49.988, Rel. Min. Hermes Lima, tendo a corte assim se pronunciado: “Organização de serviços públicos municipais. Entre estes estão os serviços funerários. Os municípios podem, por conveniência coletiva e lei própria, retirar a atividade dos serviços funerários do comércio comum”. Chama-se a atenção, no caso, para o termo: *conveniência coletiva*. Freire (2014, p. 228), a esse propósito, destaca que o STF teria concluído, “sem maiores considerações, que os serviços funerários são serviços municipais” – é dizer: o Tribunal teria, no caso, estabelecido que, “se previstos em lei municipal, os serviços funerários seriam públicos”. O mesmo autor (FREIRE, 2014, p. 244), em qualquer caso, destaca que “em âmbito municipal é muito comum que os serviços funerários e de táxis sejam qualificados por lei como serviços públicos”. O que se observa, ao fim e ao cabo, é que não há uma determinação precisa de quando tais serviços poderiam, ou não, ser retirados da livre iniciativa, por via da sua qualificação como serviço público.

⁴⁹ Como pontua Aragão (2008, p. 302), de fato a água a ser utilizada na prestação do serviço de saneamento pode pertencer a bacias hidrográficas abrangentes de mais de um município, o que explicaria a circunstância de parte da doutrina defender que tal serviço haveria de ser considerado como de titularidade dos estados. Nesse sentido, conferir Ribeiro (2003, p. 263) e Souto (2004, p. 289). Destaque-se que Aragão (2008, p. 303) ainda conclui que: “na ausência de uma clara delimitação das competências estaduais e municipais, uma solução possível e eficiente seria a composição harmônica entre os distintos entes da federação, em prol do melhor arranjo institucional capaz de atender ao interesse público, que é a prestação adequada do serviço e a sua universalização”. Sob esse contexto, ganharia força a figura dos consórcios públicos da Lei Federal nº 11.107/2005, posição que é compartilhada por Carvalho Filho (2010, p. 357).

⁵⁰ Lembre-se, ainda sobre o assunto, do que adverte Moreira (2019, p. 19): “Os assuntos e serviços ‘de interesse local’ demandam esforço cognitivo caso a caso”. Para o autor: “Cada vez menos o local é única e exclusivamente local”.

Constituição da República, estabelecendo, por meio de *lei*, as atividades reputáveis como serviços públicos em cada caso.⁵¹ Porém, aqui emerge o segundo motivo pelo qual se entende que o recurso ao direito positivo não seria plenamente efetivo para ilustrar o panorama dos serviços públicos no País – de novo, tal como o enxerga a doutrina dominante.

Isso ocorre porque, também para a tarefa (qual seja: a de se tecer no plano infraconstitucional o rol dos serviços públicos), pareceria inevitável o manejo de outras expressões jurídicas indeterminadas encontráveis no texto da Carta, situação que reinstauraria a *recorrência circular* acima aludida. Para melhor se compreender esse problema, cabe suscitar o seguinte questionamento: *podéria o legislador infraconstitucional, a partir do quadro normativo integrado pelo art. 21, incisos X, XI e XII, e, especialmente, pelos artigos 25, §§ 1º e 2º, e 30, inciso V, da CR, criar livremente serviços públicos?*

Viu-se, de fato, que os autores nacionais costumam estar alinhados a uma perspectiva *legalista* quanto ao tema em comento, reconhecendo, assim, a prerrogativa de o legislador ordinário instituir serviços públicos para além daqueles que, em princípio, estariam arrolados na Constituição da República.⁵² Conforme ressalta Grotti (2006, p. 48), a doutrina em geral coincide ao atribuir poderes ao legislador ordinário para sujeitar dada atividade econômica ao regime jurídico do serviço público, divergindo, entretanto, no que tange aos limites a ele impostos. Nesses termos, Bandeira de Mello (2008, p. 675) assevera que “a enumeração dos serviços que o Texto Constitucional considera públicos não é exaustiva”,⁵³ sendo que, dentro de *certos limites*, a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios poderiam criar serviços públicos não mencionados na Constituição.⁵⁴ Freire (2014, p. 273), por sua vez, reforça ter o legislador competência para retirar uma dada

⁵¹ Aragão (2008, p. 345), a esse respeito, defende que: “em se tratando de serviço público não previsto na Constituição, [o Estado] deverá fazê-lo mediante lei prévia e específica, já que a sua criação pressupõe, com exceção dos serviços públicos sociais, a retirada de atividade econômica da iniciativa privada”. Igualmente, Justen Filho (2003, p. 48) advoga que não seria factível reputar que todos os possíveis serviços públicos teriam sido exaustivamente referidos na dimensão constitucional; assim: “existe possibilidade de o legislador infraconstitucional determinar outras atividades como tal”.

⁵² Contrariando essa corrente, Aguillar (1999, pp. 133-134) é um dos poucos autores a defender a seguinte ideia: “não são dados poderes à União, Estados, Distrito Federal e Municípios para designar inovadoramente qualquer atividade econômica como serviço público, mesmo que por via legislativa”.

⁵³ Essa é a mesma opinião de Dal Pozzo (2012, p. 122).

⁵⁴ O autor, nessa linha, cita nominalmente o serviço funerário no âmbito municipal (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 675).

atividade do domínio privado para inseri-la no campo do Estado, muito embora tal discricionariedade legislativa devesse possuir, ainda consoante o autor, algumas barreiras mínimas.⁵⁵

Pois sim: tais limites ou barreiras mínimas haveriam de ser encontrados no seio da própria Lei Maior, alguns deles, inclusive, mostrando-se relativamente óbvios. Por exemplo: deveria ser observada, para todos os efeitos, a “pertinência com o interesse de cada ente político” (FREIRE, 2014, p. 273), cabendo à União, aos estados e aos municípios cuidarem de apenas instituir serviços correlacionados com o interesse nacional, regional (ou residual) e local, respectivamente.⁵⁶ Na sequência, ainda se imporia ao legislador a barreira atinente à livre iniciativa – inculpada nos já citados artigos 1º e 170 da Carta Constitucional –, o que significaria não se admitir a denominada *publicatio* sobre toda e qualquer atividade econômica. Na realidade, para se subtrair uma atividade do âmbito da livre concorrência, opor-se-iam, em tese, as balizas fixadas no art. 173 da CR, de acordo com o qual: “ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos *imperativos da segurança nacional* ou a *relevante interesse coletivo*, conforme definidos em lei”. Isto é: ou uma atividade econômica (como a fabricação de têxteis) seria livre ao mercado, ou sua execução pelo Estado haveria de estar condicionada aos dois critérios indicados no art. 173, ainda mais se se tratasse de apontá-la como um serviço público. Sem limites, reforça-se, é que não poderia ficar o legislador infraconstitucional para exercitar sua criatividade no que tange à criação de referidos serviços⁵⁷.

⁵⁵ O autor ainda assevera: “a criação de serviço público significa a efetiva *publicatio* (mediante lei) de uma atividade assim não qualificada pela Constituição” (FREIRE, 2014, p. 273).

⁵⁶ Carvalho Filho (2010, p. 357) faz menção ao “critério relativo à extensão territorial dos interesses a serem alcançados pela prestação do serviço”. Portanto, “tratando-se de serviço que abranja toda a extensão territorial do país, deverá ele ser prestado pela União. Se abranger todo o Estado, ultrapassando, pois, os limites municipais, deve ser prestado por aquele. E aos Municípios caberá prestar aqueles que sejam de interesse local e, portanto, dentro dos seus limites territoriais”.

⁵⁷ O reconhecimento de que os predicativos do art. 173 deveriam funcionar como óbices à criação de serviços públicos pelo legislador ordinário decorre do fato de, como explica Bandeira de Mello (2008, p. 680), a qualificação de determinadas atividades como tal implicar, “por exclusão, a área configurada como das ‘atividades econômicas’”. Ainda de acordo com o jurista: “Afora os serviços públicos mencionados na Carta Constitucional, outros podem ser assim qualificados, contanto que não sejam ultrapassadas as fronteiras constituídas pela ordem econômica, as quais são garantidoras da livre iniciativa” (idem, pp. 679-680).

Dado, em qualquer caso, esse panorama, cumpre capitular os seguintes apontamentos necessários à construção do conceito dos serviços públicos, segundo a leitura clássica que se faz das disposições da Carta Magna:

- a) a Constituição de 1988 não enumera serviços de competência dos *estados* e dos *municípios* (exceção feita ao gás canalizado e ao transporte coletivo);
- b) entretanto, outros serviços, para além daqueles nominalmente já inventariados na CR poderiam, de acordo com a doutrina tradicional, ser criados;
- c) para todos os efeitos, os autores entendem caber ao legislador infraconstitucional inovar a listagem correspondente, exercitando, para tanto, sua discricionariedade;
- d) tal discricionariedade, entretantes, desafiaria certas limitações, face, especialmente, ao princípio da livre iniciativa (ou, conforme se prefira, ao princípio da subsidiariedade);
- e) do contrário, toda e qualquer atividade econômica seria absorvida pelo manto dos serviços públicos, conduzindo-se à situação em que o Estado centralizasse por debaixo de si a totalidade das atividades de produção de bens e de prestação de serviços na sociedade;
- f) tais limitações, outrossim, estariam presentes no texto da Constituição da República, e poderiam ser apontadas, *v. g.*, no seu art. 173, que indica os parâmetros para que o Estado se imiscuisse na execução de atividades franqueadas ao mercado;
- g) quando, portanto, a Constituição não discriminar explicitamente um dado serviço público, para que o legislador ordinário o faça, ele deve se escorar naquelas justificativas pertinentes;

- h) nada obstante, tais justificativas ou condicionantes abrigadas no texto constitucional também configuram, por seu turno, expressões jurídicas indeterminadas (como é o caso das “razões de relevante interesse coletivo”);
- i) e assim, deixa-se mais uma vez em aberto a questão sobre quando uma atividade econômica seria, ao fim e ao cabo, suscetível aos efeitos da titularização estatal, e comporia o elenco de serviços denomináveis como públicos.

Diante desse roteiro: a expectativa acalentada pelos juristas quanto à possibilidade de o ordenamento jurídico ofertar a resolução para o problema de quando uma atividade admitiria o rótulo de serviço público é – ao menos num primeiro momento – *frustrante*. As normas constitucionais parecem, para tanto, reverberar a vagueza conceitual detectada nas proposições que a própria doutrina consagra, desaguando, dessa forma, nas fronteiras etéreas pertinentes ao *critério material* dos serviços públicos. Isso porque, no extremo, serão os imperativos do “relevante interesse coletivo”⁵⁸ que atuarão como a alavanca destinada a preservar (ou subtrair) uma atividade do universo da iniciativa privada, circunstância que atestaria o grau de subjetividade e de abstração que os teóricos vão embutindo nos conceitos forjados sobre o tema.⁵⁹ Para todos os efeitos, então, fique a anotação

⁵⁸ Entre os dois critérios indicados no art. 173, não há dúvidas de que o mais aberto deles envolveria a ideia de “relevante interesse coletivo”. Isso porque já há, por exemplo, legislação tratando de crimes contra a segurança nacional (a Lei Federal nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983), a qual apresenta indicativos importantes abrangendo tal ideário; e porque tal noção se aproximaria, ainda, daquilo que seria necessário à preservação da soberania do Estado e à integridade territorial do País, circunscrevendo-se, nesse caso, ao âmbito de competências da União (veja-se o que diz o art. 21, II e III, da CR). Por essa razão, ao se ressaltar o aspecto etéreo dos limites impostos pela Constituição à possibilidade de rotulação dessa ou daquela atividade como serviço público, dá-se especial ênfase à figura do “relevante interesse coletivo”.

⁵⁹ Embora esta pesquisa esteja centrada na análise que a doutrina nacional empreende acerca do conceito de serviços públicos, não se pode deixar de mencionar que, sobretudo no âmbito do Supremo Tribunal Federal – STF, a jurisprudência brasileira revela não haver uma linearidade quanto ao tratamento do tema, malgrado se possa detectar o uso profícuo de expressões indeterminadas, senão, a adoção de discussões pouco aprofundadas pelos respectivos magistrados. A esse respeito, Freire (2014, pp. 226-238) e Schirato (2012, pp. 65-73) colacionam e analisam julgados bem ilustrativos dessa especial constatação. Schirato (2012, p. 73), a propósito, avalia a influência que a doutrina exerce sobre os precedentes da Corte Constitucional, que não permitiriam, em qualquer caso, extrair-se um conceito de serviço público, tampouco a uniformidade na definição do seu regime jurídico. Freire (2014, pp. 237-238), por seu turno, assevera que: “a análise da amostra de julgados [...] indica que o STF, em seus diversos pronunciamentos, não utiliza

de que a Constituição Federal de 1988 não indica, em suas particularidades, quais seriam as atividades de relevo que haveriam de estar reservadas à detença estatal, de maneira que os critérios cogitados pelos doutrinadores para tanto não induzem a uma abordagem conclusiva a respeito da questão.⁶⁰ Na realidade, para vencer esse problema, é necessário partir de um ângulo de análise diferenciado sobre os preceitos constitucionais (que é aquilo que, em última instância, pretende-se demonstrar um pouco mais à frente).

3.2. O problema das autorizações para os serviços públicos

Em adição às adversidades acima examinadas, por meio das quais se colocou o problema da recorrência circular e do subjetivismo que envolve o conceito doutrinário dominante sobre os serviços públicos, outro fator ainda vem provocar a necessidade de reinterpretação das normas constitucionais para, enfim, melhor se compreenderem a abrangência e o conteúdo daquele instituto. Trata-se, agora, da figura das *autorizações*, presentes de maneira expressa no texto da Constituição, e que impõem um desafio hermenêutico peculiar aos juristas nacionais. Isso se dá porque as autorizações se mostram, em princípio, incompatíveis com o ideário segundo o qual os serviços públicos seriam detidos pelo Estado – e que a sua exploração por particulares apenas poderia ser operada pelo caminho da *delegação* (aí subentendidas as concessões e as permissões).

Neste estudo, já foi visto que o art. 175 da CR é claro ao estabelecer, de um lado, que os serviços públicos competem ao Poder Público. De outro lado, foi mencionado que, para terceiros os explorarem (os serviços públicos), seria inafastável a concessão ou a permissão estatal – com a realização prévia de licitação. Ora, porquanto o Estado fosse o senhor de tais atividades, seria mesmo de se esperar que o ato por meio do qual ele assentisse com a sua assunção por

um critério para definir serviços públicos. [...] a definição de serviço público tem sido utilizada de forma tópica, apenas para resolver o problema concreto que se apresentou para a Corte em dado momento”.

⁶⁰ Comunga desse entendimento Guimarães (2014, p. 98), que também entende que, em termos práticos, o exercício de interpretação da Constituição no que se refere aos valores nela encartados – os quais funcionariam como limites à criação legislativa do serviço público –, levaria ao “preenchimento de fórmulas verbais indeterminadas”. Por conseguinte, seria inevitável reconhecer “válvulas políticas inerentes à leitura constitucional”, que evidenciariam, mesmo sob uma ótica legalista, a inafastabilidade de atributos teleológicos, aproximando a noção de serviço público de uma teorização essencialista.

particulares viesse a acarretar pelo menos dois efeitos: a) o de reconhecer o direito dos particulares de assim procederem; e b) o de lhes transferir a operação dessas mesmas atividades. Por esse motivo, aliás, é que se identifica, nas concessões (e, por extensão, nas permissões), a condição de um ato constitutivo-derivativo – no sentido de, ao menos, haver o deslocamento do exercício de um direito ou poder da Administração Pública para um privado (GUIMARÃES, 2014, p. 23-24).⁶¹

Quanto às autorizações, em contrapartida, elas carregam o problema originário de não virem retratadas como uma das formas de execução indireta dos serviços públicos pelo art. 175 da CR; e mais, de não caracterizarem, conforme a doutrina tradicional, um ato constitutivo-derivativo propriamente dito – senão, uma espécie de *manifestação de não-objeção* por parte do Poder Público, no sentido de se concordar, ou não, com que alguém empreenda uma tal ou qual ação. Como apontam Ferraz e Saad (2018, p. 42):

A autorização, deste modo, sempre foi descrita como um arquétipo, que tinham por notas essenciais: (i) constituir um instrumento precário; (ii) ter sua outorga um caráter discricionário; (iii) referir-se a atividades econômicas privadas ou uso de bens públicos; (iv) corresponder à retirada de um obstáculo para o exercício de direitos titularizados pelo particular; e (v) não gerar neste qualquer expectativa de ressarcimento por prejuízos decorrentes da atuação estatal sobre as atividades autorizadas.

Haja vista esse cenário, é inexorável perguntar-se como compatibilizar as *autorizações* com o instituto dos *serviços públicos*, sabendo-se, para tanto, que o constituinte, malgrado tivesse sido omissivo quanto a elas no art. 175, previu a possibilidade de sua aplicação para as atividades listadas no art. 21 (que caracterizariam, em princípio, os serviços públicos da União). Como explica Schirato (2012, p. 311), ao trazer a determinação de que certas atividades comumente reconhecidas como serviços públicos pudessem ser exploradas por autorização, a CR pôs em jogo a feição precária e unilateral do instituto, assim como a sua “prestabilidade para a delegação de serviços públicos”. Nesses termos,

⁶¹ A propósito da classificação das concessões entre *constitutivas* (que criam um direito a partir de um poder da Administração Pública) e *translativas* (que transfere um direito da Administração para o concessionário), Marques Neto (2015, p. 123) entende que, em última análise, os dois aspectos estariam presentes em todas as espécies de concessão, pouco fazendo sentido a divisão entre ambas as espécies. Nesse sentido, aponta-se, aqui, um caráter constitutivo-derivativo às concessões.

restariam três saídas lógicas para a questão – algumas delas, inclusive, explicitamente canceladas pela doutrina tradicional.

A primeira forma de se tratar a suposta incompatibilidade entre as autorizações e os serviços públicos pressupõe considerar que nem todos os serviços públicos seriam, necessariamente, titularizados de forma exclusiva pelo Estado – haveria alguns serviços que (mesmo preservando tal qualificação) poderiam conviver fora da órbita da *publicatio*, sendo, pois, exploráveis por particulares mediante o instrumento da autorização. Essa seria, particularmente, a visão defendida por Schirato (2012), que refuta a existência de um único regime para referidos serviços, bem como o caráter exclusivo a eles supostamente atribuído, pela Lei Maior, ao Poder Público.⁶² Por isso: ausente a reserva estatal, abrir-se-ia a possibilidade de se escolherem, em cada caso, os instrumentos de exploração indireta – a concessão, a permissão ou a autorização –, estando-se, mesmo assim, perante um serviço rotulável como público, para todas as situações.

Comente-se, sobre essa visão, que ela realmente implica subverter a significação clássica atribuída ao conceito do serviço público, eliminando-se, por conseguinte, o aspecto da sua avocação ou detença pelo Estado (que se relaciona ao *critério subjetivo* antes referenciado). Decerto, expungida a *publicatio*, abrem-se as portas para que os serviços públicos se materializem independentemente da delegação do Poder Público – sendo essa uma abordagem fortemente alinhada com os valores da livre iniciativa. Nada obstante, não se pode deixar de registrar que a mesma abordagem despreza aquilo que, de forma literal e eloquente, prescreve o art. 175 da CR, de onde se lê que os serviços públicos competem ao Estado, e têm sua exploração condicionada à concessão ou permissão – *sempre* antecedida de licitação. Dito de outra maneira: para o dispositivo referido, os serviços públicos são do Poder Público. E o acesso de particulares à sua exploração está a depender, para todos os efeitos, da delegação. O exame aprofundado dessa observação será realizado mais adiante no presente estudo.⁶³

⁶² Nas palavras do autor, que entende que a exclusividade não pode ser considerada regra: “A Constituição Federal de 1988 foi clara no que concerne à disciplina dos serviços públicos: impôs-lhe um caráter obrigacional e não previu em caso algum uma exclusividade inerente” (SCHIRATO, 2012, p. 330). A análise desse apontamento, bem como de outras contribuições desse jurista para a temática dos serviços públicos, será feita mais à frente.

⁶³ Vide, especificamente, o subtópico 4.2. deste estudo.

A segunda forma de se tratar o problema, como o faz Bandeira de Mello (2009, p. 287), está em se imputar à autorização do art. 21 da CR uma natureza dúbia, por meio da qual o instituto se prestaria ou a viabilizar a exploração de um serviço privado, de interesse dos respectivos autorizatários (confundindo-se, nessa circunstância, com o exercício ordinário do poder de polícia pela Administração Pública); ou para viabilizar um serviço público propriamente dito, porém, com a finalidade de “resolver emergencialmente dada situação, até a adoção dos convenientes procedimentos por força dos quais se outorga concessão ou permissão” (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 288). Isto é: a autorização faria as vezes de um instrumento destinado a permitir a oferta de serviços públicos por terceiros em situações emergenciais, afastando-se, nesse caso, o correspondente procedimento licitatório.⁶⁴

Observe-se que essa proposta, a seu turno, impõe duas operações mentais. De um lado, é necessário admitir que os serviços listados no mencionado art. 21 poderiam se subdividir entre os *públicos* e aqueles de *interesse privado*, sendo esses últimos os autorizáveis. De outro lado, devem-se enxergar as autorizações como uma espécie de exceção ao comando contido na parte final no art. 175 da Constituição Federal, funcionando como hipótese de inexigibilidade de licitação para a contratação dos serviços junto a particulares.

Ora, é inegável que ambos os desdobramentos também se encontram alicerçados em premissas que não estão, ao menos ostensivamente, consignadas no texto constitucional. Ainda assim, especificamente sobre o último aspecto, alguns desafios de ordem lógica despertam sobremaneira a atenção. Decerto, é razoável aceitar a ocorrência de algumas situações que demandassem maior celeridade nos procedimentos orientados a fazer com que um terceiro se incumbisse de ofertar um serviço público – por motivo, por exemplo, de emergência. Isso seria corolário natural da percepção de inviabilidade da competição, o que

⁶⁴ Esse modo de compreender é ainda partilhado por Meirelles (2010, pp. 430-431), que propõe, porém, três tipos de autorizações: a) a “autorização para atender a serviços instáveis ou emergenciais” (modalidade de delegação discricionária, para a qual, em princípio, não se exigiria a licitação); b) a “autorização para os serviços previstos no art. 21, XI e XII, da CF” (que seria, também, modalidade de delegação, para a qual caberia à lei definir o caráter precário ou, ainda, se exigível a licitação); e c) a “autorização sem a natureza de delegação” (aplicável a serviços como táxi, despachantes, guarda particular etc., os quais não caracterizariam atividades públicas típicas, mas sobre os quais seria conveniente o Poder Público conhecer, credenciar e controlar seus executores).

afastaria, de resto, os procedimentos de licitação em geral.⁶⁵ Não obstante, supor que teria sido esse o propósito do constituinte ao adotar o termo autorização nos incisos XI e XII do art. 21 da CR parece uma extrapolação. Lembre-se, a esse respeito, de que o art. 30 da Carta Constitucional, quando se refere aos serviços públicos de interesse local, não cuida de fazer menção às autorizações como uma alternativa viável. Desse modo, seria imperioso a concluir que: ou os serviços públicos de interesse local estariam imunes às situações emergenciais viabilizadoras da contratação direta de terceiros para a sua exploração (e então o constituinte omitiu a autorização para esses casos); ou a autorização, como sinônimo de inexigibilidade de licitação, apenas se aplicaria aos serviços públicos da União, devendo outra medida ser aportada aos serviços municipais. A proposta examinada, por essas razões, é – também ela – insatisfatória para compatibilizar a figura das autorizações com a figura dos serviços públicos, e merece ser desconsiderada.

Por fim, a terceira maneira de se endereçar a questão das autorizações previstas no art. 21 procura se concentrar naquilo que *está* – e naquilo que *não está* – calcado no texto constitucional. Por exemplo: na constatação de que no próprio dispositivo citado *inexiste registro explícito à expressão serviços públicos*. Com efeito, quem declara que o rol das atividades fixadas naquele preceito reflete o que seriam os ditos *serviços públicos* da União não é o constituinte, senão, a própria doutrina (como também é a doutrina, conforme observado, que sugestiona que as autorizações representariam uma exceção à regra licitatória para a delegação de serviços públicos etc.).

Entretanto, a partir das prescrições do art. 21, incisos XI e XII, da CR, muito mais que um inventário de *serviços públicos*, extrai-se, na realidade, a orientação de que a regulação (ou a disciplina) das atividades ali discriminadas estivesse a *cargo da União* – é dizer: está-se diante de uma norma constitucional definidora de *competências regulatórias*. Assim sendo, a Administração federal passaria a reter, para si, a prerrogativa de explorar um cardápio de opções ordenadoras para mencionadas atividades, que iriam desde a execução direta do serviço (o que

⁶⁵ Nessa linha de entendimento, conferir Souto (2004, pp. 46-47). O autor assevera, particularmente, que: “No que se refere à inexigibilidade, não há, todavia, o que se questionar. Sendo impossível a competição, aplica-se o *caput* do artigo 25 da Lei nº 8.666/93, que, repita-se, é adotada subsidiariamente aos institutos da concessão e permissão. A hipótese é fática e a lei simplesmente reconhece a realidade”.

equivaleria à *estratégia de dona* da atividade), até à sua delegação mediante concessão ou permissão (quando tais serviços estivessem sujeitos à *publicatio*) e, mesmo, à autorização (quando as mesmíssimas atividades pudessem ser desempenhadas sob o regime de livre concorrência). Dito de outro modo: a execução direta, a concessão, a permissão e a autorização, todas comporiam um catálogo de medidas disponibilizadas à Administração Pública da União, para que ela assegurasse, em cada caso, a oferta dos serviços arrolados, com ou sem o apoio de particulares.

Ressalve-se que o resultado desse raciocínio induz a que se afaste, de imediato, a ideia de que os serviços públicos pudessem ser *autorizados* – circunstância que preserva o sentido e a dimensão que se entendem extraíveis do art. 175 da CR (relembrando: se forem *serviços públicos*, eles são do Poder Público e são ou *concedidos* ou *permitidos*). Nada obstante, outras questões hermenêuticas desafiam, ainda, esse pensamento, como a de se ter de explicar, por exemplo, em que ocasiões os serviços do art. 21 da CR denotariam, de fato, *serviços públicos* (e quando não); e, ainda, por que, por exemplo, o art. 30 anteriormente mencionado não preveria a figura das autorizações para os serviços públicos considerados de interesse local.

É certo que a elucidação de todos esses desafios comporá, como já alertado, o conjunto de proposições que esta tese se propõe a trazer para o universo científico – algo a ser detidamente aprofundado nos capítulos vindouros. Por ora, todavia, o que interessa é salientar a percepção, a esta altura bastante fortalecida, de que, como adverte Schirato (2012, p. 91), “nem a constituição, nem tampouco outras normas do direito positivo refletem os caracteres do serviço público definidos pela doutrina” – sendo o que se passa, invariavelmente, com o tópico das autorizações. No limite, as tentativas de se explicar esse instituto denunciam a condição idiossincrática do pensamento acadêmico dominante, assim como o caráter inconclusivo da abordagem teórica erigida para os serviços públicos, a partir dos dizeres da Constituição Federal.⁶⁶

⁶⁶ Vale, quanto ao ponto, a seguinte observação de Moreira (2019, p. 10): “O Direito Administrativo se preocupa com o assunto [os serviços públicos], na maior parte das vezes focado em construções teóricas estrangeiras (antes francesas; hoje, estadunidenses e europeias) e na teorização infraconstitucional. Tal lógica tende a levar consigo a interpretação da Constituição pelo Direito Administrativo (de baixo para cima), sobretudo com lastro em antigas premissas acadêmicas (nem todas detectáveis na Lei Fundamental brasileira)”.

3.3. **Por fim, o problema do critério formal dos serviços públicos**

Já se expôs, mais acima, que os serviços públicos encerrariam um regime jurídico peculiar – feição relacionada ao denominado *critério formal* veiculado pela doutrina majoritária.⁶⁷ Quanto ao ponto, identificou-se que tal regime levaria ao reconhecimento de *prerrogativas* e *sujeições* aplicáveis à exploração das atividades assim rotuladas, e, de modo mais específico, à observância da alegoria das *Leis de Rolland*.

Frisou-se, igualmente, a preocupação dos autores para com a construção de uma narrativa jurídica que guarnecesse o Poder Público de meios aptos a proporcionar a oferta de serviços catalizadores de direitos fundamentais. Daí, que haveria juristas que defenderiam a *titularidade estatal* de tais serviços (a detença representaria uma fórmula de salvaguardar o controle sobre o *quando*, o *como* e se tais serviços viriam a ser providos); bem como juristas que aventariam a sua natureza *obrigacional* perante o Estado⁶⁸ – e tudo sob um viés ora mais centralizador, ora garantista (é dizer: partindo-se do princípio de que a figura estatal e a sua atuação imediata preservariam a existência e amoldariam adequadamente a prestação dos serviços públicos em benefício dos cidadãos).

Sublinhou-se, entretanto, uma visão crítica sobre tal raciocínio, desafiando-se, *verbi gratia*, a necessária correlação entre a *publicatio* e a maior – ou menor – capacidade de se entregarem serviços adequados aos indivíduos, através da via estatal. É que, sobre esse aspecto, a doutrina tradicional não costuma sopesar a existência de métodos alternativos de prestação de atividades de interesse público, comparativamente à estratégia que privilegia o pleno controle (ou a detença) do Poder Público. Não se avaliam, entre outros, mecanismos de mercado que pudessem levar a objetivos análogos – ou mesmo melhores –, sendo certo que, para além de elementos ideológicos, as justificativas para a provisão direta pelo Estado de atividades como aquelas listadas no art. 21 da CR deveriam ser confrontadas com indicativos da real capacidade de distributividade social, e claro, de eficiência econômica.

⁶⁷ Freire (2014, p. 242), nesse contexto, chega a afirmar que “o serviço público equivale a um regime jurídico”.

⁶⁸ Essa é, especialmente, a posição de Schirato (2012, p. 277).

Deveras, seria desejável que a oferta de serviços pela via pública se fizesse acompanhar, por exemplo, da demonstração de que fórmulas de submissão da atividade ao sistema de trocas do mercado induzisse à perda de eficiência ou à destruição de incentivos idealizados para a concretização de valores sociais. Ou ainda, que a produção de bens e serviços pelo Poder Público estivesse contornando falhas de mercado, de modo a que o planejamento e o processo de tomada de decisão coletivos – assim como o empreendedorismo estatal – se mostrassem mais adequados para o alcance dos objetivos sociais, *vis-à-vis* os processos de troca mercadológicos (WALSH, 2002, pp. 4-5). Nada obstante, verdade é que tais ponderações estão apartadas das discussões encabeçadas pelos publicistas brasileiros,⁶⁹ que enxergam os contornos dos serviços públicos como mera resultante da vontade estatal, em tese sustentada na legislação.⁷⁰

Adicionalmente a todas essas ponderações, resta ainda chamar a atenção para a perspectiva segundo a qual a qualificação de uma determinada atividade como serviço público seria aquilo que permitiria ativar os desdobramentos benéficos dos princípios dos serviços públicos (aqui referenciados no ideário das *Leis de Rolland*). Por outras palavras: é o caso, agora, de se questionar a ideia de que tão-somente a titularização estatal de um dado serviço conformaria a sua oferta aos preceitos da igualdade, da universalidade e da adequabilidade, entre outros que ilustrariam o regime jurídico próprio daqueles serviços.

Quanto ao ponto, não se pode ignorar que aqueles princípios tipicamente associados à forma de prestação dos serviços públicos já seriam empregáveis, na verdade, a todas as atividades estatais, independentemente da sua particular qualificação. Sob esse prisma, tome-se a listagem de princípios dos serviços públicos concebida por Bandeira de Mello (2009, pp. 666-667), que contempla: a) o dever inescusável do Estado de promover-lhe a prestação; b) a supremacia do interesse público; c) a adaptabilidade; d) a universalidade; e) a impessoalidade; f) a continuidade; g) a transparência; h) a motivação; i) a modicidade das tarifas; e j)

⁶⁹ Na contramão dessa corrente, e analisando aspectos econômicos provocativos, sobretudo em termos de eficiência e equidade na conformação dos serviços públicos (e da regulação estatal em geral), vide Coutinho (2014).

⁷⁰ Nesse sentido, lembre-se, por todos, de Bandeira de Mello (2017, p. 73), que ainda em recente publicação reverbera: “a noção de serviço público depende inteiramente da qualificação que o Estado (nos termos da Constituição e das leis) atribuiu a um tipo de atividades: àquelas que reputou não deverem ficar entregues simplesmente aos empenhos da livre iniciativa, e que por isso – e só por isso – entendeu de assumir e colocar sob a égide do regime jurídico típico instrumentador e defensor dos interesses públicos: o regime peculiar do Estado”.

o controle. Veja-se, ainda, o elenco de Alvarenga (2006, pp. 349-357): a) generalidade; b) continuidade; c) eficiência; d) modicidade; e e) cortesia. E confira-se, por fim, a enumeração de Justen Filho (2006, pp. 391-395): a) continuidade; b) igualdade; c) universalidade; d) neutralidade; e) isonomia; e f) mutabilidade ou adaptabilidade.

Sem exaurir as repetidas enumerações carreadas pelos doutrinadores pátrios, não se podem ter dúvidas de que outras funções estatais, como a segurança pública, a administração da justiça e a publicidade de programas estatais, ou mesmo as obras públicas,⁷¹ teriam de se ajustar – também elas – à generalidade, à continuidade, à transparência, à cortesia e à igualdade, entre os demais valores acima indicados. Como adverte Aragão (2008, p. 147), os referidos princípios, embora aplicáveis aos serviços públicos, incidiriam sobre todas as espécies de atividade administrativa, o que lhes retiraria a capacidade de constituir um regime jurídico especial de apenas uma delas. Freire (2014, p. 262), a propósito, assinala que “os princípios específicos do serviço público nada mais são que meras decorrências do regime geral de direito público”. E Aragão (2008, p. 146), mais uma vez, argumenta que a “colocação desses princípios como os princípios reitores dos serviços públicos só faria sentido se equiparássemos os serviços públicos a todas as atividades estatais”. Para esse jurista, especialmente: os tais princípios dos serviços públicos seriam os próprios princípios da Administração Pública, de maneira que, “se formos definir o serviço público por esses princípios, todo o Direito Administrativo será serviço público” (ARAGÃO, 2008, p. 147).⁷²

Paralelamente, também não se pode omitir que, mesmo com as *autorizações* – supondo-se que elas se aplicassem sobre outras atividades, que não apenas as titularizadas pelo Poder Público –, seria factível compelir os particulares a aderirem aos *princípios dos serviços públicos*, sobretudo quando se esteja diante de autorizações cuja outorga fosse discricionária. É que, nesse caso, bastaria subordinar a autorização ao cumprimento de um tal ou qual preceito pelos

⁷¹ Aragão (2008, p. 147), nesse sentido, acresce que a atividade militar e os serviços burocráticos internos também não poderiam ser descontinuados; assim como o fornecimento de mercadorias por uma empresa estatal exploradora de atividade econômica não poderia ser discriminatória; e as taxas pelo exercício do poder de polícia e da jurisdição não poderiam impedir o acesso à atividade estatal por serem caras demais etc.

⁷² Para Schirato (2012, pp. 54-55), alguns autores clássicos não conseguem explicitar o conteúdo do regime de direito público, podendo-se entender que se trata de uma extensão, aos serviços públicos, do regime de prerrogativas típicas da Administração Pública”.

respectivos interessados, naquilo que se poderia entender como uma *autorização condicionada* – sendo irrelevante o aspecto da *publicatio* do serviço autorizado. A abrangência das assim mencionadas *Leis de Rolland*, em tal hipótese, orbitaria por fronteiras bem mais amplas do que os serviços qualificados como públicos. Mas, sobre esse assunto, voltar-se-á tratar um pouco mais à frente.⁷³

O que se conclui, a partir provocações entabuladas, é que a pertinência do *critério formal* como instrumento apto a decifrar os serviços públicos no Brasil é duvidosa. Sem embargo, o *regime jurídico especial* ventilado (que desagua nos princípios publicistas convencionalmente lembrados pelos doutrinadores) não funciona como parâmetro satisfatório para se divisarem referidos serviços frente a outras atividades estatais, tampouco para se depreender a real especialidade que a Constituição da República de 1988 teria imposto ao seu tratamento. Ao que se entende, aquilo que se poderia reconhecer como um “regime jurídico identificador dos serviços públicos” seria, na realidade, “a impossibilidade de a iniciativa privada prestá-los por direito próprio, sendo admitida apenas como delegatária do Poder Público” (ARAGÃO, 2008, p. 148). Significa dizer: o regime *singular* dos serviços públicos está manifesto nas *barreiras de entrada* que ele erige, e que o consagram como uma fórmula regulatória exclusivista (a estratégia do *dono da bola*, conforme ilustrado). Tal regime não se deduz, pois, das tais *Leis de Rolland*; tampouco se retrata nas prerrogativas ou sujeições da Administração Pública. Ao fim e ao cabo, a disciplina especialíssima que a Constituição de 1998 atribui aos serviços públicos (como predica o art. 175) consta exatamente disto: da obrigatoriedade de se observar a *licitação*, como o *rito de passagem* a que terceiros explorem economicamente certas atividades, e à qual se seguirá a celebração de um contrato público de concessão ou permissão.

Sem dúvidas de que há, por detrás desse pensamento, um desafio respeitavelmente instigante: o de se deslindarem as atividades que, afinal de contas, ficarão conservadas sob o pálio da barreira de entrada ínsita aos serviços públicos (o que significa ter de apontar as circunstâncias concretas que justificariam a aplicação de um tal regime restritivo). A partir daí, abrir-se-á o caminho para a depuração da questão fundamental do presente estudo (*o que são os serviços públicos*), assunto que, pela sua essencialidade, precisará ser veiculado em

⁷³ Conferir o subtópico 6.3. deste estudo.

capítulo próprio. Antes, porém, de se alçar a esse patamar, cuide-se apenas de se percorrer brevíssima incursão sobre a contribuição teórica de alguns autores especiais, cuja relevância das ideias encoraja a sua análise individualizada.

4. ALGUNS DESVIOS TEÓRICOS RELEVANTES À CORRENTE DOCTRINÁRIA TRADICIONAL

As discussões sobre os serviços públicos nunca perderam, é verdade, popularidade. Para além do trabalho de consolidação e divulgação dos manualistas, que se se atualiza ao longo das constantes reedições, germinam, regularmente, artigos em periódicos, bem como coletâneas especialmente devotadas ao tema. Seria possível enumerar uma infinidade de publicações cujo mote está centrado nos serviços públicos.⁷⁴ Sua análise particularizada, no entanto, demandaria esforço descomunal – e provavelmente pouco efetivo para a proposta do presente estudo, que, insista-se, está centrado em desconstruir e rever os alicerces da doutrina *dominante* no País. Ainda assim, duas obras há que, em razão da sistematização de conceitos e ideias diretamente relacionados à linha de pensamento ora desenvolvida, bem como em virtude da abordagem provocativa, merecem comentários específicos. Trata-se das contribuições de Grau (2010) e de Schirato (2012).

Decerto, como o próprio nome das publicações eleitas dá a entender – *A ordem econômica na Constituição de 1988 e Livre iniciativa nos serviços públicos* – um dos pontos de destaque das proposições dos autores reside no fato de eles se dedicarem ao exame dos serviços públicos com especial enfoque sobre a ordem econômica estabelecida na Constituição Federal. Eles enfrentam, entre outros, a dicotomia *serviços públicos vs. atividades econômicas*, bem como *serviços públicos vs. livre iniciativa*. Para os fins aqui propostos, em todo o caso, é importante ter em mente que, não só as convergências, também as discordâncias serão indicadas, relativamente ao pensamento dos dois juristas. É o que se faz abaixo.

4.1. Reflexões sobre o pensamento de Eros Roberto Grau

⁷⁴ Dentre as mais recentes, vide, a título meramente ilustrativo: Mariano et. al. (2018), Cid (2016), Andrade (2015), Coutinho (2014), Freire (2014), Motta (2014), Conrado (2013), Dal Pozzo (2012), Gabardo e Gonçalves (2010), Bacellar Filho e Blanchet (2007) e Carvalho (2007).

Grau (2010) é corriqueiramente referenciado nas publicações acadêmicas voltadas ao exame dos serviços públicos no Brasil, malgrado suas ideias datem de algumas décadas. Sua abordagem focaliza as interfaces do Estado com a economia, as fronteiras da intervenção estatal no domínio econômico e a preocupação, sob esse contexto, com a preservação de determinados valores sociais encartados no plano constitucional.

É importante assinalar, de antemão, o enaltecimento do autor à suposta racionalidade do Direito moderno, que amarraria de forma coordenada o Estado e o mercado, atenuando a antagonização entre os dois polos. Sob essa perspectiva, Grau (2010, pp. 32-33) reforça, por exemplo, que a intervenção do Estado na vida econômica contribuiria para se reduzirem riscos, ao garantir mínima previsibilidade e calculabilidade às relações mercadológicas. Em especial, ele aduz: “a tarefa primordial do Estado é a criação de uma ordem jurídica que torne possível o cumprimento das obrigações contratuais e calculável a expectativa de que essas obrigações serão cumpridas”. Por isso mesmo, o *mercado* seria uma “instituição jurídica constituída pelo direito positivo, o direito posto pelo Estado moderno”, e expressaria – para além de mero lugar no qual são praticadas as relações de troca – um *projeto político de organização social*, cujas constituições de cada país cuidariam, em última instância, de delimitar.

A esse propósito, no Brasil, a Constituição de 1988 teria concebido um projeto político (ou modelo econômico) de *bem-estar* (GRAU, 2010, p. 45). Logo, a ordem econômica e, pois, a maneira como o mercado e o mundo da economia seriam disciplinados pelo Direito nacional⁷⁵ teriam como norte tal eixo axiológico. Sem dúvida, essa representa uma peça importante do entendimento do jurista, e facilita a compreensão das construções teóricas que ele propugna. Destaque-se, sobre todas, a relevância atribuída por Grau (2010, p. 130-131) à *preservação dos vínculos sociais* e à *coesão social*, cuja significação seria tal, que o Poder Público teria de se responsabilizar pela provisão das parcelas da atividade econômica indispensáveis ao desenvolvimento de referidos valores. Haveria, assim, uma

⁷⁵ É importante deixar registrado o que o autor entende por “ordem econômica”. Após fazer a distinção entre ordem econômica como “mundo do ser” e ordem econômica como “mundo do dever-ser”, Grau (2010, p. 70) arremata que tal ordem, para ele, como sendo “parcela da ordem jurídica (mundo do dever-ser), não é senão o conjunto de normas que institucionaliza uma determinada ordem econômica (mundo do ser)” – ou ainda: trata-se de “um conjunto de normas que define, institucionalmente, um determinado modo de produção econômica”.

expectativa de que o Estado não só *interviria* na ordem econômica (no sentido de influenciar em áreas do setor privado), mas *atuaria* na ordem econômica de forma prestacional.⁷⁶ Esse último caso, conforme se confirmará, conduzirá à figura do serviço público, que corresponde – justamente – à atividade estatal indispensável “à consecução da coesão social” (GRAU, 2010, p. 128).

Com esse raciocínio, irrompe-se um dos itens de maior relevo do pensamento do autor, para efeito da presente pesquisa. Trata-se da conexão entre *serviços públicos* e *atividades econômicas*, e do esforço classificatório que é por ele desempenhado a partir do reconhecimento desses dois campos. Grau (2010, p. 101), quanto ao tema, não advoga a contraposição de ambos os universos, e sim, preconiza que o “serviço público é um tipo de atividade econômica”.⁷⁷ Haveria, em decorrência disso, *atividades econômicas em sentido amplo* e *atividades econômicas em sentido estrito* – as primeiras representativas de um domínio mais abrangente, dentro do qual se inseririam os serviços públicos; e as segundas representativas de um domínio em que transitariam as atividades livres à exploração dos particulares.

Tal proposição – de serem os serviços públicos atividades econômicas^{78 79} – mostra-se particularmente meritória porque ajuda a desconstruir o ideário segundo o qual tais serviços espelhariam atividades portadoras de atributos

⁷⁶ Repare-se no uso das expressões *intervenção* e *atuação*, que não seriam plenamente intercambiáveis. Como explica Grau (2010, p. 92), *intervenção* indicaria “atuação estatal em área de titularidade do setor privado”; já *atuação* seria a ação do Estado “tanto na área de titularidade própria quanto em área de titularidade do setor privado”.

⁷⁷ Como explica Grau (2010, p. 101): “A prestação de serviço público está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí podermos afirmar que o serviço público é um tipo de atividade econômica”.

⁷⁸ Sobre o reconhecimento de que os serviços públicos seriam atividades econômicas, conferir Justen Filho (2003, p. 19). O autor concorda em que tais serviços envolvem uma alocação de recursos materiais (escassos) para satisfação de certas demandas humanas. Nesse sentido, “considerando o tema sob o prisma da opção por uma certa destinação para os recursos materiais, tem de reconhecer-se que o serviço público apresenta uma manifestação de cunho econômico”. Aliás – prossegue ele – “sob esse enfoque não há maior diferença entre serviço público e atividade econômica. Em todos os casos encontra-se diante da relação entre recursos materiais escassos e fins potencialmente excludentes entre si”. Ainda quanto ao ponto, Rocha (2010, pp. 22-23) enfatiza que: “materialmente, não há diferença entre ‘atividade econômica’ e ‘serviço público’”.

⁷⁹ Contrariamente a esse entendimento, vide Freire (2014, p. 251), para quem a concepção do serviço público como atividade econômica levaria a equívocos. Para o autor, tal afirmativa encobriria o pressuposto ideológico de que todas as atividades seriam privadas, e que o Estado as suprimiria das mãos dos particulares. Com efeito, esse é um desdobramento da própria visão crítica que o autor detém a respeito do princípio da subsidiariedade. Em qualquer caso, para os fins do presente estudo, pouco importa pressupor-se que todas as atividades seriam privadas, o Estado delas se apropriando; ou que todas seriam públicas, algumas das quais seriam transferíveis e exploráveis com maior ou menor controle estatal. No final, o que conta é o deslocamento das atividades entre conjuntos, cujo *discrīmen* residirá, exatamente, na *publicatio*.

fantásticos. No extremo, o que denotaria a *especialidade* jurídica dos serviços públicos seria, isso sim, o fato de eles estarem circunscritos a um conjunto de atividades *defesas à livre iniciativa* (ou, como se preferir, sujeitadas à titularidade exclusiva estatal). Desse modo, a mecânica das classificações defendidas por Eros Grau levaria em conta dois grandes movimentos: algumas atividades econômicas circulariam no universo do mercado; outras, não – restando o desafio de se apreender a razão pela qual certas atividades se situariam em um, e não, no outro campo. Para esse objetivo, será vital divisar, na teoria de Grau (2010), o *critério* que apartaria cada espécie de atividade entre os grupos detectados, restando aí a chave para decifrar o conceito que ele traz sobre os serviços públicos.

Dito isso, é curioso observar que Grau (2010, p. 117) não se socorre de todos os critérios doutrinários tradicionais para apontar o que seriam, na sua perspectiva, os serviços públicos. Ele entende, aliás, que seria equivocada a tentativa de se utilizar a figura do *regime jurídico especial* para tanto. Segundo o autor (GRAU, 2010, p. 117), ao se afirmar que o serviço público seria a atividade desempenhada sob tal regime, “além de privilegiar-se a forma, em detrimento do conteúdo, perpetra-se indesculpável tautologia”. É que uma determinada atividade ficaria sujeita ao referido regime por ser um serviço público, e não o contrário – o regime especial seria a consequência, e não, a causa. Da mesma forma, ele também assume que não haveria uma “totalidade normativa que se possa referir como regime do serviço público” (GRAU, 2010, p. 117), senão diversos níveis ou regimes jurídicos aplicáveis – daí a sua refração ao *critério formal* clássico empregado pelos administrativistas.

Diante disso, a pedra de toque eleita pelo constitucionalista para demarcar a categoria correspondente aos serviços tidos como públicos estaria na *natureza* das atividades econômicas envolvidas. De maneira que a própria titularidade estatal – também ela – seria mero desdobramento lógico dessa prévia averiguação. Tem-se, destarte, que o autor é dos que perfilam a corrente essencialista para o enquadramento de tais serviços, malgrado reconheça que a Constituição Federal cuide de elevar algumas atividades, de maneira explícita, a um tal patamar. Trata-se, nesse caso, dos chamados *serviços públicos privativos* – cuja prestação é reservada ao Estado (União, Estado-membro ou Município), ou é admitida a terceiros mediante concessão ou permissão (haja vista o disposto no art. 175 da

CR);⁸⁰ e dos *serviços públicos não privativos*, como a saúde e educação – que, por força do próprio texto constitucional, igualmente caberiam ao Estado, mas poderiam ser prestados por particulares independentemente da delegação⁸¹ (GRAU, 2010, pp. 122-124).

O autor ressalva, outrossim, que não seria suficiente que a Carta Constitucional previsse a titularidade do Estado, para que uma atividade se convolasse em serviço público. Seria necessário, a bem da verdade, muito cuidado para se adotar “como indicativa da elevação de algumas parcelas da atividade econômica em sentido amplo à categoria de serviço público a circunstância de o texto constitucional atribuir a sua exploração à competência do Estado” (GRAU, 2010, p. 127). É que haveria a possibilidade de *atividades econômicas em sentido estrito* também virem a ser exploradas pelo Poder Público *ex vi* do disposto no art. 173 (como nas hipóteses de *relevante interesse coletivo* ou *imperativos da segurança nacional*). E mais, em determinados casos, isso poderia ocorrer mesmo sob o regime de monopólio, consoante previsto no art. 177 e – de acordo com Grau (2010, p. 126) – no art. 21, XXIII, da CR, sem com isso se levar à materialização de um serviço público.

A partir desse ponto, contudo, vislumbra-se alguma vagueza nos conceitos e ideias adotados pelo autor para aprofundar seu argumento. No tocante, por exemplo, aos serviços e instalações nucleares de qualquer natureza, ao anunciar que se estaria diante de *atividades econômicas stricto sensu* monopolizadas pelo Poder Público, Grau (2010, p. 126) apenas se desincumbe de asseverar que tais tarefas “seguramente não constituem serviços públicos” (e pronto). Paralelamente, o autor acresce que, nesses e nos demais casos de previsão constitucional de monopólios estatais, antes se se poder afirmar que se estaria diante de um serviço público, seria imperioso constatar, primeiro, se “a atribuição constitucional do exercício de determinada competência ao Estado atende a imposição dos interesses do trabalho, no seu confronto com os interesses do capital, ou se, pelo contrário, outras razões determinaram a atribuição desse exercício pelo Estado” (GRAU, 2010, p. 126).

⁸⁰ Seriam os serviços listados, por exemplo, no art. 21, incisos XI e XII, da Constituição Federal de 1988.

⁸¹ O art. 199 e 209 da CR são clarividentes ao indicar que a assistência à saúde, bem como o ensino (todos eles deveres do Estado), seria livre à iniciativa privada.

Ora, as *outras razões* que levariam à intromissão do Estado nas atividades econômicas corresponderiam aos já realçados *imperativos de segurança nacional*, assim como aos *relevantes interesses coletivos* (art. 173, da CR). Em uma e em outra hipótese, todavia, não haveria um serviço público, porque isso dependeria, como também defende Grau (2010, p. 129), do que ele denomina de interesse do *trabalho*, ou do que ele enxerga como relevantes *interesses sociais*. E nessa esteira, é de novo inevitável defrontar-se com a tortuosidade das reflexões do autor – agora no que toca à abstração da locução *interesses do trabalho*, a fundar um serviço público. Seria tal noção vinculada à mera lucratividade do empreendimento?⁸² Mais ainda: como fundamentar a bipartição entre *interesse social* e *interesse coletivo*, para se afirmar que um legitimaria a assunção de dada atividade como serviço público, e, o outro, apenas como atividade econômica estatal?⁸³

Deveras, o autor parte para o uso de expressões indeterminadas para amparar aspectos do seu pensamento, e essa estratégia fica tanto mais nítida quando se vão aprofundando os atributos das atividades que caracterizariam, na ótica dele, o serviço público. Repise-se que Grau (2010, p. 134) se finca no postulado de que a noção de serviço público teria de ser construída sobre as ideias de *coesão* e *interdependência social* – alegorias que se reportam aos fundamentos

⁸² Ao confrontar “capital” e “trabalho”, Grau (2010, p. 108) aduz que o capital pretenderia reservar para a sua exploração todas as matérias que pudessem ser “objeto de profícua especulação lucrativa”. O trabalho, por seu turno, aspira que fosse atribuído ao Estado, para que ele o desenvolvesse de modo não especulativo, o maior número de atividades econômicas em sentido amplo (os serviços públicos). É curioso notar a aproximação dessa ideia com aquela feita, no passado, por Justen Filho (2003, p. 49), e que aproxima a noção dos serviços públicos de atividade não-lucrativas. Diz o autor: “a diferença [entre serviço público e atividade econômica] reside em que o serviço público compreende atividades em que a realização dos valores fundamentais pressupõe afastar o postulado do lucro e da apropriação privada da riqueza”. Particularmente, entende-se inexistir a alegada antagonização entre lucro e serviço público. Os contratos de concessão e de permissão, a propósito, confirmam o contrário, inclusive com o reconhecimento do direito dos particulares ao equilíbrio econômico-financeiro contratual (conferir, a propósito, o art. 9, §1º e § 4º, da Lei Federal nº 8.987, de 21 de fevereiro de 1995).

⁸³ Eis a explanação do autor: “Interesse coletivo não é interesse social. Este está ligado à coesão social, aferido no plano do Estado, plano da universalidade. Os interesses coletivos são aferidos no plano da sociedade civil, expressando particularismos, interesses corporativos”. Para uma visão igualmente crítica a respeito dos parâmetros suscitados por Grau, conferir Loureiro (2010, p. 17). Para esse último, as razões de ordem essencialista invocadas por Grau, segundo as quais os monopólios atenderiam a motivos estratégicos ou de segurança nacional, enquanto os serviços públicos atenderiam a exigências de interdependência ou coesão social, seriam de difícil operacionalização, “tanto em abstrato quanto em concreto”. Mais ainda, Loureiro (2010, p. 17) coloca a seguinte questão: “Como dizer, *a priori*, que determinadas atividades, por definição, atendem a interesse coletivo mas não, contemporaneamente, a interesse social?”.

do próprio Estado, conforme originariamente proposto por Duguit (1928).⁸⁴ Com essa visão de mundo, aliás, Grau (2010, p. 128) recusa a concepção formal do serviço público de Gaston Jèze (traduzida no “regime especial marcado pela submissão dos interesses privados aos interesses públicos”), já que, no limite, prevaleceria para o autor brasileiro a *natureza* do serviço.

Nada obstante – e a exemplo do que se dá com o *critério material* difundido junto aos administrativistas tradicionais –, essa proposição impõe o desafio de se dizer o que seria *coesão social* (como já era desafiador, a propósito, dizer o que seria a *satisfação da coletividade em geral* (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p 659), ou, então, de se discernir o que seriam as *necessidades essenciais* à coletividade (MEIRELLES, 2010, p. 350), dentre os demais predicados abertos declamados pela doutrina majoritária que lida com o tema).

Registre-se que Grau (2010, p. 133), em certa medida, até admite a indeterminabilidade das expressões que ele vai empregando para corroborar seu pensamento. E, para atenuar esse aspecto, ele passa a propor nova diferenciação taxonômica: agora entre os termos “conceito” e “noção” – conferindo a esse último uma maleabilidade bem mais estendida. O *conceito*, para ele, seria atemporal. Já a *noção* representaria “o esforço sintético para produzir uma ideia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas”. O autor, por consequência, intenta descortinar a *noção* de serviço público, sabendo-se que “a questão da indeterminação dos conceitos se revolve na historicidade das noções”.⁸⁵ Por tudo, é serviço público, para Grau (2010, p. 135):

a atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (Duguit) – ou, em outros termos, atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como serviço existencial relativamente à sociedade em um determinado momento histórico (Cirne Lima).

Note-se, mais uma vez, que o enunciado acima continua embebido de locuções indeterminadas, além de se alicerçar, consoante já comentado, em uma

⁸⁴ Grau (2010, p. 128) é peremptório: “Serviço público, diremos, é atividade indispensável à consecução da coesão social. Mais: o que determina a caracterização de determinada parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público é a sua vinculação ao interesse social”.

⁸⁵ Prossegue o jurista: “lá onde a doutrina brasileira erroneamente pensa que há conceito indeterminado há, na verdade, noção”. E, arremata: “a noção de serviço público há de ser construída sobre as ideias de coesão e de interdependência social” (GRAU, 2010, p. 134).

racionalidade complexa que pressupõe o manejo de outras definições abertas, como o *interesse social versus o interesse coletivo* (a partir do que se firmariam as fronteiras entre os serviços públicos e as atividades econômicas em sentido estrito). E, com base nessa proposta teórica, fica difícil equacionar alguns dos problemas levantados anteriormente neste estudo, que envolvem: discernir as hipóteses em que seriam cabíveis as *autorizações* e as *concessões* (ou *permissões*), *vis-à-vis* o disposto no art. 21, incisos XI e XII, da Constituição de 1988 (leia-se: quando um serviço seria autorizável); bem como divisar os serviços públicos de competência dos municípios e dos Estados (que, tal como observado, não estão suficientemente discriminados pelo texto constitucional, e mereceriam, em princípio, passar pelo crivo do interesse social, ou do interesse coletivo – caso prevalente o entendimento de Grau (2010)).

Outro desafio remanescente em relação à doutrina do autor estaria em se compreender em que sentido se diferenciariam os monopólios legais (como no art. 177) dos serviços públicos – é dizer: qual seria a distinção entre atividades econômicas em sentido estrito monopolizadas pelo Estado e os serviços públicos por ele também titularizados (destacando-se, quanto ao ponto, o previsto no § 1º do dispositivo constitucional, o qual, desde a Emenda Constitucional nº 9, de 1995, já admitia a contratação de empresas privadas pela União para o exercício dos respectivos monopólios).⁸⁶ Por derradeiro, também não resta evidenciado o porquê de as atividades representativas da *coesão social* terem de estar submetidas, conforme propugna o jurista, à titularidade estatal, com a sua respectiva exclusão do campo da livre iniciativa.⁸⁷ Decerto, em razão até mesmo da importância que têm, parece ser o caso de se ampliarem as condições de *oferta* de referidas

⁸⁶ O autor até ensaia delinear essa diferença (GRAU, 2010, pp. 139-140). E, entre os critérios que ele apresenta, consta o fato de o serviço público ser prestado em regime de suposto *privilégio*, contra o regime *monopólico* de uma atividade econômica em sentido estrito. Ocorre que, também aqui, não se verifica um maior aprofundamento quanto ao que caracterizaria dito privilégio em face do monopólio e, especialmente: o que distinguiria, em efeitos práticos, a circunstância de o Poder Público explorar uma determinada atividade como monopolista (é o caso da lavra das jazidas de petróleo), da circunstância de ele explorar, como titular, uma atividade caracterizada como serviço público (é o caso do aproveitamento energético do curso de água). As fronteiras entre uma e outra situação são realmente tênues, como também seriam tênues as justificativas que as fundamentariam: o mencionado *interesse coletivo* e o *interesse social*.

⁸⁷ Diga-se de passagem, há contraexemplos robustos na vida prática que, querendo ou não, vêm enfraquecer o ponto de vista do jurista. Algumas atividades econômicas parecem ter grande importância para a coesão social, como a produção de alimentos, de medicamentos, as redes sociais e os programas de busca na internet (como o Google), mas não configuram serviços públicos.

atividades através da atuação indireta do Estado, seja por via da indução, seja por via do fomento ao empreendedorismo privado – ao invés de necessariamente se ter de fiar no caminho restritivo dos serviços públicos.

Ainda assim, a despeito do criticismo com o qual se possam avaliar alguns elementos da idealização de Grau (2010), e a despeito do subjetivismo que a sua proposta conceitual carregaria, não se podem deixar de reconhecer os avanços, bem como as instigantes provocações que ele suscita. Por exemplo, é louvável a percepção de que os serviços públicos seriam, em suma, *atividades econômicas*. Essa perspectiva permite encarar a trama normativa da Constituição da República como um sistema destinado a viabilizar a disciplina e a oferta *dessas* atividades. Mais ainda, reconhecendo-se, como Grau (2010, p. 70), que a ordem econômica corresponde a um “conjunto de normas que define, institucionalmente, um determinado modo de produção econômica”, é possível avançar pela hipótese de que os serviços públicos denotariam, em verdade, uma *estratégia regulatória*, dentre várias outras admitidas para a disciplina das *atividades econômicas*.

O que seria preciso, ainda, a partir dessa constatação, é aprimorar-se a compreensão sobre os parâmetros que deslocariam, por exemplo, uma determinada atividade para debaixo do regime dos serviços públicos (ou da *publicatio*), e os parâmetros que deixariam outras atividades econômicas sob o domínio da livre iniciativa (ou em algum outro meio termo). Como já esclarecido, este representa o objetivo fundamental da presente tese. Mas tal objetivo não pode ser alcançado plenamente, sem antes se avaliarem as contribuições encontradas em outro relevante trabalho teórico nacional.

4.2. Reflexões sobre o pensamento de Vitor Rhein Schirato

A obra de Schirato (2012) é merecedora de destaque, sob o contexto desta pesquisa, porque problematiza de maneira contundente o conflito premente entre o regime dos serviços públicos e os preceitos da livre iniciativa. O autor vai bem além de reforçar atributos tradicionais dos serviços públicos, para reconhecer e oferecer uma nova racionalidade destinada a justificar a eventual extração de uma atividade econômica do âmbito do mercado. Chama a atenção, a esse respeito, o olhar crítico que o jurista também lança sobre as proposições da doutrina majoritária brasileira, apontando a forte influência das escolas francesa e italiana,

bem como de fatores ideológicos relacionados ao papel do Estado, como os ingredientes formadores da noção predominante no País (SCHIRATO, 2012, p. 85).⁸⁸ Nesse quesito, aliás, ele adverte que “a construção histórica da noção de serviço público faz com que até hoje os aplicadores do direito leiam o conteúdo do direito positivo dele extraíndo termos que não estão expressos” – ressaltando, a partir daí, a compreensão de que subsistiria, de fato, um *mito* em relação ao instituto⁸⁹ (SCHIRATO, 2012, p. 91). Essa afirmativa, especialmente, decorre da constatação de que não haveria, ao menos no texto constitucional (e especialmente no art. 175), designação do tal regime jurídico especial que costuma ser advogado pelas administrativas, muito menos de um regime único para os serviços públicos.⁹⁰ Como frisa Schirato (2012, p. 91):

A força das construções ideológicas do serviço público é tamanha que se pretende que o texto constitucional seja interpretado a partir de concessões doutrinárias, quando a realidade – parece-nos – deveria ser o contrário. Tal como exporemos com a detença necessária ao longo deste trabalho, nem a Constituição, nem tampouco outras normas do direito positivo refletem os caracteres do serviço público definidos pela doutrina. Pode até haver a aceitação de um ou outro ponto, mas a integralidade da noção como ela é idealizada (ou mitificada) existe apenas nos livros de direito administrativo.

Ressalte-se, a esse respeito, que no presente estudo já se havia consignado a censura quanto a vários dos enunciados teóricos prevaletentes acerca dos serviços públicos no Brasil.⁹¹ Sobretudo, assinalou-se a insuficiência das concepções doutrinárias recorrentes para se explicarem algumas das lacunas da Carta Magna sobre o tema,⁹² bem como para se harmonizarem figuras, em princípio, antagônicas à ideia da *publicatio* – como é o caso específico das

⁸⁸ Vale aludir, mais uma vez, à percuciente narrativa que o autor empreende quanto ao processo de formação histórica dos serviços públicos no Brasil, partindo desde Visconde do Uruguay até autores contemporâneos.

⁸⁹ Schirato (2012, p. 91) faz menção à observação de Chevallier (2017, p. 19), segundo quem os serviços públicos teriam se tornado uma espécie de mito ou imagem. Também nessa linha, Aragão (2008, p. 129) reconhece o caráter mítico que veio sendo adquirido pelos serviços públicos ao longo do tempo, fruto do descolamento entre a abordagem conceitual sobre o instituto e a realidade dos fatos.

⁹⁰ O autor ainda pondera que a simples afirmativa de que os serviços públicos se refeririam a atividades essenciais à satisfação de necessidades coletivas seria uma construção insuficiente e descolada do texto constitucional vigente. Daí porque ser necessária a definição de critérios mais concretos para se aferir a essencialidade da atividade, para então considerá-la como um serviço daquela natureza (SCHIRATO, 2012, p. 106).

⁹¹ Conferir o Capítulo 3 do presente estudo.

⁹² Relembre-se do problema da listagem dos serviços públicos de competência dos estados-membro e dos municípios.

autorizações referidas no art. 21, XI e XII, da CR. As detecções compartilhadas nesta pesquisa, por conseguinte, convergem com as críticas levantadas por Schirato (2012), com a ressalva especial – conforme será visto adiante – da assertiva por ele agasalhada de que a Constituição da República não fixaria “uma titularidade estatal demarcadora de uma exclusividade” para os serviços públicos (SCHIRATO, 2012, p. 91).

Seja como for, Schirato (2012, p. 108) segue firme na necessidade de se revisitar a noção de serviços públicos e, para tanto, atribui enfoque marcante sobre a ideia de *direitos fundamentais* (o que se revelará uma das pedras de toque do seu ideário). O autor enaltece a influência que esses direitos exerceriam para fins da demarcação das fronteiras do regime dos serviços públicos (e, como não poderia deixar de ser, da eventual possibilidade de retirada de determinadas atividades do campo da livre iniciativa). Explica o autor:

o regime do serviço público deve recair sobre atividades que venham a ser empreendidas pelo Estado para a satisfação de direitos fundamentais status positivus ou misto, sempre e na exata medida em que a instituição do serviço público seja a forma proporcional de satisfação daquele determinado direito fundamental, descabendo, segundo entendemos, falar em necessidades coletivas de forma desgarrada do texto constitucional e, mais ainda, aludir a atividades que sejam permanentes serviços públicos, imutáveis ao longo do tempo (SCHIRATO, 2012, p. 108).

Não deixa de ser verdade que, bem antes, Justen Filho (2003, p. 30) já postulava a correlação entre serviços públicos e valores constitucionais fundamentais (com ênfase à dignidade da pessoa humana).⁹³ Entretanto, para além de reiterar os direitos fundamentais como informadores das atividades que se inseririam entre as obrigações prestacionais do Estado, Schirato (2012, p. 107) ainda reconhece, em tais direitos, um mecanismo *limitador* às prerrogativas estatais de transfigurar toda e qualquer atividade em serviço público. Os direitos fundamentais, em face disso, assumiriam duplo efeito sobre a noção dos referidos serviços: um efeito *positivo* e um efeito *negativo*.

⁹³ Também nesse sentido, conferir Garcia Filho (2008, p. 27), que argui que o serviço público será “toda atividade voltada à satisfação de necessidades fundamentais de interesse geral da coletividade, que representem, em última análise, desdobramentos do princípio da dignidade da pessoa humana”.

Para se compreender, em particular, o *efeito negativo*, é preciso relembrar – como o faz Schirato (2012, p. 93) – que a qualificação de uma dada atividade como serviço público caracteriza, tradicionalmente, uma medida bloqueadora da livre iniciativa. Isso se dá porque (ou pelo regime jurídico especial aludido pela doutrina, ou pela ideia de titularidade estatal, ou, ainda, pelo reconhecimento da existência de atividades econômicas em sentido estrito e em sentido amplo) haveria uma suposta exclusividade atribuível em favor do Estado, no sentido de que, em princípio, ele poderia exercer a atividade sem a presença de outros concorrentes. Como corolário, chegar-se-ia a que um serviço público implicaria a exploração de uma atividade econômica pelo Estado com a correspondente diminuição do seu aceso por particulares – “seja pela concorrência promovida pelo agente estatal, seja pela sua retirada de um ambiente competitivo” – e isso traria, em última análise, “impactos diretos sobre o direito fundamental da livre iniciativa” *ex vi* do inciso XIII do art. 5º da CR (SCHIRATO, 2012, p. 108), servindo, pois, de fronteira à *publicatio*.

Dado esse panorama, em que os direitos fundamentais tanto *informam* quanto *delimitam* o universo dos serviços públicos, mostra-se necessário buscar uma *ratio* para modular adequadamente a abrangência dessa noção. Tal modulação mostra-se tão mais importante quando se tem em mente o fato de que a criação de um serviço público não significa, a exemplo do que previne Schirato (2012, p. 107), “a única forma de satisfação de um direito fundamental” – o que equivaleria dizer que a detença estatal é apenas uma, entre diversas *opções disponíveis* para se promover a oferta de serviços relevantes para a coletividade. Nesse caso, tem-se a que a criação de um serviço público – como o entende a doutrina tradicional – haveria de ocorrer com alguma parcimônia ou racionalidade, sendo exatamente por isso que Schirato (2012, p. 107) aponta a *proporcionalidade* como o crivo a ser observado para tal objetivo. A ilustrar o ponto, confira-se mais um trecho da obra do autor:

Para que se possa aferir a possibilidade jurídica da instituição de serviço público como meio para a satisfação de determinado direito fundamental, será necessário realizar um exame de proporcionalidade entre a finalidade que se pretende alcançar com a instituição do serviço público (forma de satisfação do direito fundamental) e as restrições impostas ao direito fundamental da livre iniciativa (SCHIRATO, 2012, p. 109).

Não se pode deixar de anotar que Schirato (2012, p. 109) reconhece ser assegurado, *prima facie*, o direito a todos de empreender uma atividade econômica lícita, “para dela extrair seu sustento”. Logo, o serviço público – como sinônimo de exclusividade estatal – funcionaria como uma fórmula excepcional a essa conjuntura (dado que a atuação do Estado na atividade prejudicaria a concorrência) e isso conduziria a um choque entre valores constitucionalmente protegidos (os direitos fundamentais mirados pelo estabelecimento, em si, do serviço *versus* o direito à livre iniciativa conferido a cada indivíduo). Como resultado desse embate, o autor vem sugerir a ponderação de cada caso concreto, com a análise tripartite de benefícios e custos contemplando: a *adequação*, a *necessidade* e a *proporcionalidade* (em sentido estrito)⁹⁴ da medida que afetasse negativamente a livre iniciativa.

Ao fim, assumindo o caráter instrumental dos serviços públicos (eles se destinariam, como visto, à satisfação de direitos fundamentais e, logo, ao cumprimento de direitos subjetivos públicos dos cidadãos), Schirato (2012, p. 115) coloca a sua visão de que tais serviços representariam, em essência, uma ação que seria *exigível* em face do Estado. Essa circunstância é fundamental para o pensamento do jurista e serve de molde para o conceito de serviço público que ele passa a abraçar: ao invés, portanto, de consubstanciar uma prerrogativa ou privilégio do Poder Público,⁹⁵ o serviço público seria uma sua *obrigação*.

Tendo em conta esse recorte, o autor vem sugerir sua releitura sobre o conteúdo dos artigos 173 e 175 da Constituição da República. Como Grau (2010), Schirato (2012, p. 123) também reconhece que tanto os serviços públicos, quanto as demais atividades empreendidas pelo Estado com fundamento no art. 173 da CR seriam *atividades econômicas*. Contudo, ele se diz contrário ao pensamento da doutrina majoritária, segundo o qual haveria uma distinção imanente entre os serviços do art. 175 e as atividades do art. 173 – no sentido de os serviços públicos caracterizarem atividades econômicas de *titularidade estatal* (trata-se do conceito

⁹⁴ Quanto a esse aspecto, o autor, tecendo referências às lições de Silva (2009), explica que: “quanto maior o suporte fático de um direito fundamental, maior a quantidade de conflitos entre direitos fundamentais, o que demandará a restrição de algum deles em benefício do outro, fazendo com que seja necessário um exame de proporcionalidade para identificar se o grau de restrição é aceitável ou não, do ponto de vista jurídico” (SCHIRATO, 2012, p. 110).

⁹⁵ O autor explica, para tal, que a construção de serviço público no Brasil, com base no regime jurídico de direito público, teria feito de tal serviço uma prerrogativa do Estado, e não, um direito dos cidadãos, dado que o foco do regime jurídico sempre é visto da perspectiva do Estado, e não, dos cidadãos (SCHIRATO, 2012, p. 119).

da *publicatio*) e as demais atividades serem marcadas pela concorrência entre o público e o privado (SCHIRATO, 2012, p. 124).⁹⁶ Para o autor, porquanto tal diferenciação não refletisse o conteúdo da Carta Constitucional, seria necessária, igualmente, uma reformulação do entendimento dominante.

A proposta compartilhada por Schirato (2012), diante desse cenário, desenrola-se a partir das seguintes reflexões: a) não haveria uma distinção tão clara entre os regimes dos serviços públicos e das demais atividades econômicas (ganhando destaque o intenso regime de regulação imposto a determinadas atividades econômicas na atualidade); b) não haveria, em verdade, a titularidade estatal dos serviços públicos, senão uma *obrigação do Estado* de prestá-los; e c) os serviços públicos seriam, nada mais, nada menos, que um grupo de atividades econômicas exploradas pelo Poder Público, com base na autorização contida no próprio art. 173 da Constituição (sendo certo que esse dispositivo prescreveria que o Estado poderia explorar atividades econômicas diretamente quando isso já estivesse – consoante faria o art. 175 – previsto na CR).

Dito isso, a distinção entre os termos do art. 173 e do art. 175 adviria da “*obligatoriedade* contida neste segundo artigo, não refletida no primeiro” (SCHIRATO, 2012, p. 132), o que significa dizer que as atividades pressupostas no art. 175 caracterizariam uma obrigação (como dever do Estado), e as do art. 173 seriam mera faculdade (cabendo ao Poder Público escolher entre empreendê-las, ou não).⁹⁷ Nem a titularidade estatal, tampouco o regime jurídico – portanto –, nada disso serviria como um *discrímen* válido para se compreender a interrelação entre aquelas duas normas constitucionais.

O entendimento de autor cristaliza-se, assim, no sentido de que: a) os serviços públicos se prestariam a realizar direitos fundamentais; b) o que por sua vez faria emergir em favor dos cidadãos um direito subjetivo público; c) e o que importaria, em contrapartida, uma obrigação ao Estado de executar esses serviços

⁹⁶ Nas palavras do autor: “segundo o entendimento tradicional, a distinção essencial entre a exploração de atividades econômicas e a prestação de serviços públicos (artigos 173 e 175 da Constituição Federal) [...] é vincada pela titularidade estatal dos serviços públicos e pela existência de um regime jurídico especial desses serviços, não refletido no caso das atividades econômicas” (SCHIRATO, 2012, p. 126).

⁹⁷ Conforme explica Schirato (2012, p. 133): “nos casos em que houverem sido constituídos serviços públicos, haverá uma *obligatoriedade* de exploração da atividade econômica serviço público, ao passo que nos casos em que houver relevante interesse coletivo ou imperativo da segurança nacional (hipóteses bastante abertas, diga-se), haverá mera faculdade do Estado de explorar determinada atividade econômica”.

(SCHIRATO, 2012, p. 135) – independentemente de se pressupor a titularidade estatal ou a incidência de um regime jurídico único imputável às atividades correspondentes. A detença estatal, caso existisse, não poderia ser admitida como reserva de mercado em favor do Poder Público, restando-se incólume, nessa linha, o direito à livre iniciativa. Isso porque, com a ressalva daqueles casos específicos apoiados sobre um *juízo de proporcionalidade*, os serviços públicos não poderiam afastar a participação de particulares em um regime concorrencial.⁹⁸

Evidentemente, há vários aspectos do pensamento de Schirato (2012) que se alinham às reflexões suscitadas no presente estudo – sobretudo quanto à necessidade de revisita ao conceito do serviço público. A abordagem crítica que o autor sustenta confirma a insuficiência do modelo teórico até então albergado por prestigiados administrativistas brasileiros. Além do mais, a importância que ele dá à livre iniciativa para a construção dos seus argumentos reflete a relevância que o próprio texto constitucional atribui a esse valor – que é identificado como um dos fundamentos do Estado Brasileiro e da sua ordem econômica. Os serviços públicos, então, traduziriam atividades econômicas cuja execução direta pelo Estado adviria de uma mínima racionalidade (ao invés de se erigirem a partir de concepções vagas e idealizadas adredemente), sendo essa, sem dúvida, uma das reflexões mais notáveis do raciocínio de Schirato (2012).

Apesar disso, remanescem, também em relação às proposições do doutrinador, itens controvertidos. É que a sua visão não elimina todas as questões oponíveis a um conceito dos serviços públicos no Brasil, e não oferece uma solução plena à harmonização das disposições constitucionais que versam sobre o assunto – como é o caso do próprio art. 173 e do art. 175 da CR por ele comentados. Por isso mesmo, é útil assinalar os pontos de discordância com a abordagem do jurista, para então se ingressar na construção de uma concepção que se entende mais apta a endereçar os desafios teóricos até aqui mostrados.

⁹⁸ Assinale-se que Schirato (2012, p. 140) reforça que “a regra traçada pelo legislador é a da livre concorrência, razão pela qual, exceto nos casos em que necessária e proporcional, haverá concorrência na prestação dos serviços públicos, não sendo possível invocar-se o combatido regime jurídico de direito público para afastar as regras concorrenciais às atividades consagradas como serviço público”. O jurista ainda arremata: “a construção da exclusividade na prestação dos serviços públicos *a priori* e em qualquer caso nada mais é do que a pretensão de justificar um privilégio da administração pública a partir de uma construção genérica e vazia (a supremacia do interesse público sobre o particular)” (SCHIRATO, 2012, p. 176).

Recapitulando-se o que se havia comentado, um dos mais marcantes ingredientes da tese de Schirato (2012) reside no reconhecimento de que, ao invés de impor uma reserva *a priori* da atividade rotulada como serviços públicos ao Estado, a sistemática constitucional criaria, na verdade, uma *obrigação de se ofertar* referida atividade – ainda que em concorrência com particulares. Apenas em casos especiais, submetidos a um juízo de proporcionalidade, seria justificável o afastamento dos agentes do mercado e, pois, a detença estatal exclusiva do serviço,⁹⁹ o que – é importante salientar – denotaria uma fórmula engenhosa de se compatibilizar os predicados constitucionais da livre iniciativa com a necessidade de o Poder Público reter, para si, o controle de acesso por terceiros à exploração de atividades relevantes para a sociedade.

A esse respeito, no entanto, e sem se levar em conta o viés abstrato que essa construção teórica inevitavelmente também abraça (a *proporcionalidade* dependerá, por exemplo, do contexto sob o qual um intérprete legitimado estiver inserido para poder decifrá-la),¹⁰⁰ a afirmação do autor quanto à natureza precipuamente obrigacional dos serviços públicos parece estar alicerçada em uma premissa não válida. Schirato (2012, p. 91) assevera que o *caput* do art. 175 da Constituição de 1988, muito embora determinasse incumbir ao Estado a prestação de serviços públicos, não fixaria uma titularidade estatal demarcadora da sua exclusividade; conforme ele explicita: “não há qualquer locução no artigo 175 ou em outro dispositivo do texto constitucional que crie qualquer reserva de mercado ou privilégio em favor do Estado no campo da prestação dos serviços públicos”.

⁹⁹ Relembre-se, a propósito, o que defende o autor: “a restrição ao direito fundamental de livre iniciativa está longe de ser algo automático, mas, sim, é algo que apenas ocorre na medida em que haja colisão entre o direito fundamental a ser satisfeito pelo serviço público e o direito fundamental de livre iniciativa e sempre de forma proporcional” (SCHIRATO, 2012, p. 121).

¹⁰⁰ Note-se, em último caso, que a tática de se antever na proporcionalidade o caminho adequado para a elucidação das hipóteses em que o Poder Público poderia retirar da seara da livre iniciativa uma dada atividade econômica não se distancia das fórmulas segundo as quais os serviços públicos seriam tidos como atividades imperiosas à satisfação de *relevantes interesses públicos* ou *necessidades essenciais* ou etc. Com efeito, é inevitável comparar-se, em alguma medida, a vagueza dos *critérios materiais* tradicionalmente reconhecidos pela doutrina em relação aos serviços públicos com os elementos que informam a própria noção de *proporcionalidade*, a saber: a *necessidade*, a *adequabilidade* e a *proporcionalidade em sentido estrito* (SCHIRATO, 2012, p. 110). Quanto ao ponto, sempre restará uma pergunta inconclusa: *a quem cabe concluir ser proporcional, em tal ou qual situação, a suplantação do princípio da livre iniciativa?* Ou ainda: *o que é adequado, necessário e, mesmo, proporcional em sentido estrito para se justificar a exclusividade estatal de um determinado serviço público?* Por tudo isso, afirmar que a proporcionalidade funcionaria como um *parâmetro para a publicatio* seria – senão uma forma de se empurrar para frente o problema do subjetivismo das soluções até então aplicáveis – uma maneira de sofisticá-lo.

Ocorre que, ao contrário do que sustenta o jurista, o art. 175 da CR, especialmente a sua parte final, revela um comando que conduz ao reconhecimento da detença estatal sobre os serviços públicos, invariavelmente. De um lado, note-se que o referido dispositivo prescreve que ao Poder Público incumbe a prestação dos serviços públicos. E, sob esse ângulo, apenas, de fato não haveria como se inferir a exclusividade estatal sobre tais serviços ou o necessário afastamento de outros atores interessados em os prover. De outro lado, porém, consta do art. 175 da Constituição da República a previsão segundo a qual, senão o Estado diretamente, os potenciais interessados acederiam ao *status* de prestadores de serviços públicos pela via da *concessão* ou da *permissão* e, *sempre*, através de licitação.

Ou seja, o texto constitucional evidencia o estabelecimento de uma *condição prévia* para o exercício dos serviços públicos por terceiros, qual seja: a celebração de um contrato junto ao Poder Público (o contrato de concessão ou o contrato de permissão),¹⁰¹ e com a obediência, sempre, do prévio procedimento licitatório a ser realizado junto a todos os potenciais interessados.¹⁰² Reexamine-se, nesse sentido, o que prescreve a norma da CR: “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. Esse trecho, não há dúvidas, consagra a mecânica de que os serviços públicos *ou* são prestados diretamente pelo Poder Público *ou* o são por outrem – entretanto, e mais uma vez, desde que pelo caminho da concessão ou da permissão.

Por isso mesmo, pode-se dizer que subsiste, na Constituição, uma *barreira de entrada* em desfavor da exploração das atividades rotuladas como *serviços* públicos, por particulares. Se é verdade que o texto da Carta não detalha o que necessariamente seriam tais serviços, fato é que, quando se estiver diante deles, isto será inexorável: prevalecerá, para os terceiros, a *regra de especial acesso* (marcada sobretudo pela licitação) – a qual confere ao Estado, em princípio, a prerrogativa de definir o *quando*, o *como* e até mesmo *se* um dado serviço público

¹⁰¹ A natureza contratual da concessão e da permissão estão referenciados no próprio inciso I do art. 175 da CR, o qual menciona as empresas concessionárias e permissionárias e, especialmente, o “caráter especial do seu contrato”.

¹⁰² Dito de outra forma: não dá para negar a *publicatio* com base no art. 175 da Constituição Federal de 1988.

virá a existir.¹⁰³ Logo, em virtude dessa observação, seria contestável a assertiva de Schirato (2012, p. 185) de que “o regime constitucional dos serviços públicos contemplado no texto da Constituição de 1988 não prevê qualquer forma de exclusividade ou titularidade estatal”. Em última instância, a leitura que o autor faz sobre o ponto acabaria por desconsiderar termos que – querendo ou não – estariam positivados nos dizeres constitucionais.¹⁰⁴

Adicionalmente a essa reflexão, ainda seria possível ponderar o eventual acerto da tese de Schirato (2012) quanto à diferenciação por ele encaminhada para o conteúdo do art. 175 *versus* o conteúdo do art. 173 da Constituição Federal de 1988. Relembre-se de que, para o autor, aquele primeiro dispositivo se distanciaria do último por pressupor, em tese, uma obrigatoriedade: o art. 175 traria a “obrigatoriedade de exercício de determinadas atividades econômicas classificadas como serviços públicos”; e o art. 173, por sua vez, traria a “possibilidade de exercício de atividades econômicas” pelo Estado, carreando, ao fim, uma simples faculdade de o Poder Público se desincumbir dessas ocupações (SCHIRATO, 2012, p. 132).

Pois no tocante especialmente ao art. 173, já se sabe que os fundamentos autorizativos para o exercício da *faculdade* de agir do Estado sugerida por Schirato (2012, p. 132) são os já conhecidos *imperativos da segurança nacional* e o *relevante interesse coletivo* (para os ambos os casos, frise-se: o autor advoga que o Estado poderia decidir-se entre empreender, ou não, a atividade econômica). Entrementes, diante de qualquer desses motivos, impõe-se a dúvida sobre se subsistiria um simples *poder de escolha* para o Poder Público em exercer as atividades correspondentes, ou se o Estado também não estaria, frente a tais situações, *obrigado* ao seu provimento.

Com efeito, não parece razoável (ou proporcional) admitir-se que, por força da segurança nacional, o Estado pudesse se omitir ao exercício das ações

¹⁰³ Se bem que, a se tomar de empréstimo a tese de Schirato (2012), caberá sempre aos cidadãos exigir do Poder Público a prestação desses serviços, o que o pressionará para os executar ou, alternativamente, delegar a sua prestação para particulares.

¹⁰⁴ Nessa mesma linha, Medauar (2003, p. 340) alerta para a circunstância de alguns autores afirmarem não mais existir a titularidade estatal de atividades, em relação aos serviços públicos. Entretanto, a autora sublinha que “tais concepções não se aplicam ao ordenamento brasileiro, ante o art. 175 da CF, que atribuiu o serviço público ao poder público, diretamente ou mediante concessão ou permissão”. Também a esse respeito, Aragão (2008, pp. 261-262) é peremptório: “Pelo menos enquanto subsistir a redação original do art. 175, não há como, à exceção dos serviços sociais, ignorar na identificação de determinadas atividades como serviços públicos ou atividades privadas, o fato de a sua titularidade ter ou não ter sido reservada ao Estado”.

necessárias – o mesmo raciocínio se aplicando às hipóteses de relevante interesse coletivo. Nos casos do art. 173 da CR, por conseguinte, é de se convir que os cidadãos também poderiam fruir do direito subjetivo público de exigir o acionamento estatal, o que torna inevitável contraditar o fator *obrigação* (ou *faculdade*) como o critério que, ao fim e ao cabo, fundamentaria a atuação do Estado com esteio no art. 173, *vis-à-vis* a sua atuação com amparo no art. 175.

Outrossim, defender o caráter *obligacional* dos serviços públicos parece ser uma reverberação diminuída da proteção que a Constituição da República já lança, de maneira geral, sobre os direitos fundamentais, em si. Seriam esses direitos (e não propriamente os serviços públicos) que criariam para os indivíduos o direito subjetivo público de exigir o acionamento estatal – o qual poderia ocorrer, por seu turno, via uma pluralidade de fórmulas, para muito além da prestação direta de atividades econômicas.¹⁰⁵ Afirmar que os serviços públicos – em razão da sua vinculação com os direitos fundamentais – seriam impositivos para o Estado significa desprestigiar outras ferramentas acessíveis no ordenamento jurídico para que o Poder Público também satisfizesse os valores fundamentais envolvidos, das quais são exemplo a sua atuação ordenadora¹⁰⁶ e indutora.¹⁰⁷

Haja vista esse contexto, entende-se que os serviços públicos representam, na verdade, um dentre vários instrumentos a cargo do Estado destinados a satisfazer e a preservar os direitos fundamentais. Trata-se, nomeadamente, de *uma estratégia regulatória* que, sim, pressupõe o alijamento da livre concorrência sobre algumas atividades econômicas (*ex vi* do art. 175 da CR) – devendo-se descortinar, a partir dessa afirmativa, as (novas) razões que pudessem melhor fundamentar o caráter restritivo do regime a elas aplicável, para além dos contributos de Schirato (2020).

¹⁰⁵ De fato, mesmo tendo-se em vista os direitos fundamentais, eles não necessariamente ditariam ao Estado a obrigação de prestar todas as atividades econômicas cujos produtos estivessem intrinsecamente relacionados à satisfação de tais direitos. Esse seria o caso clássico já mencionado da produção de alimentos e tecidos. Ao invés da produção direta, seria esperado que o Poder Público garantisse as condições de contorno (inclusive sob o ponto de vista concorrencial) para a oferta adequada de referidas atividades.

¹⁰⁶ São exemplos dessa atuação: a competência regulatória do Estado e o exercício do poder de polícia. De maneira mais abrangente, aliás, caberia menção à ideia de “administração ordenadora” de Sundfeld (2003, p. 26), que caracterizaria “a parcela da função administrativa, desenvolvida com o uso do poder de autoridade, para disciplinar, nos termos e para os fins da lei, os comportamentos dos particulares no campo de atividades que lhes é próprio”.

¹⁰⁷ É imperioso fazer menção, aqui, à figura do fomento, em que o Poder Público deixa de executar uma utilidade material fruível diretamente pelos cidadãos, cuidando de induzir ou provocar a sua realização por um particular. Voltar-se-á a esse tema mais adiante.

5. EM BUSCA DE UMA NOVA VISÃO: OS SERVIÇOS PÚBLICOS COMO ESTRATÉGIA REGULATÓRIA

Na literatura especializada, o termo regulação encontra variados significados. Alguns doutrinadores enxergam a regulação com um viés mais restrito, localizando-a sob o contexto da privatização de empresas estatais e da concessão de serviços públicos,¹⁰⁸ assim como com a consequente criação de entidades específicas para tutelar as atividades desestatizadas. Selznick (1985), por exemplo, defende que a regulação compreenderia “o controle prolongado e localizado, exercitado por uma agência pública, sobre uma atividade à qual uma comunidade atribui relevância social”. Tal percepção estaria, de acordo com Marques Neto (2002, p. 200), refletida no Brasil pela figura das agências reguladoras autônomas.¹⁰⁹

Outros autores, por sua vez, admitem uma concepção mais abrangente para o termo, que denotaria “uma influência deliberada do Estado, em um sentido mais amplo, de modo a atingir comportamentos sociais e econômicos” (COUTINHO, 2014, p. 40). Regulação, assim, seria “a intenção de direcionamento conjuntural da atividade econômica no Estado”, que poderia envolver tanto a regulamentação, quanto o monitoramento, a fiscalização, o planejamento, a ordenação, o fomento etc. Tratar-se-ia, em última análise, de uma fórmula que abriria espaço a políticas públicas “não integralmente entregues, por exemplo, ao ideal de otimização funcional por intermédio da concorrência” (ARANHA, 2013, p. 89).¹¹⁰

¹⁰⁸ Essa seria, como explica Coutinho (2014, p. 39), a corrente doutrinária que relacionaria a regulação com o período neoliberal de abertura e privatização de atividades econômicas.

¹⁰⁹ Essa visão é tida por Boyer (2009, p. 23) como aquela que predomina na doutrina anglo-saxônica e de acordo com a qual a teoria da regulação estaria vinculada a modalidades de delegação de serviços públicos a empresas privadas, “com a premissa de instituir agências administrativas independentes, chamadas de agência reguladoras”. De toda a maneira, não seria correto, como adverte Sundfeld (2006, p. 19), supor que as agências reguladoras seriam sinônimo de processo de privatização e vice-versa. A despeito de haver uma tendência nos países que optaram por amplos processos de privatização de serviços básicos de criar órgãos de regulação com grande autonomia, a verdade é que autoridades com poderes de regulação existem para todos os setores (a exemplo dos órgãos de defesa da concorrência e os voltados para o mercado financeiro).

¹¹⁰ É interessante notar que, sob o espectro mais abrangente, a regulação poderia ser entendida como um padrão de governança pública. As diversas modificações sobre os padrões de governança do Estado, aliás, sugeririam a necessidade de se reavaliar a sua autoridade, bem como sua relação

Quanto a essa última orientação, aliás, observe-se o fato de a regulação se mostrar como via complementar – senão paralela – à coordenação do mercado pela via concorrencial. Para além da mão invisível de matiz liberal, seria desejável a *atuação estatal* a fim de também assegurar resultados positivos para a sociedade, tendo por pano de fundo as relações mercadológicas. E mais, tal *otimização* das interações no mercado pela intervenção pública contemplaria distintas ferramentas,¹¹¹ o que incluiria as autorizações, o fomento e, consoante se entende, até mesmo a *instituição de serviços públicos*.¹¹² Nessa perspectiva, Boyer (2009, p. 19) relembra que o “Estado pode corrigir as limitações do mercado”, reforçando a percepção de que a regulação estatal contribuiria para ajustar possíveis distorções ou falhas relacionadas à interação livre dos agentes econômicos.¹¹³

Partindo-se desses apontamentos, não é difícil perceber porque os serviços públicos poderiam ser assimilados como uma espécie de *técnica regulatória*, como se defende nesta tese.¹¹⁴ Basta constatar, a respeito, que a qualificação de uma dada atividade econômica como tal faria recair imediatamente sobre ela um *regime especial*, o qual passaria a lhe fixar os contornos, bem como as suas condições de execução. Aliás, para os autores até aqui referenciados, viu-se que eles também defendem a existência de um regime peculiar sobre os serviços públicos,¹¹⁵ embora se limitem a reproduzir, para tanto, o regime jurídico incidente sobre a

com a sociedade civil (YEUNG, 2012, p. 80). Ainda sobre a amplitude da regulação, Coutinho (2014, p. 110) aduz que, “como forma de atuação do Estado na economia, parece fazer sentido concluir que a regulação pode admitir diferentes perspectivas, objetivos e arranjos institucionais”.

¹¹¹ Sobre a vasta abrangência dos instrumentos inseridos sob a noção da regulação, Garcia (2019, p. 82) explica que tal conceito envolve “o desempenho de uma série de funções distintas, que incluem as atribuições típicas da função administrativa até a edição de normas técnicas e composição dos conflitos que possam surgir das relações sujeitas à intervenção regulatória. A regulação abarca, a um só tempo, funções executivas, normativas e judicantes”. Com a mesma visão ampla a respeito da regulação, conferir Medauar (2002, pp. 123-128).

¹¹² Recorde-se de que o reconhecimento de um serviço público, nos termos do art. 175, mais do que a mera obrigação para o Estado, implicaria a própria retirada da atividade do seio da livre iniciativa.

¹¹³ Com efeito, o só fato de o funcionamento do mercado estar garantido em uma sociedade não é sinônimo de garantia de sua eficiência e de sua efetividade. A atuação estatal seria ainda demandada para, pelo menos, fixar os tipos de negócios admitidos, determinar preliminarmente os direitos de propriedade e os parâmetros e valores dos impostos (VELJANOVSKI, 2012, p. 31). Especialmente, a atuação do Estado (inclusive por meio da regulação) seria também exigida para corrigir as assim chamadas *falhas de mercado*. Sobre o tema das falhas de mercado e sobre a sua relação com os serviços públicos, voltar-se-á mais adiante.

¹¹⁴ Essa expressão é utilizada por Nallar (2010), citado por Schirato (2012, p. 241). Aquele autor reconhece que a presença dos serviços públicos predicaria o manejo de instrumentos específicos pelo Estado para a realização das finalidades da atividade, daí porque tais serviços poderiam ser classificados como uma técnica regulatória.

¹¹⁵ Loureiro (2010, p. 13) é um dos que reconhece que “o art. 175 aponta na direção de um determinado regime jurídico, mais denso do aquele genérico que informa o exercício de qualquer competência pública (ainda que de modo algum completamente pronto e inacabado).

Administração Pública em geral (o que dificultaria a diferenciação de tais serviços frente a outras funções administrativas); ou, então, vão buscar, nas disposições de cunho *infraconstitucional*, os elementos necessários para atestar a presença de dito regime,¹¹⁶ em alusão, no mais das vezes, aos predicados do que aqui se tem referido como as *Leis de Rolland*.

Em nenhum caso, todavia, é extraída, das normas da Constituição da República que tratam do tema, a caracterização da disciplina especial atinente a tais serviços, devendo-se perguntar, desse modo, se não haveria um regime jurídico intrínseco que se dessumisse daqueles dispositivos constitucionais voltados aos serviços públicos, relacionado às próprias fronteiras regulatórias que o constituinte diretamente teria pretendido dar.

Pois ao que se acredita, a resposta a essa questão – que é central para o presente estudo – é afirmativa. Especificamente o art. 175 da CR traduz, *per se*, o regime peculiar daquelas atividades que se qualificariam enquanto serviços públicos. Trata-se, nada mais, nada menos, do que a *publicatio*. É dizer: a *publicatio* (ou ainda: a exclusão da correspondente atividade do campo da livre iniciativa, que está registrada literalmente naquele dispositivo constitucional) é o que exprime a específica disciplina que a Constituição de 1988 conferiu às atividades nomeadas de serviços públicos. Seria possível, em face disso, afirmar que a Carta Constitucional consagra, em última análise, uma estratégia regulatória de quem é *dono* para o Poder Público, atribuindo-lhe – como outras vezes já reportado nesta pesquisa – a prerrogativa de ditar os rumos da prestação dos serviços relacionados.¹¹⁷

Além do mais, podem-se reputar os serviços públicos como uma técnica regulatória *de extremo*, de acordo com a qual o Estado, no intuito de garantir a *oferta* e o pleno o *controle* sobre a atividade, reserva para si o privilégio de implementá-la (com os seus recursos materiais, financeiros e humanos); e a qual

¹¹⁶ Fazendo menção novamente a Schirato (2012, pp. 242-260), ele se refere a distintas leis para fundamentar os deveres por ele visualizados para o regime dos serviços públicos, dentre as quais: a Lei Federal nº 9.472/1997, a Lei Federal nº 9.427/1996, a Lei Federal nº 11.445/2007 e a Lei Federal nº 10.438/2002 (a fim de corroborar o dever de universalização); e a Lei Federal nº 8.987/1995 (a fim de corroborar os deveres de continuidade e de modicidade tarifária).

¹¹⁷ Aragão (2008, p. 196) distingue as atividades privadas dos serviços públicos em razão de as primeiras se encontrarem protegidas pelo direito fundamental da livre iniciativa, “ao passo que os serviços públicos são excluídos desse âmbito”. Notadamente, o autor destaca que, nos serviços públicos, as atividades correspondentes somente poderiam ser exercidas por particulares por delegação, e “como e enquanto o Estado politicamente assim decidir”.

ainda opõe, em face de terceiros, limitações de acesso (cuja liberalização o Poder Público também haveria de administrar).

Lembre-se, no que toca à primeira assertiva (o Estado reserva para si o privilégio de explorar a atividade), do que prescreve o art. 175 da CR: “incumbe ao Poder Público [...] a prestação de serviços públicos”. Já quanto à segunda assertiva (o Estado pode controlar a liberalização do acesso às atividades para terceiros), lembre-se da obrigação de se realizar a licitação prévia e da celebração de contratos de concessão ou de permissão – que também estão explicitamente contempladas no dispositivo constitucional e funcionam, segundo observado, como condição para à exploração indireta dos serviços públicos.

Decerto, ao se aludir a *uma estratégia de extremo* relativamente aos serviços públicos, é de se pressupor que subsistiriam, ainda, *outras dimensões* regulatórias extensíveis às atividades econômicas em geral, em face das quais a influência do Estado seria, em alguma medida, menos invasiva. Fala-se, nesse sentido, de uma *gradação* (ARAGÃO, 2008, p. 255), por sob a qual se abriria um espectro alargado de situações em que a intervenção regulatória, por parte do Poder Público, viria se concretizar.¹¹⁸ A fim de ilustrar o raciocínio, visualize-se, em um dos polos, o domínio da livre iniciativa, com a atuação (em tese) solta de particulares, distanciada da ingerência pungente do Estado.¹¹⁹ No meio do caminho, observe-se despontarem exigências formais prévias ao comportamento dos agentes econômicos, com a estipulação de parâmetros especialmente concebidos para o ingresso deles na atividade (esse seria o caso, como se verá oportunamente, das autorizações). Logo em seguida, adviriam os serviços públicos, com a respectiva *publicatio* das atividades pelo Estado e sua liberalização apenas via contrato (de concessão ou permissão). E no polo oposto, por fim,

¹¹⁸ Aragão (2008, p. 255) ressalta, a propósito, que “não resta dúvida que, se as modalidades de intervenção do Estado na economia nunca se deixaram cristalizar em categorias muito estanques, atualmente a riqueza desse fenômeno, com um sem número de ‘*degradeés*’ de graus de intervenção regulatórias, torna cada vez mais complexas as tentativas de classificação na matéria”. Voltar-se-á a esse tema mais ao final do presente estudo.

¹¹⁹ Perceba-se que é deveras difícil conceber situações em que o Poder Público não detivesse, ainda que remotamente, algum tipo de influência sobre o exercício de atividades econômicas. No limite, quer mediante licenças ou alvarás, ou ainda, por meio da exigência do cumprimento de conformidades, como é o caso da liberação do estabelecimento pelo Corpo de Bombeiros ou pela vigilância sanitária, o Poder Público será invariavelmente instado a se manifestar sobre o empreendimento, por particulares, de atividades econômicas. Trata-se, ao fim e ao cabo, do corolário do exercício do próprio poder de polícia estatal – ou, referindo-se novamente a Sundfeld (2003), da “administração ordenadora”.

assomariam os monopólios estatais, em que participação de terceiros na atividade econômica tutelada seria *in totum* vedada.

Ainda sobre a questão dos variados graus ou dimensões regulatórias, vale trazer à tona a preleção de Aranha (2013, pp. 63-64), segundo a qual haveria conceitos específicos que, historicamente, evidenciaríamos como a regulação dos serviços públicos viria a se manifestar,¹²⁰ nomeadamente: o conceito de “controle pela descentralização” e o conceito de “controle pela centralização”. Tendo por base o primeiro deles – o *controle pela descentralização* – haveria a aceitação, pelo Estado, de que suas finalidades pudessem ser plenamente alcançadas pela ação dos particulares. No segundo – o *controle pela centralização* –, sobressairia uma falta de confiança do Estado na iniciativa privada para o alcance espontâneo dos fins por ele patrocinados. Para além desses dois conceitos, ainda interessaria capturar a distinção entre o que o autor intitula de “regulação operacional” e “regulação normativa”. De forma sucinta, a “regulação operacional ou diz respeito a afetar atividades à iniciativa privada ou ao Estado” (ARANHA, 2013, p. 65). Trata-se, na realidade, de uma referência ao plano físico-estrutural da regulação dos serviços, que envolveria responder à seguinte pergunta: *quem irá exercer os serviços públicos?*

Pois bem, se a regulação operacional compreendesse a intensidade com que o Estado avocaria a si e às suas entidades a tarefa de desempenhar certas atividades, a regulação normativa, por seu turno, diria respeito à “ampliação ou à restrição das atividades alcançadas por regramento estatal direto” (ARANHA, 2013, p. 65). Em vista dessas considerações, o autor arremata:

Tal distinção entre regulação operacional e regulação normativa permite analisar com maior precisão a forma de concentração regulatória dos serviços públicos e das atividades econômicas. A concentração regulatória pode ocorrer somente no âmbito operacional ou somente no âmbito normativo. A tendência mais recente é a de regulação descentralizada operacionalmente e de normatividade complexa, ou seja, de regulação normativa centralizada, mas remetida a autoridades administrativas (ARANHA, 2013, p. 65).

Com efeito, pela via da *normatividade centralizada* (que, como indica o referido jurista, representa a tendência regulatória mais atual), identifica-se o

¹²⁰ Para o autor, ainda, a regulação, enquanto um fenômeno abrangente, transitaria entre tipos distintos de intervenção, e significaria “o acompanhamento do destino de atividades essenciais à sociedade” (ARANHA, 2013, p. 63).

exercício de uma série de funções estatais como: a regulamentação, o monitoramento, a mediação, o fomento, a fiscalização, o planejamento e a ordenação da economia – sobretudo nos casos em que não se dá a assunção direta, pelo Poder Público, da prestação de serviços públicos. Isso significa que, mesmo quando prevalente a *regulação operacional descentralizada* (que também seria testemunhada hoje em dia), isso não significa o esvaziamento das ações estatais regulatórias, pelo contrário: o fato de o Poder Público não intervir sob o ponto de vista *operacional* não significa que ele estivesse intervindo menos (ARANHA, 2013, p. 65).

À luz de todas essas reflexões, é possível perceber como o conceito dos serviços públicos – conforme veio se desenvolvendo ao longo dos tempos – guarda correlação com a maior ou a menor desconfiança quanto à capacidade de os particulares conseguirem prover atividades de interesse da sociedade, fazendo ativar estratégias regulatórias mais, ou menos, centralizadoras. Em algum momento, predominou a técnica da regulação operacional centralizada, na qual o Estado puxou para si a prerrogativa de ofertar serviços considerados essenciais ou necessários, por exemplo, à preservação da soberania nacional.¹²¹ Mais recentemente, no entanto, testemunhou-se um movimento antagônico de devolução de certas atividades para a iniciativa privada, fruto, dentre outros, da percepção de que o Estado teria se tornado demasiadamente grande, sendo notória a sua incapacidade e ineficiência econômica (GROTTI, 2006, p. 43).¹²² Portanto, ao invés de prestador dos serviços, o Poder Público passou a dedicar esforços para orientar e acompanhar como as necessidades públicas viriam a ser atendidas pelos agentes privados (SOUTO, 2002, p. 83), lançando mão de mecanismos de indução de comportamento, inclusive pela emissão de normas específicas via agências reguladoras.

Fosse como fosse, fica evidenciada a esta altura a percepção importante de que a intervenção direta do Estado – como provedor de atividades econômicas

¹²¹ Marques Neto (2006, p. 73) explica, nessa linha, que “por décadas, a intervenção estatal no domínio econômico foi identificada com o intervencionismo direto na economia, com a estatização de atividades econômicas por razões estratégicas, com a afirmação da soberania estatal, com a fragilidade dos atores privados, entre outros fatores” (caracterizando-se, a propósito, o período denominado de Estado de Bem-Estar).

¹²² Grotti (2006, p. 43) reforça o fato de se ter criado uma “consciência generalizada de que deve haver um enxugamento da máquina estatal e a devolução de atividades à iniciativa privada, ou seja, deve-se devolver ao cidadão e à sociedade seu protagonismo, sua iniciativa e, no fundo, sua liberdade de escolha do prestador de serviço”.

– não é mandatória para que os fins por ele tutelados fossem cristalizados na sociedade, uma vez que haveria um leque de técnicas regulatórias disponíveis para esse propósito, para além dos serviços públicos (e a *publicatio*). Em contrapartida, também não se pode menosprezar o fato de a Constituição da República ter atribuído um *status* proeminente ao valor da livre iniciativa, não sendo possível, pois, admitir uma discricionariedade plena para que o Poder Público, em assim o desejando, eliminasse do campo do mercado o exercício de certas atividades, pautando-se por uma abordagem deliberadamente monopolizadora.

Neste ponto, vale retomar a lição de Schirato (2012, p. 162), segundo quem, apenas em casos excepcionais, justificados caso a caso, o princípio da livre concorrência poderia ser afastado – mesmo diante de atividades econômicas umbilicalmente atreladas à satisfação de direitos essenciais (como o fornecimento de energia elétrica ou de telecomunicações).¹²³ Isso significa dizer que é preciso partir de alguma razão (ou critério) que justificasse a *opção regulatória* extremada pelos serviços públicos,¹²⁴ a qual teria, sim (segundo se acredita), o condão de provocar a exclusão de uma atividade econômica do universo da livre iniciativa e do âmbito da atuação dos agentes do mercado.

Tendo-se por pano de fundo, ainda para esse fim, as proposições teóricas de Schirato (2012), reputa-se que a receita da *proporcionalidade* por ele advogada não seria, todavia, suficiente para se deslindarem as situações em que a estratégia regulatória da *publicatio* se mostraria cabível. Lembre-se, mais uma vez, de que o autor propugna que “a livre concorrência só poderá ser afastada no caso de conflito com outro princípio jurídico e sempre de forma estritamente proporcional” (SCHIRATO, 2012, p. 162).¹²⁵ Ocorre, porém, que a régua da proporcionalidade

¹²³ Retomando-se o que comenta Schirato (2012, p. 162): “Os serviços públicos poderão impor restrições à livre iniciativa, na exata medida proporcional necessária à realização do direito fundamental que dever ser realizado por um dado serviço público”. Entretanto, mantém-se a seguinte advertência: “é evidente que a concorrência só poderá ser afastada na exata medida do necessário para a realização do conteúdo essencial. Vale dizer, não é porque o direito fundamental a ser satisfeito pela prestação de um serviço público apresenta um conteúdo essencial que esse conteúdo essencial elidirá, *ipso iure*, o regime de concorrência. Apenas na medida do exato necessário é que poderá ser afastada a concorrência” (SCHIRATO, 2012, p. 163).

¹²⁴ Com efeito, Loureiro (2010, p. 5) já advertia que “o simples fato de haver esta ‘reserva’ em favor do Estado há de ter uma relevância de não pouca monta, em uma Carta que decididamente escolheu o regime da livre iniciativa como elemento fundante da Ordem Econômica”.

¹²⁵ Veja-se que a proporcionalidade, como limite à intervenção concorrencial, é também defendida por Mendonça (2018, p. 225), que assim se manifesta: “a conformação da atividade do Estado deve ser logicamente adequada ao fim a que se proponha, não deve impor maiores gravames ao particular do que outras opções com semelhante grau de eficiência e, ainda, deve ‘compensar’, numa conta (evidentemente não matemática) entre prós e contras”.

carreia consigo uma impalpabilidade imanente, e mais, ela seria exigível, na verdade, para *todas* as opções regulatórias a cargo do Poder Público (dentro, como visto, do espectro de alternativas disponíveis) – e não apenas para o regime dos serviços públicos.¹²⁶

Dessa forma, entende-se que subsiste a necessidade de se apreender o que funcionaria, numa dimensão mais tangível, de esteio para a técnica da *publicatio*; ou ainda: o que induziria o Estado, especificamente, a privilegiar a centralização operacional de atividades econômicas (tendo por base jurídica o art. 175 da CR) *vis-à-vis* o ideário da subsidiariedade da sua atuação, bem como as demais balizas e limitações estipuladas para tanto em outros comandos constitucionais – como no próprio art. 173.¹²⁷ Remanesce, então, o desafio fundamental, já antes divisado por Justen Filho (2003, p. 21), de determinar “quando e porque uma atividade pode (ou deve) ser considerada serviço público e, desse modo, submeter-se a um regime jurídico peculiar”.

Pois quanto a esse aspecto, o objetivo deste estudo reside, justamente, em se comprovar que o regime atinente aos serviços públicos na Constituição Federal é (mesmo) restritivo, e que essa restritividade tem uma razão (diferente) de ser. Sem embargo, antes de se partir da premissa de que a rotulação de uma atividade enquanto serviço público *enseja* tal restrição – e aqui está a particularidade da proposta da tese –, reputa-se que a limitação à concorrência é, em verdade, um fator *antecedente*, o qual legitima, exatamente por isso, a aplicação do art. 175 da CR. Por outras palavras: a adoção da *estratégia regulatória dos serviços públicos* do art. 175 reflete uma *resposta* (isto é, ela é a *consequência*), e não, a *causa* do afastamento da iniciativa privada da exploração de uma atividade econômica.

Nesses termos, é chegada a hora de se compartilhar o entendimento sobre aquilo que significaria o regime dos serviços públicos, de acordo com a pesquisa. E, para se avançar por esse campo, cumpre divisarem-se as *circunstâncias* que

¹²⁶ O que se está a dizer aqui é que o racional da proporcionalidade (com os seus respectivos desdobramentos: necessidade, adequabilidade e proporcionalidade em sentido estrito) não é exclusivo dessa ou daquela técnica regulatória, mas de todas as que estão disponíveis para o Poder Público. Sob essa ótica, afirma Garcia (2019, p. 77) que é o *exercício da regulação* que “deve buscar, pela ponderação de valores em concurso – e conseqüentemente, com o rigoroso emprego dessa técnica –, o equilíbrio entre os diversos interesses que lhe são cometidos”. A proporcionalidade, além do mais, também acaba servindo de guia para toda a atuação da Administração Pública – sabendo-se que se trata de princípio jurídico administrativo, de envergadura constitucional. Nesse sentido, conferir Binenbojm (2008, pp. 81-94).

¹²⁷ Faz-se menção aos limites trazidos por tal dispositivo à atuação do Poder Público no domínio econômico, quais sejam: a *segurança nacional* e o *relevante interesse coletivo*.

deveriam estar presentes em cada caso, a fim de que se apusesse, sobre uma determinada atividade econômica, a barreira de entrada legal para a sua exploração por particulares, assim como o controle do seu acesso pelo Estado. É o que se passa, de imediato, a apresentar.

5.1. Os serviços públicos como estratégia regulatória aplicável a atividades alheias à competição entre agentes no mercado

Ao que aqui se compreende, será de fato na natureza de certas atividades econômicas que deverá se encontrar a resposta à *indagação essencial* sobre o que poderia ser considerado, ao fim e ao cabo, um serviço público. Quanto a esse aspecto, poder-se-ia até objetar que se estaria a fazer mera repetição daquilo a que os autores tradicionais já se propunham, ao se lançarem na busca, por exemplo, de um critério material, essencialista, ou objetivo para os serviços públicos. Contudo, é crucial ter-se em mente a mudança de perspectiva ora pressuposta. E, para contextualizar a abordagem, retome-se a ideia de que os serviços públicos, conforme a leitura do art. 175 da Constituição da República, configurariam um *regime*. Eles configurariam um regime, aliás, porquanto implicariam um disciplinamento especial sobre certas atividades econômicas, cujo acesso por terceiros ficaria, por isso mesmo, condicionado à celebração de um contrato com o Estado, mediante a realização prévia de licitação.

Pois bem, para os autores tradicionais, a titularidade estatal de um serviço público (que é o elemento que o excluiria do livre mercado) adviria da *importância* que o serviço guardaria com a concretização de direitos fundamentais, assim como com a soberania nacional etc.¹²⁸ Já, no âmbito do presente estudo, sustenta-se que tal titularidade estatal da atividade – e a barreira de entrada correspondente – teria vez quando, *ex ante*, já não fosse possível a atuação concorrencial dos interessados em ofertá-la, dentro do mercado. Deveras, é inevitável constatar que existem atividades que, pela sua própria conformação, não seriam acessáveis por

¹²⁸ Marques Neto (2005, p. 12) informa, quanto ao ponto, que os “serviços públicos sempre foram um mecanismo de subtração da iniciativa privada da exploração de atividades que pela sua natureza, relevância econômica, importância estratégica ou abrangência social se julgava inconveniente relegar ao mercado”.

todos quantos as desejassem explorar.¹²⁹ Segundo Fróes (2006, p. 555), trata-se, ilustrativamente, de segmentos da infraestrutura pública em relação aos quais “é limitada a possibilidade, ou há total impedimento à concorrência entre produtores independentes de um determinado serviço público”. A organização do mercado, diante disso, enfrentaria dificuldade em acomodar referidas atividades sob um ambiente de competição – quer porque elas manifestassem caracteres de um monopólio natural; quer, até mesmo, porque a sua exploração fosse desinteressante em termos de retorno econômico; quer, outrossim, porque houvesse alguma outra barreira fática remanescente à rivalidade entre os empreendedores. As atividades estariam *fora do comércio*, porquanto o mercado *falhari* em garantir o seu provimento mediante concorrência, e isso ensejaria repercussões negativas para os seus beneficiários (no caso dos serviços públicos: os *usuários* – os quais ou não teriam os serviços ofertados, ou os teriam de forma subótima ou, ainda, enfrentariam preços irrazoavelmente elevados). Dada a falha mercadológica,¹³⁰ mostrar-se-ia justificável a intervenção do Estado para corrigi-la,¹³¹ com a aplicação da *estratégia regulatória dos serviços públicos*.¹³²

Agora, veja-se: se se pressupõe um cenário de falhas, bem como a necessidade de regulação estatal para contorná-las, cabe melhor ilustrar o que

¹²⁹ Aqui não se alude àquelas atividades que o sistema jurídico, em si, reputasse como *extra commercium*, tal como poderia ser o caso das funções estatais de polícia. Em tais hipóteses, o fechamento ao mercado seria *virtual*, oriundo da lei, e não, decorrente de fatores estritamente econômicos. É claro, independentemente disso, que não se ignora o fato de as funções atreladas ao denominado poder de polícia, por exemplo, virem sofrendo na atualidade acalorado debate acadêmico quanto à possibilidade de sua execução por particulares. Não vale a pena, porém, avançar sobre esse campo, sob pena de se desvirtuar o objeto do estudo. Para a análise de algumas das discussões existentes, em todo o caso, vide: Gonçalves (2005) e Pereira (2013).

¹³⁰ Confira-se, a propósito das *falhas de mercado*, a seguinte anotação de Pinheiro e Ribeiro (2017, p. 73): “Em um mercado competitivo, com informação perfeita e outras condições algo idealizadas, os agentes econômicos, ao procurarem maximizar seu bem-estar individual, acabam também maximizando o bem-estar coletivo. É esse o princípio básico por trás do conceito da ‘Mão Invisível’ de Adam Smith. No mundo real, porém, há diversas situações em que surge uma dissonância entre a ação que é ótima para o indivíduo e aquela que mais beneficia o conjunto da sociedade. Diz-se que nesse caso há uma falha de mercado”.

¹³¹ Reforce-se, como também explicam Pinheiro e Ribeiro (2017, p. 73), que a regulação estatal é o mecanismo utilizado para essas situações em que o agente privado, atuando sem restrições, performa de maneira não adequada do ponto de vista da coletividade. Conforme, aliás, apontam esses autores: “a regulação nada mais é que uma escolha de instituições e regras que fazem os agentes econômicos agirem de forma a que se atinjam os objetivos de política econômica quando isso não é possível puramente pela interação das forças de mercado”. Sobre a interface entre regulação e falhas de mercado, vide ainda Perez (2006a, p. 153), para quem um dos móveis da regulação seria, precisamente, o de “corrigir falhas de mercado, tornando-o mais eficiente”.

¹³² Marques Neto (2005, p. 2) reconhece, nessa linha, que “a reserva de titularidade de atividade para a esfera estatal” é, de fato, um dos mecanismos mais fortes de intervenção do Estado na ordem econômica.

representariam as imperfeições de mercado a amparar a imposição do regime especial dos serviços públicos. Deve-se, igualmente, clarificar de que modo a sistemática constitucional incidente sobre tais serviços (com especial ênfase aos ditames do art. 175 da CR) poderia sinalizar uma solução válida para as correspondentes imperfeições. Avance-se o entendimento sobre essas frentes.

5.1.1. Os serviços públicos como uma forma de se tratarem monopólios naturais

Talvez os monopólios naturais representem a falha de mercado que, mesmo sem se atentar para tanto, a doutrina mais costume vincular à ideia de serviços públicos, sobretudo os autores nacionais. Schirato (2012, p. 41),¹³³ por exemplo, ao resgatar os comentários de Ruy Barbosa à Constituição Federal de 1891, identifica três razões que o aclamado jurista erigia como validadoras das restrições à livre iniciativa, a saber:

*(i) impossibilidade material de concorrência, ou seja, quando uma atividade não puder ser desempenhada em regime de competição (como ocorre, por exemplo, no caso de atividades demandantes do uso excludente de bens públicos); (ii) 'razões administrativas de polícia moralidade, salubridade e ordem'; e (iii) atividades a demandar, com base econômica, investimentos de altas montas, que, dessa forma, deveriam ser prestados em regime de monopólio para permitir o retorno do capital investido.*¹³⁴

Já Guimarães (2014, p. 96-97) aduz que “o fator de maior relevo na configuração dos serviços públicos tenha estado em sua feição materialmente monopolística” – o que significa que tais serviços teriam sido considerados historicamente muito mais a partir de sua composição econômica de monopólios naturais, do que pela sua vocação ao atendimento a valores fundamentais e à solidariedade social.¹³⁵ Também Justen Filho (2006, p. 397) alerta para o fato de

¹³³ Schirato (2012, pp. 211-212), em outras passagens, ainda ressalta a “clara relação” entre o conceito de serviço público e o de monopólio natural na literatura jurídica estrangeira (com destaque para a França, a Itália, a Espanha e a Alemanha) e – outrossim – no Brasil. A esse respeito, ele afirma: “verifica-se que a existência de monopólios naturais que, *ispo facto*, impediam a concorrência na exploração de determinada atividade econômica teve papel fundamental na construção da noção do serviço público como atividade infensa à concorrência”.

¹³⁴ Nesse sentido, vide: Barbosa (1934, p. 25).

¹³⁵ Complementa o autor: “a reserva de prestação do serviço público pelo Estado esteve muito mais associada a essa faceta econômica do serviço público que ao propósito de preservar a sua vocação

que “desde o final do século XIX até meados do século XX houve forte tendência à transformação dos monopólios naturais em serviço público”. E, Aragão (2008, p. 504), por sua vez, sentencia que a exclusividade na prestação dos serviços públicos adviria da circunstância de eles constituírem monopólios naturais – muito embora os avanços tecnológicos e mercadológicos estivessem, na atualidade, a permitir a inserção, total ou parcial, da concorrência em muitos deles.¹³⁶

Especialmente sobre os atributos dos monopólios naturais, os juristas convergem quanto ao reconhecimento da potencial *inviabilidade* ou *inconveniência de competição* atrelada a tal instituto. Eles assinalam, ainda, que em tais casos a presença de mais de um competidor no mercado levaria a uma situação pior para todos os agentes envolvidos, porquanto os custos por eles suportados ficassem maiores nessas situações. Por fim, os autores também ressaltam que esses aspectos haveriam de estar conectadas a fenômenos fáticos (é dizer: elas aflorariam, independentemente da vontade humana).¹³⁷ Já os economistas explicam os monopólios naturais a partir da sua escalabilidade e, sobretudo, a partir dos custos de produção envolvidos. No monopólio natural, a produção de um bem ou serviço por uma única empresa conduziria à diminuição dos seus custos marginais (que são os exigidos para cada unidade adicional de tal bem ou serviço).¹³⁸ Por isso mesmo, seria mais barato que uma só empresa atendesse à demanda de um mercado, do que várias atuando em concorrência, de forma fragmentada (STIGLITZ, 2000, p. 78).

A corroborar a hipótese de que em um monopólio natural uma única empresa conseguiria ofertar um bem ou serviço a um mercado inteiro a um custo menor, Mankiw (2017, p. 284) usa o exemplo dos serviços de distribuição de água:

à realização de valores fundamentais da iniciativa privada – sob a pressuposição de que a vocação do serviço público haveria de impedir sua convivência mais próxima com a racionalidade econômica, com a lógica do lucro e do mercado. O que retirou o serviço público do domínio da iniciativa privada foi uma inevitável condição de monopólio natural, cuja prestação por rede impedia o livre acesso do mercado” (GUIMARÃES, 2014, p. 97).

¹³⁶ A ideia de que desenvolvimentos tecnológicos mais recentes teriam tornado possível que diversos agentes atuassem em regime de concorrência, mesmo em setores em que o desempenho das atividades encontraria um monopólio natural, é também defendida por Schirato (2012, p. 213).

¹³⁷ Dentre os juristas brasileiros que mencionam referidos quesitos, confira-se Mendonça (2018, p. 253), para quem: “um monopólio natural é uma situação de impossibilidade de competição em decorrência de circunstâncias que independem da vontade do homem, seja porque decorrem da própria natureza, seja porque estão limitadas pelo estado da técnica, seja à conta de alguma característica da atividade que torne a competição ruínosa”. Na mesma direção, vide Justen Filho (2003, p. 40) e Schirato (2012, p. 207).

¹³⁸ Veja-se, a respeito, Viscusi et. al. (2005, p. 401).

Para levar água aos moradores de uma cidade, uma empresa precisa construir uma rede de tubulações. Se duas ou mais empresas competissem na prestação desse serviço, cada empresa teria de pagar um custo fixo da construção da rede. Assim, o custo total médio da água é menor se uma só empresa suprir o mercado.

Nesse caso – comenta o autor – “para qualquer quantidade dada de produto, um maior número de empresas leva a uma menor produção por empresa e a um custo total médio mais elevado” (MANKIWI, 2017, p. 284). Afinal, não se pode esquecer das significativas montas de investimento demandadas para as infraestruturas envolvidas em tais serviços, o que faz da sua “duplicação” algo inviável para o retorno do agente econômico – caso outro agente também se decidisse por executá-lo (SCHIRATO, 2012, p. 204). Em *ultima ratio*, esse aspecto reflete a barreira que se opõe naturalmente à instalação de um cenário concorrencial entre os variados empreendedores existentes.

Para se trazer o tema para ainda mais próximo da realidade dos serviços públicos, e para se mostrar a relação entre esse instituto e os monopólios naturais, é pertinente fazer menção à lição de Gómez-Ibáñez (2006), que dá especial enfoque à questão da regulação das *infraestruturas*. Anote-se, a esse respeito, que, na tradição brasileira, as atividades correspondentes aos *serviços públicos* guardam intensa similaridade com o que o autor destacado se refere às *infraestruturas* – as quais estão igualmente assentadas sobre a figura de *monopólios*. Tanto é assim que Gómez-Ibáñez (2006, p. 2) as exemplifica (as *infraestruturas*) como sendo as “rodovias, usinas elétricas, telefonia local e distribuição de água” etc.¹³⁹

Pois sim: o que há de mais relevante no pensamento do professor da Universidade de Harvard, para fins do presente estudo, está em que, para além de reforçar que a presença de investimentos intensivos implicaria um dos traços característicos dos monopólios (e, pois, das *infraestruturas*), existiriam ainda outros dois elementos vinculados a um tal conceito. Um monopólio, assim, pressuporia, nas palavras do autor, investimentos *elevados*, e também *duradouros* e

¹³⁹ É inevitável, nesse sentido, a comparação desses serviços com aqueles que constam do rol do art. 21, incisos XI e XII, da Constituição Federal. Também vale, aqui, a seguinte anotação de Coutinho (2014, p. 72): “A infraestrutura de um país é o aparato de suporte para muitas atividades econômicas. Tradicionalmente, esse setor abrange o mercado de energia elétrica, telecomunicações, gás natural, ferrovias, rodovias, hidrovias, portos, aeroportos, transporte urbano e saneamento básico”.

imobilizados (“*expensive, durable and immobile investments*”) (GÓMEZ-IBÁÑEZ, 2006, p. 2).

Esses três ingredientes fariam com que aqueles que estivessem diretamente envolvidos com a disponibilização ou com a fruição de uma dada infraestrutura (ou, conforme se preferir, de um dado serviço público) ficassem, em alguma medida, expostos ao comportamento oportunista de cada qual.¹⁴⁰ Isto é: os consumidores (ou usuários) estariam sujeitos a um único provedor (e o poder que ele teria de manipular os preços, haja vista a condição exclusivista que ele preservaria).¹⁴¹ E o provedor, por sua vez, enfrentaria o desafio, dentre outros, de negociar com todos os consumidores e de também garantir a adesão de todos eles ao serviço, a ponto de se justificarem os custos dos investimentos que ele, de antemão, teria de afundar.

Gómez-Ibáñez (2006, pp. 3-4), diante desse quadro, compara o problema dos monopólios naturais a um problema de contratualização de longo prazo (“*long-term contracting problem*”), sendo certo que em diversos outros setores da economia esse fenômeno também poderia aparecer – quando o uso de ativos muito especializados e duradouros faria com que ofertantes e beneficiários se mostrassem *vulneráveis* entre si. É o que aconteceria, *v. g.*, com um desenvolvedor de um *shopping center* e as lojas-âncora interessadas em nele se instalar.¹⁴² Decerto, não seria necessário que todo o *shopping* estivesse concluído para que as lojas funcionassem e garantissem o ingresso de receitas oriundas dos aluguéis para o construtor. Mas, em contrapartida, as lojas âncora precisariam ter a certeza de que a construção viria a terminar, até para que houvesse a captura de mais clientes por elas. O construtor precisaria, de um lado, de ter a certeza de que haverá lojas relevantes interessadas em operar dentro do empreendimento, para poder iniciar a construção. E as lojas, por seu turno, precisariam de ter a certeza de que, uma vez instaladas, não ficarão à mercê do voluntarismo do construtor,

¹⁴⁰ De acordo com o autor: investimentos vultosos, duradouros e imobilizados fariam com que todas as partes – a empresa, seus consumidores e o Poder Público – ficassem vulneráveis ao oportunismo e demandassem, assim, estabilidade e lealdade (tradução nossa). No original: “*In short, the expensive, durable and immobile investments help make all parties – the company, its customers, and the government – vulnerable to opportunism and desirous of stability and commitment*” (GÓMEZ-IBÁÑEZ, 2006, p. 3).

¹⁴¹ Nesse sentido, Mankiw (2017, p. 285) adverte para o fato de que a principal diferença entre uma empresa competitiva e uma monopolista seria, justamente, a capacidade de que essa tem de influenciar o preço do seu produto.

¹⁴² Outro exemplo seria o de o construtor de uma usina termelétrica e os seus respectivos fornecedores de carvão (GÓMEZ-IBÁÑEZ, 2006, p. 4).

notadamente quanto aos preços exigidos a título de aluguel, depois de o *shopping* alcançar sucesso.

Para se contornarem esses desafios, seria conveniente que as partes afetadas celebrassem entre si um contrato de longo prazo, que disciplinasse, *ex ante*, sobre as suas condutas durante os diversos estágios do empreendimento e lhes trouxesse a segurança e a previsibilidade necessárias ao seu inicial e contínuo engajamento. Para tanto, aliás, sequer seria necessariamente exigível a participação do Poder Público como um intermediador do arranjo negocial formalizado, destacando-se que – segundo reforça Gómez-Ibáñez (2006, p. 4) – a regulação do Estado nas situações de monopólio será desejável conforme se mostre mais, ou menos, difícil negociar e garantir a efetividade dos contratos de longo prazo requeridos por todos os envolvidos.

Independentemente disso, a estratégia da *contratualização de longo prazo*, representaria um meio engenhoso de se endereçar o problema dos monopólios naturais, assim como do risco do comportamento oportunista que eles suscitam. E, a partir daí, já não é difícil perceber a correlação existente entre essa estratégia específica enxergada por Gómez-Ibáñez (2006) e a própria disciplina que o art. 175 da Constituição da República de 1988 vem conferir, na realidade jurídica brasileira, ao que é aludido como *serviços públicos*.

De fato, o art. 175 da CR indica dois eixos possíveis e desejáveis para a aproximação estatal, ante o caráter monopólico das atividades que estariam pressupostas naquele dispositivo. Em linha, inclusive, com o entendimento de Gómez-Ibáñez (2006, p. 4), tem-se que: ou o Estado *proveria* diretamente os serviços públicos; ou *regularia* o seu preço e a sua qualidade, quando tais serviços fossem ofertados por empresas privadas – que os assumiriam via contratos de concessão.¹⁴³ No primeiro caso, trata-se de uma solução regulatória extrema, correspondente à estratégia de *quem é dono*, e na qual o Estado assumiria a responsabilidade primordial de, ele mesmo, ofertar os serviços públicos (*“make internally”*).¹⁴⁴ Já no que toca aos contratos de concessão, eles pressuporiam o

¹⁴³ Reitere-se o que já foi consignado *supra*: o art. 175 prevê, explicitamente, que os serviços públicos ou são prestados pelo Poder Público, ou o são via contratos (de concessão ou permissão).

¹⁴⁴ Gómez-Ibáñez (2006, p. 11) faz referência à *“public enterprise”*, mediante o que o Poder Público toma para si todo o controle do provimento da atividade, manejando diretamente os preços e as condições da infraestrutura em benefício dos usuários, e blindando-os da natureza monopólica dos serviços. Essa, não obstante, seria uma dentre as opções regulatórias adotáveis, e teria, por certo,

controle indireto sobre o agir de empresas privadas, especialmente para que elas acessassem o mercado monopólico de um dado serviço público.

Gómez-Ibáñez (2006, p. 20), a propósito, compartilha uma reflexão interessante a respeito da opção pelas concessões: a interferência pública, nesses casos, teria por objetivo reduzir os custos de transação que tanto os usuários quanto os concessionários suportariam, caso decidissem viabilizar, sozinhos, os múltiplos e específicos arranjos negociais necessários para o seu inicial e contínuo engajamento.¹⁴⁵ Logo, por meio de uma moldura regulatória prévia que o Poder Público, de maneira concentrada, licitaria junto a empresas privadas, os usuários poderiam interagir posteriormente com os respectivos concessionários, formalizando os contratos individuais de prestação de serviços do seu interesse. O Estado, em contrapartida, ainda sinalizaria para os empreendedores a capacidade de arregimentar a demanda pelos serviços que viriam a ser disponibilizados, legitimando os investimentos que esses empreendedores precisariam, preliminarmente, fazer. Valendo-se da titularidade dos serviços públicos (estratégia da *publicatio*) e mediante o uso dos contratos de concessão, o Poder Público exerceria a coordenação de todos os usuários e do concessionário, com o foco em um só propósito: viabilizar a *oferta* adequada do serviço. Isso se tornaria possível, ao fim e ao cabo, pelo fato de se reduzirem os *custos negociais* envolvidos, bem como o risco do *comportamento oportunista* das partes. Como ressalta Gómez-Ibáñez (2006, pp. 10-11):

A regulação estatal pode ser compreendida como um substituto para os contratos privados, sendo utilizada quando é muito custoso ou difícil para as empresas e os seus consumidores alcançarem acordos individualmente. Com efeito, o Poder Público contrata com uma empresa ofertante de infraestrutura em nome dos respectivos consumidores. Em algumas hipóteses, o ajuste entre o Poder Público e as empresas tomam a forma de um contrato explícito, como nas franquias e concessões que costumam ser outorgadas a empresas privadas. Em outros casos, o arranjo é menos detalhado e mais flexível (tradução nossa).

de ser confrontada com as demais no caso concreto. Para uma análise das escolhas sobre as estratégias regulatórias, vide Gómez-Ibáñez (2006, p. 18-36).

¹⁴⁵ Com efeito, Gómez-Ibáñez (2006, p. 20) sublinha os desafios envolvendo a celebração, em um monopólio, de contratos complexos de longo prazo pelas partes interessadas – circunstância que remete aos *custos de transação*. Ele diz: “no mundo real, as partes usualmente precisam dispendir tempo e dinheiro colhendo e interpretando informações, bem como elaborando e fazendo cumprir contratos complexos destinados a protegê-las contra contingências e contra o comportamento oportunista dos demais” (tradução nossa).

Decerto, os serviços públicos trariam consigo este problema: o de contar com a presença de muitos demandantes. E isso poderia embaraçar a formulação e a administração de múltiplos contratos, porque cada usuário acabaria fruindo de uma porção do serviço relativamente pequena, a ponto de os custos de se negociarem e de se fazerem cumprir tais ajustes – isoladamente – mostrarem-se maior do que o próprio valor, em si, da transação. Para essas circunstâncias, o elevado custo transacional de se ter de coordenar contratos de uma variedade muito grande de pequeninos usuários tornaria desejável que o Poder Público entrasse em cena e passasse a agir em nome deles (“*on the consumer’s behalf*”) – via, entre outros, um contrato de concessão (GÓMEZ-IBÁÑEZ, 2006, p. 26).¹⁴⁶

Lado outro, no que toca ao problema do comportamento oportunista a que as partes estariam sujeitas quando em jogo um serviço público, as concessões se mostrariam úteis porque: a) os usuários passariam a se valer do controle, pelo Estado, dos preços praticados pelos concessionários, assim como da qualidade dos serviços monopólicos ofertados (sem falar no pacote daquelas garantias que, como visto, remeteriam às tais *Leis de Rolland*); e b) o concessionário, além do mais, passaria a contar com a proteção dos seus vultosos investimentos – seja pela lógica do reequilíbrio econômico-financeiro a que os contratos por ele celebrados ficariam sujeitos,¹⁴⁷ seja pela previsão de que a discricionariedade do Poder Público quanto à extinção das concessões dependeria da observância de requisitos mínimos, especialmente do dever de indenizar.¹⁴⁸ Ressalte-se, nesse último caso, que os particulares estão – também eles – vulneráveis ao comportamento oportunista do Poder Público, porquanto o Estado possa alterar as regras de

¹⁴⁶ Do original, confirmam-se as ponderações do autor: “The presence of many buyers can complicate the use of contracts, particularly if each buyer is purchasing a relatively small amount so that the transaction costs of negotiating and enforcing individual contracts are large relative to the total value of each transaction. The high transaction costs of contracting with many small buyers may make it desirable for the government to act on the consumers’ behalf through concession contract or discretionary regulation” (GÓMEZ-IBÁÑEZ, 2006, p. 26).

¹⁴⁷ Veja-se, nesse sentido, que o art. 10 da Lei Federal nº 8.987/1995 faz menção expressa à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões, a respeito do que Moreira (2010, p. 390) tece o seguinte comentário: “a ideia mais importante está em que a disciplina das concessões de serviços públicos condensa um núcleo contratual que se pretende imune a futuras alterações – sejam elas políticas, regulatórias em sentido estrito ou econômica”. Portanto, “a execução do contrato nos termos em que foi pactuado é dependente do equilíbrio econômico-financeiro” (MOREIRA, 2010, p. 390).

¹⁴⁸ Assim é que o art. 37 da Lei Federal nº 8.987/1995, por exemplo, prevê o pagamento de indenização prévia, bem como a exigência de autorização legislativa específica para que se opere a encampação de um contrato de concessão.

execução dos serviços ao longo do tempo e, até mesmo, alijar os empreendedores privados do proveito econômico dos investimentos que eles tiverem feito.¹⁴⁹

Nesses termos, haja vista a ampla proteção conferida a todas as partes afetadas, um contrato de concessão viria a funcionar, em última instância, como um mecanismo orientado a *garantir a oferta* de atividades econômicas, naquelas situações em que a sua exploração no livre mercado conduziu a disfuncionalidades ou imperfeições.¹⁵⁰ Tais atividades, no âmbito da Constituição da República de 1988, seriam rotuláveis de *serviços públicos*, e os benefícios produzidos pela estratégia regulatória assente no art. 175 do texto constitucional reverberariam tanto sobre os usuários, quanto sobre os empreendedores privados – os quais alcançariam uma condição melhor em razão da atuação do Estado, sob o status de *Poder Concedente*.

Repise-se, para todos os efeitos, que a Constituição da República de 1988 admite a retirada de uma atividade econômica do mercado, apondo-lhe um regime jurídico especial, que pressupõe o controle estatal sobre a participação de terceiros interessados em empreendê-la. E, com isso, pode-se ainda perceber que a engrenagem constitucional vigente não só abre margem para a coordenação entre concessionários e usuários (conforme se acabou de ver), mas oferece, adicionalmente, um benefício significativo que também não se pode deixar de mencionar.

A esta altura, já se sabe que a *inviabilidade de competição* configura um aspecto imanente dos monopólios naturais. E sobre esse ponto, é possível enxergar que a titularização estatal dos serviços públicos, bem como a previsão de que a sua exploração por particulares ocorresse apenas via *licitação* funcionariam, precisamente, como uma contrarresposta a tal circunstância limitadora. Essa

¹⁴⁹ Como relembra Gómez-Ibáñez (2006, p. 2), as empresas privadas estariam vulneráveis ao Poder Público exatamente porque os valores envolvidos na disponibilização das infraestruturas são dispendiosos, duráveis e imobilizados. Logo, os empreendedores não podem simplesmente retirar (“*withdraw*”) seu investimento, caso o Estado ficasse tentado a descumprir as expectativas que tivesse criado para atrair os particulares, tal como costuma acontecer ante a pressões populares por redução de tarifas e, até mesmo, de retomada (expropriação) dos ativos construídos. Nessa linha, também vale citar Perez (2006b, pp. 90-91), para quem os contratos de concessão constituem um instrumento voltado à realização de um projeto de financiamento sob a responsabilidade contratual do concessionário, amortizável em longo prazo. Por isso mesmo, a estabilidade contratual far-se-ia importante, por favorecer a economicidade das contratações, com proveitos econômico-financeiros para todos os envolvidos (concedente, concessionário e usuário).

¹⁵⁰ Schwind (2010, p. 40) igualmente sustenta que se veja a concessão como uma forma de viabilizar a prestação de determinados serviços pela iniciativa privada, acrescentando ainda que seria “necessário zelar pelos direitos do concessionário no que se refere à remuneração devida”.

afirmativa se sustenta porque a exigência de um procedimento licitatório prévio faz nascer uma espécie de *concorrência pelo mercado* junto aos potenciais interessados.¹⁵¹ Logo, para que alguém assuma um serviço público, ele deverá, primeiro, sagrar-se vencedor em uma *disputa* coordenada pelo Poder Público – e isso tenderá a viabilizar a consecução de melhores condições para a prestação dos serviços (como, até mesmo, a oferta de tarifas mais baratas aos usuários).¹⁵² Concomitantemente, passa-se ainda a poder se contar com uma regra de acesso *transparente* e *isonômica* para os potenciais empreendedores, desejosos de explorar a atividade monopólica.

Esses dois consectários (indução à melhoria dos serviços e equalização entre competidores) guardam pertinência imediata com os objetivos que as próprias licitações em geral já se prestam a atingir. Assim, por exemplo, é que o art. 3º da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, prevê que os procedimentos licitatórios se destinam a “garantir a observância do princípio constitucional da isonomia”, bem como a “seleção da proposta mais vantajosa para a administração”.¹⁵³ Ou seja: ao reconhecer ao Estado a titularidade dos serviços públicos, e ao sedimentar a fórmula do certâmen como a válvula de acesso para a exploração privada das atividades econômicas reconhecidas como tal, a Constituição Federal estruturou um mecanismo inteligente para equacionar o problema do déficit de competitividade de que os monopólios naturais padecem.¹⁵⁴

Ainda quanto a esse panorama, é oportuno resgatar a lição de Schirato (2012, p. 29), de acordo com quem a noção de concorrência revelaria “alguma ambivalência”. Ela se subdividiria, segundo o autor, entre “concorrência *no* mercado

¹⁵¹ Nessa linha, Aragão (2008, p. 411) destaca: “Ainda quando as normas de concorrência não puderem ser aplicadas, admitindo-se o monopólio, a empresa que dele gozará está sujeita a uma competição prévia, mediante o processo de licitação para a delegação do serviço público”.

¹⁵² Observe-se que, na Lei Federal nº 8.987/1995, art. 15, são definidos os critérios de seleção dos concessionários. Trata-se do menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado; da maior oferta, nos casos de pagamento ao Poder Concedente pela outorga da concessão; da combinação dos critérios anteriores; e da melhor técnica, igualmente combinável com a menor tarifa ou maior outorga, conforme o caso.

¹⁵³ Niebuhr (2013, p. 35), a esse respeito, comenta que a finalidade da licitação é a seleção da proposta mais vantajosa, a fim de melhor satisfazer ao interesse público – “que, no final de contas, é o propósito de tudo que faz a Administração Pública”. Também sobre o tema, Silva (2002, p. 70) já defendia que: “Na delegação de serviços públicos, a exigência de prévia licitação para a concessão e a permissão satisfaz ao princípio isonômico”.

¹⁵⁴ É curioso o comentário de Viscusi et. al. (2005, p. 466) sobre o controle de acesso a monopólios naturais por meio da concessão precedida de licitação. Refletindo sobre os “*franchise bidding*” e como eles poderiam se revelar uma alternativa à regulação de preços (“*price regulation*”) no âmbito dos monopólios naturais, os autores observam que o Estado, em tais casos, faria mais o papel de “leiloeiro” do que de regulador.

e “concorrência *pelo* mercado”, sendo certo que essa última ocorreria entre agentes econômicos previamente ao ingresso em um determinado mercado – e como condição para tal. No que tange particularmente aos serviços públicos, Schirato (2012, p. 30) tece um comentário preciso sobre os efeitos suscitados pela engrenagem do art. 175 da CR, conforme aqui se defende, a saber:

Essa modalidade de concorrência [pelo mercado] existe em relação aos serviços públicos há tempos e é incontroversa na doutrina – tão incontroversa a ponto de passar praticamente despercebida –, pois sempre foi assente que os serviços públicos poderiam ser prestados por meio de concessão, cuja outorga depende de prévia licitação. Esta é a regra insculpida no art. 175 da Constituição Federal.

Como resultado de tal regra: mesmo quando – a exemplo do que se dá nos monopólios naturais – fosse inviável a concorrência entre potenciais interessados em um determinado mercado (trata-se da ausência de concorrência *no* mercado), o *regime dos serviços públicos* da Constituição Federal tornaria, ainda assim, possível emular a concorrência *pelo* mercado entre os licitantes, propiciando o atingimento, ao fim e ao cabo, daqueles benefícios que são provenientes das licitações.¹⁵⁵

Com tudo isso – e tendo-se constatado que um monopólio se definiria pela falta de competição; e, mais, que o corretivo aplicável a essa figura estaria em se fazer com que o mercado se comportasse como se competitivo fosse (GÓMEZ-IBÁÑEZ, 2006, p. 18) –, não restam dúvidas de que a reserva estatal erigida pelo citado art. 175 (e o controle de acesso que ele impõe) corroboram o pensamento defendido nesta tese: o de que a Lei Maior, quando aludiu à figura dos serviços públicos, teve por preocupação oferecer um tratamento especial a atividades que seriam infensas à livre concorrência no mercado. Muito mais do que a simples conexão com os direitos fundamentais, portanto, o regime constitucional vigente está a indicar que, entre as atividades econômicas que se abrigariam por debaixo

¹⁵⁵ FROÉS (2006, p. 583-584) igualmente reconhece que a concorrência pelo mercado compreende uma das formas de se alcançarem “regimes de concorrência em setores da infraestrutura pública”, viabilizando, inclusive, melhores condições sobre as tarifas cobradas dos usuários. No extremo, pode-se, mesmo, alegar que a concorrência pelo mercado acarreta o nivelamento dos empreendedores privados em uma disputa travada *ex ante* à exploração de um dado serviço público.

da expressão *serviços públicos*, haveriam de ser encontrados os monopólios naturais.¹⁵⁶

É claro, entretantes, que nem todos os monopólios desse tipo haveriam de se subsumir ao regime do art. 175 da CR, impelindo, pois, a atuação estatal nos moldes em que se examinou acima. Em primeiro lugar, uma atividade econômica que trouxesse aquele caractere deveria guardar algum alinhamento com as políticas públicas estatais amparadas no ordenamento jurídico – de maneira que seria, sim, inevitável alguma ligação sua com os direitos fundamentais, a ponto de se justificar a intervenção do Estado. Isso significa dizer, então, que: uma atividade econômica estritamente privada, ainda que contemplasse feições monopólicas, não se justificaria – por si só e automaticamente – enquanto um serviço público.¹⁵⁷

Em segundo lugar, para que a estratégia de *publicatio* também tivesse vez, deveria se avaliar a capacidade de as partes afetadas se coordenarem individualmente em face dos custos de transação sofridos. Averiguando-se que os custos incorridos pelos atores econômicos fossem maiores que os benefícios por eles auferidos com o engajamento em uma determinada relação jurídica monopólica, nessa situação, sim, estaria respaldada a intervenção estatal (diretamente, ou via concessões),¹⁵⁸ de maneira a se sustentar a qualificação de uma atividade econômica como um serviço público.

Por derradeiro, seria preciso confirmar se a atividade em jogo permaneceria nutrindo, ao longo do tempo, os atributos que a levassem a ser entendida como um monopólio natural. Essa preocupação, em especial, ocorre porque não há um rol fixo e hermético de empreendimentos monopólicos em uma dada sociedade. Isso, inclusive, explica porque a Constituição Federal de 1988 não se aventurou em discriminar exaustivamente as atividades que se inseririam entre os serviços

¹⁵⁶ Tanto é verdade que a conexão com os direitos fundamentais não seria determinante para a instituição de um serviço público (com o regime restritivo que lhe é correlato), que atividades como a produção de alimentos e fármacos, antes aludidas, não são reconhecidas como tal. É que elas podem se desenvolver em um ambiente de competitividade no mercado, sem demandar, pois, os efeitos da *publicatio* (e da intermediação direta estatal, ou via contratos de concessão).

¹⁵⁷ Seria o exemplo do construtor de um shopping e dos lojistas que nele desejassem se instalar.

¹⁵⁸ A verdade, porém, é que, pela sua conformação em rede (em que há uma infinidade de usuários que se apropriam de um benefício econômico reduzido, em face dos vultosos investimentos realizados pelo empreendedor privado), os serviços públicos acabam forçando a coordenação entre usuários e ofertante por meio da participação estatal. Schirato (2012, p. 205), a propósito, comenta que: “no campo dos serviços públicos, os monopólios naturais são verificados em razão da dependência, de diversos de tais serviços, de redes de suporte para sua prestação”. A reforçar a relação entre monopólios naturais e serviços em rede, vide ainda Coutinho (2014, p. 89).

públicos, e explica, outrossim, porque o conceito de serviços públicos é tão mutável na história.¹⁵⁹ Lembre-se, quanto ao ponto, de que o desenvolvimento tecnológico e dos meios de produção poderiam, entre outros fatores, desfigurar o aspecto monopólico de uma certa atividade. Como adverte Gómez-Ibáñez (2006, p. 8), o poder de mercado pode variar ao longo do tempo, na medida em que o mercado e as tecnologias evoluam.¹⁶⁰ É que o progresso técnico tende a “reduzir a escala eficiente de produção, diminuindo os seus custos fixos e a proporção desses no custo total do produto ou serviço” (NUSDEO, 2006, p. 161).

Em vista desses aspectos, chega-se à constatação de que a figura dos monopólios naturais não é, por si só, um ingrediente bastante para escorar uma proposta de releitura válida para o conceito dos serviços públicos. Nem todo o monopólio natural é um serviço público; e nem todo o serviço público é um monopólio natural. Na realidade, a aplicação dos efeitos da *publicatio* sobre uma atividade econômica (como se deflui do art. 175 da Constituição da República) há de supor, em última instância, uma falha de mercado em que – como já mencionado – a livre concorrência não se exercerá na plenitude. Entretanto, para se advogar a intervenção do Estado (sobretudo frente a princípios como o da livre iniciativa) diante de tais hipóteses, seria necessário se certificar de que isso contribuirá para a concretização de políticas públicas relacionadas à materialização de direitos fundamentais; que isso reduzirá os custos de transação dos atores econômicos envolvidos; e que isso garantirá, por fim, a oferta de serviços de interesses da coletividade que, de outra maneira, ou não existiriam, ou seriam executados de forma subótima.¹⁶¹

Os monopólios naturais, assim, traduziriam um bom indicativo para a atuação do Poder Público, no sentido de desempenhar a titularidade de uma

¹⁵⁹ Por todos, cabe aqui fazer referência a Di Pietro (2018, p. 131), que enxerga, em relação aos serviços públicos, a “dificuldade de conceituação e da sua flutuação no tempo”.

¹⁶⁰ Nessa mesma linha, Nusdeo (2006, p. 161) assevera que alterações de elementos do processo de produção ou do mercado podem “mudar a definição de setores como monopólios naturais”. Tal é, ainda, a constatação de Garcia (2019, p. 207), para quem: “as inovações tecnológicas [...] mostram-se como elemento facilitador para a instauração de um ambiente concorrencial em setores antes tidos como monopólios naturais”.

¹⁶¹ Como assevera Loureiro (2010, p. 9), por se tratarem de competências públicas, seria esperado que as atividades desempenhadas pelo Estado fossem guiadas por um vetor teológico, estando mais próximas “com os fundamentos da República brasileira do que o restante universo das ações empresariais”. Para o autor, mais ainda, as atividade de competência estatal “devem ter por objetivo concorrer intensamente para a realização das finalidades que justificam a própria existência do Estado brasileiro” (LOUREIRO, 2010, p. 9).

atividade econômica e, pois, controlar o seu acesso por particulares. Mas, até mesmo em face da impalpabilidade das referências constitucionais a respeito, aquelas ponderações apresentadas mais acima poderiam funcionar de arremate para a construção da narrativa de que no caso concreto é que se avaliará a incidência do regime especial dos serviços públicos sobre a organização de um determinado mercado. Outras situações ensejadoras desse raciocínio – e que suplantam as situações dos monopólios naturais – são ainda examinadas nos tópicos subsequentes.

5.1.2. Os serviços públicos como uma forma de se tratarem bens públicos em sentido econômico (“public goods”)

A hipótese subjacente a esta tese – já foi visto – é a de que os serviços públicos retratam um regime jurídico especial (uma *estratégica regulatória*) aplicável a atividades econômicas cuja existência livre no mercado não seria possível. Tal se dá – como igualmente explicado – porque referidas atividades caracterizariam falhas de mercado não superáveis pela força da livre iniciativa, sendo necessária, por conseguinte, a intervenção estatal para coordenar a interação entre os agentes econômicos envolvidos e, no extremo, assegurar a oferta dos serviços correspondentes. Os monopólios naturais refletem, sem dúvida, uma dessas falhas; mas, para além deles, outras situações imporiam solução jurídica equivalente.

Na teoria econômica, os assim denominados bens públicos (ou *public goods*) são, também eles, uma falha de mercado. Stiglitz (2000, p. 79) explica que, em virtude dessa especial condição, tais bens: ou não seriam supridos pelos agentes mercadológicos ou, então, seriam-no em quantidade insuficiente¹⁶². Logo, ao Poder Público caberia assumir a sua execução, com o propósito último de (uma vez mais) garantir a sua disponibilidade. As particularidades dos bens públicos *em sentido econômico*¹⁶³ que justificariam a atuação especial do Estado em relação a

¹⁶² Diz o autor, no original: “There are some goods that either will not be supplied by the market or, if supplied, will be supplied in insufficient quantity. [...]. These are called pure public goods” (STIGLITZ, 2000, pp. 79-80).

¹⁶³ Usa-se a expressão bens públicos *em sentido econômico* para reforçar a sua diferenciação para com os bens públicos *em sentido jurídico*, que seriam aqueles de propriedade de entes públicos, a exemplo da União, estados e municípios, bem como de suas autarquias e fundações pública. Os bens públicos em sentido estrito serão tratados em subtópico próprio.

eles estão alicerçadas em dois importantes elementos: a *rivalidade* e a *exclusividade*. Mankiw (2017, p. 204) assinala que os bens públicos “não são nem excludentes nem rivais”. Por isso mesmo, as pessoas não poderiam ser impedidas de usar um *public good* (o seu consumo é não-excludente); e, quando fizessem uso desse bem, tal uso não reduziria a sua disponibilidade frente a outras pessoas (o consumo é não-rival).

Seriam bens tradicionalmente considerados como públicos: a defesa nacional e os faróis instalados na costa marítima para orientar a localização dos tripulantes de um navio, bem como a iluminação pública. Consoante Stiglitz (2000, p. 80) reforça, o custo seria zero para que um indivíduo adicional usufrísse dos benefícios de um bem público em sentido econômico. Além do mais, seria em geral difícil ou inviável impedir os indivíduos de se favorecerem dos efeitos que um bem desse tipo pudesse oferecer.¹⁶⁴ Portanto, um empreendedor interessado em investir em um *public good* encontraria problemas em se remunerar no mercado pela oferta das utilidades produzidas, uma vez que ficaria exposto ao comportamento oportunista dos indivíduos, que gratuitamente tomariam carona no consumo do bem – evitando pagar por ele.¹⁶⁵ Como resultado: mesmo sendo uma benesse que alcançaria a toda a coletividade, os bens públicos poderiam acabar deixando de ser ofertados, precisamente pela sua desconformidade para com a lógica de funcionamento livre do mercado.

A solução para esse cenário adverso pressuporia, então, a assunção, pelo Estado, dos ônus de prover os referidos bens – e pela razão simples de que o Estado teria condições de custeá-los mediante os impostos cobrados dos cidadãos.¹⁶⁶ A compulsoriedade arrecadatória estatal, nesse sentido, suplantaria a

¹⁶⁴ Aqui, vale tomar de empréstimo a ilustração que Stiglitz (2000, p. 128) faz a respeito dos dois clássicos exemplos referentes aos bens públicos. Quanto à não-rivalidade, ele diz: “Os custos com defesa nacional são essencialmente não afetados quando uma criança a mais nasce ou quando um indivíduo se muda dos Estados Unidos”. Paralelamente, “se realmente custasse mais construir mais faróis, essencialmente não há custos adicionais para um navio fazer uso de um farol existente” (tradução nossa). Quanto à não-exclusividade, por sua vez: “se o país é defendido contra um ataque de estrangeiros, então todos os seus cidadãos estão protegidos – é difícil excluir qualquer deles dos benefícios incorridos”. Mais ainda: “um navio passando por um farol não pode ser banido dos benefícios que o farol oferece”.

¹⁶⁵ Os economistas se referem a essa circunstância como o problema do carona (“*the free rider problem*”). Mais uma vez, Stiglitz (2000, p. 130) explica: trata-se da “relutância dos indivíduos de contribuir voluntariamente em arcar com os bens públicos”.

¹⁶⁶ FROÉS (2006, p. 578) reforça essa ideia, assinalando que nos bens públicos em sentido econômico, “a ausência da iniciativa privada na exploração dos equipamentos e serviços de infraestrutura pública decorre das dificuldades das empresas concessionárias de cobrarem pelos

inviabilidade de se obterem os valores dos utentes dos bens, proporcionando (pela via dos contribuintes) a sua viabilidade financeira.¹⁶⁷ É assim, pois, que, intuitivamente, os *public goods* acabam assumindo a roupagem de um serviço público (no sentido de uma tarefa apropriada pelo Poder Público), superpondo-se, especialmente, àquilo que os administrativistas costumam categorizar como serviços universais ou *uti universi*.

E de fato, é perceptível a familiaridade entre os *public goods* e os serviços públicos *uti universi*, de maneira que se permitirá, aqui, tratar um e outro indistintamente. Confira-se, nesse sentido, a lição de Meirelles (2010, p. 354) sobre essa categoria jurídica:

Serviços uti universi ou gerais: são aqueles que a Administração presta sem ter usuários determinados, para atender à coletividade no seu todo, como os de polícia, iluminação pública, calçamento e outros dessa espécie.¹⁶⁸ [...] Estes serviços são indivisíveis, isto é, não mensuráveis na sua utilização. Daí porque, normalmente, os serviços uti universi devem ser mantidos por imposto (tributo geral), e não por taxa ou tarifa, que é remuneração mensurável e proporcional ao uso individual do serviço.

A questão da imensurabilidade do consumo presente no trecho acima está visivelmente atrelada aos óbices de se cobrarem dos beneficiários a paga pela parcela fruída dos serviços universais. E isso é resultante, como já se sabe, da natureza de bem público (em sentido econômico) que tais serviços têm – com a sua não-rivalidade e a sua não-exclusividade. Esse fator vem reforçar o raciocínio sustentado no presente estudo, segundo o qual o regime dos serviços públicos, com a titularidade estatal das atividades econômicas que ele implica, antes de ser a *causa* da restrição à livre iniciativa, é uma sua *consequência* – porquanto se trate de uma resposta deliberada a uma falha de mercado. Reconhecer que um *public good* (ou um serviço *uti universi*, se se preferir) deva ser assumido pelo Estado nada mais é do que resgatar o conteúdo do art. 175 da Constituição Federal, na parte em que ele preconiza que “*incumbe ao Poder Público [...] a prestação dos*

bens e serviços. Sendo assim, o Governo é geralmente o responsável pela decisão de investir em tais equipamentos, como na iluminação pública de cidades, sinais de trânsito, torres de sinalização marítima de navegação, estradas rurais, ‘Metrôs’, entre outros. O financiamento desses investimentos dá-se pela cobrança de impostos que incidem sobre toda a população”.

¹⁶⁷ Gómez-Ibáñez (2006, p. 5), a propósito, igualmente enxerga que a existência de benefícios apropriáveis por indivíduos que não estão entre os usuários diretos de uma infraestrutura (“*nonuser benefit*”) é um motivador para que o Poder Público assumira o ônus da provisão de tal infraestrutura.

¹⁶⁸ Di Pietro (2018, p. 143) também faz menção aos serviços de defesa do país, serviços diplomáticos, iluminação pública, entre outros.

serviços públicos”. A assunção estatal da atividade, nessa hipótese, sinaliza uma opção regulatória destinada a preservar o valor maior em jogo, a saber: a efetiva existência da atividade.

Se é certo, porém, que o art. 175 da CR se faria cumprir para os serviços universais na parte relacionada à *publicatio* (de novo: “incumbe ao Poder Público a prestação dos serviços públicos”), cabe avaliar se, para tais serviços, seria igualmente pertinente a aplicação da lógica do dispositivo constitucional na parte faltante – é dizer: perguntar-se-ia se um *public good* estaria suscetível à exploração privada mediante um contrato de concessão e permissão, observada – além do mais – a realização prévia da licitação.

Quanto ao ponto, o entendimento é afirmativo, isto é: as concessões, precedidas de licitação, seriam – sim – apropriadas aos serviços *uti universi* (como, de fato, também já o eram para os monopólios naturais). Sem embargo, ao se realizar uma *licitação* destinada a selecionar um empreendedor, o qual assumiria a condição de explorador econômico do *public good* – empregando recursos humanos, materiais e financeiros próprios para tanto –, adota-se, mais uma vez, uma *regra de equalização* entre os potenciais interessados, estimulando, outrossim, a *competição* entre todos eles. Restariam, portanto, observados os princípios da isonomia e da eficiência anteriormente aludidos, os quais beneficiariam tanto empreendedores como os próprios usuários dos serviços.¹⁶⁹ Lado outro, no que toca aos serviços universais, o recurso às concessões evidenciarão outro efeito importante relacionado à mecânica regulatória pressuposta no regime dos serviços públicos – qual seja: o contrato de concessão celebrado entre o Estado e o particular funcionaria, ainda, como uma plataforma de sustentação para a execução da respectiva atividade concessionada, fazendo as vezes de uma medida de fomento.¹⁷⁰

Para melhor entender o ponto, é válido registrar, sinteticamente, que o fomento significa uma “atividade administrativa de incentivo à iniciativa privada de utilidade pública” (DI PIETRO (2016. p. 87). A ideia de ajuda ou apoio constitui um

¹⁶⁹ Relembre-se do que mais acima se comentou a respeito das finalidades da licitação, enunciadas no art. 3º da Lei Federal nº 8.666/1993, quando se examinou o caso dos monopólios naturais.

¹⁷⁰ É válido registrar a anotação de Monteiro (2010, 127) sobre o ponto, que diz: “ainda que o desempenho das atividades que não são tidas como serviço público seja livre aos particulares, não há impedimento constitucional para que a legislação autorize a estruturação de modelos contratuais (tal como a concessão) com o fim de induzir comportamentos privados de determinado fim público”.

dos pilares do instituto,¹⁷¹ sendo certo que ambos devem estar direcionados a um particular que desempenhe uma *atividade de interesse público*. Destaca-se, sob essa ótica, o aspecto *indireto* do fomento, em que o Poder Público não executa uma utilidade material fruível diretamente pelos cidadãos, senão, induz a sua prestação por um empreendedor privado.¹⁷² Outro elemento notável do instituto envolve o seu caráter voluntário (e não mandatório), o que o diferencia, por exemplo, do poder de polícia administrativo (POZAS, 1949, p. 46). A Administração Pública, nessa linha, não *impõe* uma medida de fomento a um particular, mas, ao ofertá-la, conta com a adesão dele.

De fato, poder-se-ia arrolar um sem número de fórmulas por meio das quais as ajudas ou apoios estatais concretizariam a ação fomentadora, como é o caso: das subvenções; dos empréstimos; do suporte a preços; das atividades de assistência técnica; do financiamento à pesquisa; da participação direta no capital de empresas,¹⁷³ entre outros. Aqui, é claro, não vale aprofundar cada um desses itens, embora se perceba que eles estão presentes na práxis da Administração Pública, em suas diversas frentes de atuação. O que efetivamente importa é chamar a atenção para o fato de que, no tocante ao referido rol, seria possível apontar, também como uma espécie de ação fomentadora estatal, a própria figura das *concessões*.

E por que as concessões trariam o traço do fomento? Sobretudo no que toca aos *public goods*, é verdade que Estado pode se incumbir do pagamento de valores financeiros ao concessionário – atuando em substituição, nesse quesito, aos respectivos usuários da atividade (“*on the consumer’s behalf*”). Essa hipótese remeteria ao que se denomina de *concessão administrativa* – que é “o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”,¹⁷⁴ e que caracteriza um dos tipos de parcerias público-privadas (PPPs) no Brasil. Tal modelo concessório, consoante explica Guimarães (2013, pp. 185-186),

¹⁷¹ Mendonça (2018, p. 150), a propósito, faz o seguinte comentário: “O fomento público é visto, em regra, com bons olhos. Não teria como ser diferente, pois é uma ajuda”.

¹⁷² No ensaio seminal publicado sobre o assunto, Pozas (1949, p. 46) fixa, inclusive, uma linha de corte entre o fomento e os serviços públicos, sendo certo que, nesses últimos, a Administração realizaria “diretamente e com seus próprios meios os fins perseguidos”, enquanto, no fomento, ela se limitaria a “estimular aos particulares” para que eles, por sua própria vontade, desenvolvessem uma atividade que cumprisse indiretamente aos fins da Administração.

¹⁷³ Vide, nesse sentido, Linotte e Domi (2003, p. 487).

¹⁷⁴ Conferir o art. 2º, § 2º, da Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

seria destinado a viabilizar arranjos negociais para o desempenho de *serviços sociais* – e isso, porque a PPP tornaria a exploração das atividades correspondentes atrativa para os particulares (haja vista o apoio financeiro do Poder Público).

Nesses termos: quando o Estado assumir a responsabilidade de prestar, por si próprio, o serviço universal, ele aplicará recursos humanos, materiais e financeiros *seus* para tanto, e o fará – é claro – com o objetivo de assegurar adequadamente a oferta do serviço, haja vista a sua natureza (trata-se de uma *falha de mercado*) e a sua incompatibilidade com a dinâmica do mercado. Mais ainda, o Estado deterá, em tal circunstância, o controle direto sobre o *modus operandi* da atividade, uma vez que atuará como se seu *dono* fosse.

Paralelamente: quando o Estado conceder aquele serviço a um particular (e essa alternativa, como examinado, seria juridicamente admissível via PPP), ele estará de igual forma promovendo a existência do serviço – fazendo-o, entretanto, de modo indireto, via contratualização – e garantindo, em qualquer caso, a sustentação financeira do empreendimento. Caso a caso, aliás, Estado e particular poderão modular o conjunto de ações e condicionantes a ser observado na exploração da atividade, com o fito de tornar o negócio vantajoso tanto para o empreendedor (que se valerá da previsibilidade e da sustentabilidade financeira dos seus investimentos, inclusive mediante a paga do Poder Público); quanto para os usuários (que, entre outros, receberão os serviços – e em consonância com padrões de qualidade mínimos e outras metas de desempenho preestabelecidas); e, por fim, para o próprio Poder Público (que cumprirá a tarefa de garante da atividade, bem como de guardião dos interesses tidos por relevantes na sociedade – os quais estariam sendo atingidos com o objeto da concessão).

Para arrematar, então: todas as situações narradas até aqui (não somente os *public goods*, mas também os monopólios naturais) evidenciam, de forma bastante ilustrativa, a necessidade e a conveniência de se revisitar a percepção tradicional a respeito dos serviços públicos no Brasil. Na verdade, nem a lógica da *publicatio*, nem a lógica da concessão/licitação (as quais estão todas pressupostas no *regime* divisado no art. 175 da Constituição Federal), nenhuma dessas figuras traduz uma barreira de entrada *arbitrária* à dinâmica dos atores econômicos no mercado, mas funcionam, sim, como uma resposta a uma disfuncionalidade do mercado, enfrentada concretamente. Os serviços públicos, sob esses ângulo,

devem ser percebidos com uma *estratégia regulatória* orientada para resguardar, direta ou indiretamente, a *oferta* das atividades em questão, devendo ser aplicados nas hipóteses em que competição entre potenciais interessados não seja plenamente praticável, ante a ocorrência de uma falha mercadológica.

Mas, para confirmar esse raciocínio, ainda cabe avaliar outra circunstância remanescente que, pelos seus atributos, também suscita o emprego da disciplina dos serviços públicos *conforme se defende neste estudo* – perfazendo o tema do subtópico a seguir.

5.1.3. Os serviços públicos como uma forma de se tratarem serviços conexos a bens públicos em sentido jurídico

Um último exercício voltado a explicitar a lógica e a aplicabilidade do regime pressuposto no art. 175 da CR engloba os bens públicos em sentido jurídico¹⁷⁵ – tidos aqui como sinônimos de bens “pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno”¹⁷⁶ ou, simplesmente, *bens estatais*. Veja-se que é a própria lei quem cuida de designar os ativos integrantes do patrimônio dos entes públicos. Logo, para além dos instrumentos privados em que a propriedade pudesse ser adquirida (como a compra e a venda), e para além dos instrumentos públicos em que isso também pudesse ocorrer (como é o caso da desapropriação),¹⁷⁷ há bens cuja detença estatal consta expressamente do ordenamento jurídico – como se dá, inclusive, no âmbito da Constituição Federal. No último caso, ganham destaque os artigos 20 e 26 da Carta Constitucional, os quais discriminam os bens pertencentes à União e aos Estados, englobando, entre outros, lagos e rios que sirvam de limite com outros países, potenciais de energia hidráulica, águas superficiais etc.

Decerto, também não cabe estender os pormenores que envolveram a escolha do constituinte em eleger cada um desses bens como públicos. Para esse fim, fica o registro de Marques Neto (2009, p. 78), segundo o qual a reunião de bens sob o acervo estatal decorreria da impossibilidade ou inconveniência de eles

¹⁷⁵ Como bem pontua Marques Neto (2009, p. 46), o conceito econômico para bem público – que, conforme visto, implica o reconhecimento de elementos como a não-rivalidade e a não-excludência – não se confunde com o conceito jurídico ora analisado.

¹⁷⁶ Vide o art. 98 do Código Civil Brasileiro.

¹⁷⁷ Na lição de Bandeira de Mello (2008, p. 908), “os bens públicos adquirem-se pelas mesmas formas previstas no Direito Privado (compra e venda, doação, permuta etc.) e mais por formas específicas de Direito Público, como a desapropriação ou a determinação legal”.

serem apropriados pelos indivíduos, fosse por razões éticas ou conceituais, fosse por razões jusfilosóficas ou, mesmo, por dificuldades de ordem prática. Outrossim, não cabe replicar os comentários acerca dos múltiplos critérios utilizáveis para se definirem os bens públicos e o seu regime, admitindo-se, como ainda alerta Marques Neto (2009, pp. 128-129), que a “taxonomia jurídica é sempre uma atividade jurídica perigosa”, e que não seria possível sustentar existir um mesmo regime jurídico para todos os bens públicos – “a incidência maior ou menor de regras derogatórias do Direito Privado sobre os bens dependerá do tipo de bem do qual se está tratando”.¹⁷⁸

O que interessa, então, para efeito do presente estudo, é ter em mente a ligação existente entre a exploração de algumas atividades econômicas e os bens aludidos. Segundo adverte Schirato (2012, pp. 86-87), “a maior parte dos serviços públicos demanda a utilização de enorme gama de bens públicos (sobretudo vias públicas)”; e, segundo ressalta Monteiro (2010, p. 127), haveria atividades econômicas que (sem propriamente se encaixarem sob a noção tradicional de serviços públicos)¹⁷⁹ poderiam ser executadas “com a utilização de patrimônio público” – tal como no caso da gestão de estacionamento. Malgrado a exploração de estacionamento e de outros empreendimentos, como hospitais e shoppings, fosse, em princípio, uma atividade privada (e, pois, aberta à livre iniciativa), quando ela envolvesse um bem público, isso exigiria uma *habilitação especial* por parte do Poder Público, porquanto não pudesse ser exercida por qualquer pessoa – em virtude da própria titularidade estatal do bem.

Note-se, em tais hipóteses, que o que está em jogo não é fruição, em si, dos bens estatais pelos cidadãos, mas o seu “uso econômico de interesse geral”, que ocorre quando o bem é empregado por um particular como suporte a uma utilidade ou serviço de interesse público, com aptidão para produzir mais valia (MARQUES NETO, 2009, pp. 410-411). Dessa forma, para as *atividades econômicas* que se desdobram a partir desses bens, haverá um regime específico aplicável sobre a sua exploração, não porque o Poder Público deteria a titularidade

¹⁷⁸ Para uma análise dos distintos critérios de classificação dos bens públicos, vide, mais uma vez, Marques Neto (2009, pp. 128-245).

¹⁷⁹ Nas palavras da autora: “Não [se trata] de um típico serviço público, cuja prestação é privativa do Poder Público (que o desempenha de forma direta ou indireta), mas de um serviço de interesse público, razão pela qual se legitima a intervenção do Estado para conjugar esforços públicos e privados na sua prestação” (MONTEIRO, 2010, pp. 126-127).

da respectiva atividade (como se se tratasse da *publicatio*), mas sim, porque ele seria o dono do *ativo físico* correspondente.¹⁸⁰ Tal regime seria o da concessão/licitação a *lá* art. 175 da CR, sendo válido compartilhar, a esse respeito, o seguinte comentário de Aragão (2009, p. 06):

Tradicionalmente considera-se ser essencial à conceituação de determinado contrato como concessão de serviço público que a atividade dele objeto seja reservada ao Estado; que o particular só possa explorá-la mediante a concessão; mas, nos casos acima, a atividade em si (estacionamento, teatro etc.) não é exclusiva do Estado. O que é exclusivo do Estado é a possibilidade de elas serem exploradas em bens públicos.

Por assim ser, e como (embora na realidade estrangeira) bem pondera Gonçalves (1999, pp. 97-98), as atividades econômicas *stricto sensu* exercitáveis em bens públicos seriam conduzidas via *concessão* porque elas estariam conexas com os bens públicos, e não poderiam, destarte, ser conduzidas livremente por qualquer indivíduo. A utilização privativa do bem, em tal conjuntura, não seria o objeto (principal) da concessão – daí porque ela criaria vinculações especiais quanto ao próprio exercício da atividade (como a garantia quanto à qualidade dos serviços prestados aos utentes etc.), ao invés de apenas quanto à fruição dos bens. Para o autor, sobretudo, seria possível falar de um “princípio de atração do regime das concessões dominiais pelo regime das concessões de serviços” (GONÇALVES (1999, p. 98), tomando-se de empréstimo os elementos que – já se pôde apontar mais acima – comporiam o conteúdo jurídico do art. 175 da Constituição da República (a suscitar a *licitação* e a *concessão*).

Evidentemente, a preocupação em se conferir *tratamento isonômico* junto aos potenciais interessados na exploração econômica dos serviços conexos ao bem público em sentido jurídico, de um lado, e a busca por condições mais vantajosas para o os envolvidos (inclusive pela promoção da competição *pelo* mercado), de outro: esses seriam os aspectos que justificariam a aposição do que aqui se considera o *regime do serviços públicos* à atividades referidas. A licitação, para tanto, seria o método a permitir o alcance de ambos os objetivos¹⁸¹ –

¹⁸⁰ Tomando de empréstimo a preleção de Schirato (2012, p. 280), trata-se de hipótese em que “a prestação do serviço dependa do acesso a bens públicos que não podem ser compartilhados”.

¹⁸¹ É interessante ressaltar a anotação de Garcia (2019, p. 209) acerca do aspecto regulatório da licitação. Diz o autor: “Nestas hipóteses, a licitação revela-se como importante instrumento de regulação. Isto porque, ainda que somente a concessionária vencedora do certame adquira o direito

perfazendo a função que já cumpria, como também já se observou, no âmbito dos monopólios naturais e dos *public goods*.

Adicionalmente, no que toca à utilização de *contratos de concessão*, reproduzir-se-ia, para a situação dos bens aqui narrados, o mecanismo da regulação coordenada entre as partes diretamente envolvidas (o dono do bem e o respectivo empreendedor), resguardando-se, em última instância, os interesses dos beneficiários finais dos serviços explorados (que seriam os *usuários*). Em tais arranjos contratuais, poderiam ser fixadas regras como: o prazo de duração do direito de exploração da atividade; as hipóteses de extinção do vínculo jurídico e as indenizações; os padrões de qualidade dos serviços oferecidos aos consumidores etc. – de maneira que o Estado poderia fomentar a criação de utilidades com a participação de terceiros, para quando não pudesse ou não se interessasse em diretamente o fazer.

Não se ignora, em todo o caso, que os bens públicos, por si só, não configurariam propriamente *falhas de mercado* (apesar de a sua criação poder se originar de uma disfuncionalidade desse tipo).¹⁸² Em contrapartida, também não se dúvida de que subsistiria, para eles, o mesmo problema do déficit concorrencial relacionado à sua exploração econômica (ou, ainda, o problema do seu franqueamento pleno aos agentes do mercado), sabendo-se que tais bens são, *ex vi legis*, titularizados pelo Estado. Nesse fator reside a razão de ser do *controle de acesso* detido pelo Poder Público, o que se opera, como demonstrado, pela mecânica das concessões e das correspondentes licitações. Pondere-se, de toda a maneira, que a *restrição do acesso à atividade* já seria, para todos os efeitos, uma condição fática *antecedente* ao tratamento jurídico divisado para a hipótese narrada no presente subtópico, sendo certo que o regime do art. 175 da CR, em tal caso, apenas refletiria – como nas demais situações *supra* – uma *resposta regulatória* para o problema.

de explorar o serviço, a modelagem do edital e do contrato de concessão pode e deve estabelecer metas e padrões de eficiência que deverão ser alcançados pelo particular, sob pena de imposição de sanções e penalidades”.

¹⁸² Nesse sentido, Schirato (2012, p. 87) antevê, em relação aos bens públicos, a “influência da noção de monopólio natural” na própria constituição dos serviços públicos. Ao narrar o processo de formação desse último conceito, ele explica: “a noção de serviço público também é amoldada como uma atividade privativa do Estado e prestada em regime de exclusividade, por ser necessária a utilização de bens públicos que não podem ser duplicados ou não admitam o compartilhamento por diversos agentes e a outorga de prerrogativas especiais de desapropriação e instituição de servidões administrativas aos agentes prestadores”.

Destarte, por tudo quanto se consignou até o momento, fica demonstrada a plausibilidade de se nutrir um olhar diferenciado para a expressão *serviços públicos* trazida na Constituição da República, comparativamente às propostas doutrinárias tradicionais destinadas a tratar do tema. De plano, fica nítido não ser válido supor que, por se estar diante de um serviço público, daí adviria a *subsequente* restrição da exploração da atividade econômica por particulares. A bem da verdade, seria a inviabilidade da competição *no* mercado – como fenômeno existente *ex ante* – o que conduziria à necessidade de um tratamento especial sobre tal atividade pelo Poder Público, sendo certo que: fosse porque se estivesse diante de uma falha mercadológica (como um monopólio natural ou um bem público em sentido econômico, por exemplo); fosse porque a atividade em questão estivesse atrelada a um bem de propriedade do Estado, em qualquer caso, a via do serviço público se apresentaria como um corolário, como uma manifestação regulatória desenhada para trazer racionalidade econômica para o déficit concorrencial enfrentado circunstancialmente.

Sob esse ângulo, inclusive, fica fácil explicar porque a Constituição de 1988 não trouxe – nem poderia ter trazido – um rol definitivo das atividades que se subsumiriam a essa lógica: é que os serviços públicos, antes de se fecharem em um conjunto hermético de empreendimentos, compreenderiam, em última instância, um *regime jurídico*, aplicável conforme se mostrasse conveniente a intervenção estatal como alavanca para garantir a sua oferta (a dos empreendimentos).

Note-se, por fim, que tal modo particular de se entenderem os serviços públicos como um *regime*, e não propriamente como atividades pré-concebidas pelo legislador ou pela doutrina, tem por benefício viabilizar o discernimento das distintas normas constitucionais que costumam ser apontadas como delineadoras do assunto. Especialmente, tal proposição ajuda a contornar alguns dos desafios anteriormente elencados no presente estudo relativamente ao rol dos serviços públicos de competência de estados e municípios, assim como a querela atinente ao conteúdo e à abrangência das *autorizações*. Esses temas, por isso mesmo, serão objeto de revisita nos próximos tópicos.

6. A (RE)INSERÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS EM UM “SISTEMA REGULATÓRIO” CONSTITUCIONAL

Mais acima nesta tese, foi replicada uma das mais importantes e provocativas percepções de Schirato (2012, p. 91), em sua relevante obra sobre o tema dos serviços públicos: a de que os caracteres defendidos pela doutrina quanto a esse instituto não estariam refletidos nem na Constituição de 1988, nem nas normas do direito positivo. A esta altura, dadas as reflexões compartilhadas até aqui, não se poderia concordar mais com o autor. De fato, os traços alinhavados pelos administrativistas brasileiros tradicionais acerca daqueles serviços tomam por pressuposto ingredientes ausentes no texto da Constituição Federal – e isso justifica o título desta tese, quando ele incorpora a expressão “mito dos serviços públicos”.¹⁸³

Deveras, foi fartamente reiterada, até aqui, a circunstância de que não são os serviços públicos, em si, que impelem a retirada de uma dada atividade do seio da livre iniciativa. Ao contrário, o problema da competitividade, bem como as dificuldades de articulação de terceiros no mercado para ofertarem adequadamente uma atividade econômica, isso é o que acarreta a concepção de um serviço de tal natureza e, logo, a aplicação de um regime especial, no qual se reconhece ao Estado a prerrogativa de controlar a entrada dos interessados em explorá-la. Tal observação – também foi grifado – leva a que não haja serviços públicos *prima facie*, mas, antes, exige que se avalie caso a caso a conveniência da atuação estatal, como o meio de se contornarem as disfuncionalidades mercadológicas que se desejassem afastar.

Sob esse contexto, é inevitável perguntar-se qual o conceito de serviços públicos abraçado, enfim, pela CR e, mais, se seria verdadeiro que o texto constitucional cuidaria, ele próprio, de nominar explicitamente atividades que se

¹⁸³ Registre-se que o aspecto “mítico” do serviço público já havia sido enunciado (embora não pelos mesmos fundamentos dos que aqui se utilizam), por Moreira Neto (2000, pp. 140-141). O autor dizia: “A lenta sedimentação histórica dos mitos produz certas estruturas de crenças e de modos de funcionamento cognitivos não racionais na forma de dogmas, proposições que não necessitam de comprovação, nem, tampouco, admitem refutação”. Ele ainda complementa: “A partir da subjetivação de que tudo é público no Estado, similarmente se compreende um conceito mítico de serviço público como atividade exclusivamente estatal”.

ajustariam a essa noção (como leva a crer grande parte dos autores nacionais). Especificamente, ainda seria o caso de se indagar o propósito da listagem de atribuições encapsuladas, por exemplo, no art. 21, incisos XI e XII, da Carta de 1988, e, mais adiante, avaliar o porquê de alguns dispositivos do texto da Constituição da República se referirem às *autorizações* como caminhos aceitáveis para aquelas atividades. O enfrentamento de todas essas inquirições desdobrar-se-á abaixo.

6.1. Questão fundamental I: haveria um conceito de serviços públicos na Constituição Federal de 1988?

Não há um conceito claro de serviços públicos na Constituição da República de 1988.¹⁸⁴ Em que pese a expressão despontar em diversas passagens do texto da CR, o constituinte foi silente quanto a que atributos uma dada atividade teria de ter, para ser reputado como tal. Daí, inclusive, todo o esforço empreendido pelos doutrinadores pátrios na busca de um arquétipo conceitual ideal, que pudesse satisfazer à inquietude própria do conhecimento humano: nominar e classificar, de forma minuciosa, os elementos integrantes de uma categoria intelectual abstrata – ora especialmente referida por *serviços públicos*.

Apesar disso, mesmo não declinando – item a item – os ingredientes que compusessem o cerne de referidos serviços, a Constituição Federal deixou pistas sobre o *pano de fundo* que justificasse o aparecimento deles. Sob essa perspectiva, poder-se-ia afirmar que a ideia atinente aos serviços públicos seria inferida de modo *indireto* do texto constitucional – o que demandaria um exercício hermenêutico razoável sobre as normas que tratam do instituto. Mais ainda, por se detectar, preliminarmente na Carta Magna, a designação de um condicionamento jurídico específico sobreposto a tais serviços, seria possível dizer que: ao invés de mirar um tipo de atividade, o serviço público seria melhor lido, na CR, como uma espécie de *regime* (ou *estratégia regulatória*). Essa é a hipótese defendida neste trabalho.

É claro, porém, que a expressão *regime*, aqui aludida, não se confunde com o plexo de *prerrogativas* e *sujeições* próprios do regime jurídico administrativo, nascido do pensamento de Gaston Jèze – e que inspirou tantos doutrinadores

¹⁸⁴ Retomando-se o que afirma Loureiro (2010, p. 13), de fato, “o art. 175 não é uma regra de reconhecimento das atividades que devem ser tidas por serviços públicos”.

brasileiros. Tampouco se trata, aqui, de alusão aos predicados das *Leis de Rolland*, os quais estão voltados, como examinado, para o modo de operação dos serviços tidos como públicos. *Regime*, ou *estratégia regulatória*, assim, tem vinculação com a *mecânica de acesso* criada na Constituição para que particulares pudessem se engajar na exploração de determinadas atividades econômicas (pressupondo-se, para tanto, o controle estatal via titularização dessas mesmas atividades e, conforme a situação, a disciplina de terceiros mediante o uso de contratos).

Sobre o ponto, lembre-se, sem medo de se ser repetitivo, do que prescreve o dispositivo-chave sobre o qual se assenta a construção teórica dos serviços públicos no Brasil (o art. 175 da CR): de um lado, ele reafirma a presença estatal sobre a atividade correspondente (*ao Poder Público compete o serviço público*); e, de outro, ele indica a possibilidade de sua exploração por terceiros (mediante, porém, a fórmula da *licitação/concessão*, corroborando a detença pelo Poder Público). Esta é, como já se pôde evidenciar, a estrutura regulatória erigida pelo constituinte brasileiro para as atividades às quais se pudesse atribuir o rótulo de serviços públicos: antes de promover a construção ao exercício de tais atividades por empreendedores privados, ela foi pensada, na realidade, para *viabilizar a sua oferta*, de forma racional e coordenada. Por isso mesmo, o *regime dos serviços públicos* tem de estar amparado na constatação de que se esteja diante de uma atividade que *mereça* o tratamento jurídico particular dispensado, o que significa que se deve ter em mente um critério ou recorte que ajude a identificá-lo.

Se uma atividade econômica não puder ser desempenhada de forma livre no mercado, é necessário admitir que o Estado puxe para si a sua titularidade e passe a assumir a sua exploração (fazendo-o diretamente, ou contando, de maneira coordenada, com a participação de terceiros). Para se ter um serviço público, pois, a atividade deve carregar consigo uma disfuncionalidade concorrencial e deve, ao mesmo tempo, apresentar alguma relevância sob o ponto de vista da coletividade. A disfuncionalidade – já foi examinado – aparece, *v. g.*, nas assim chamadas *falhas de mercado*, que estão refletidas, em um primeiro momento, nos monopólios naturais, nos *public goods* e, similarmente, nos serviços conexos a bens públicos em sentido jurídico. Isso se dá porque em tais hipóteses não há receptividade à competição *no mercado*, com a atuação de múltiplos atores econômicos. Logo, com a ativação do regime dos serviços públicos: ou o Estado

empreenderá a atividade, ou assim o fará aquele particular que vencer um certame público e demonstrar, em contraste com outros interessados, a aptidão para tal.

Por oportuno, é bom deixar o registro de que as situações pertinentes aos monopólios naturais, aos *public goods* e aos bens públicos em sentido jurídico, aqui elucidadas, não esgotam, *per se*, a integralidade das imperfeições de mercado que eventualmente atraíssem a engrenagem regulatória do art. 175 da CR. Outras ocorrências poderiam haver que, de igual forma, suscitariam citado regime, sendo razoável pensar que *circunstancialmente* é que se apontaria, com precisão, quando um serviço público (ou melhor dizendo, quando a aplicação do *regime dos serviços públicos*) emergiria no plano jurídico. Afinal, o fato de uma falha de mercado existir em um dado momento histórico não significa que ela subsista em outro – restando aí, aliás, a explicação para a percepção doutrinária de que os serviços públicos seriam tão *mutáveis*.¹⁸⁵

Seja como for, para dar azo à implantação do regime encontrável na Constituição Federal de 1988, uma atividade tem de se mostrar anticompetitiva. Do contrário, e a exemplo do que se verifica, comumente, na fabricação e na venda de alimentos e medicamentos, em que a concorrência *no* mercado é praticável, não se sustentaria a pretensão do Poder Público em eventualmente etiquetar, como tal, a atividade relacionada (alijando-a do mercado). Não seria aceitável que o Estado se utilizasse sequer do legislador ordinário para esse fim, dado que a lei que instituísse um serviço público em um ambiente concorrencial poderia ser questionada sob o ponto de vista da Constituição – *vis-à-vis* o valor fundante da *livre iniciativa*.¹⁸⁶

¹⁸⁵ Aranha (2013, p. 45) afirma, sob essa perspectiva, que “os serviços mudam e as necessidades da coletividade também”. Ainda nesse contexto, Aragão (2008, p. 235) destaca os efeitos transformadores da tecnologia, reconhecendo, por exemplo, que as permanentes revoluções tecnológicas teriam atingido uma multiplicidade de setores econômicos, como o das telecomunicações, possibilitando a concorrência “entre um número até há pouco impensável de agentes”. Essa circunstância faria com que os serviços fossem “despublicizados, tornando-se atividades econômicas privadas de interesse público” (reguladas, inclusive, pelo modelo das autorizações). Em linha oposta a esse último entendimento, vide Freire (2014, p. 276), para quem: “a evolução tecnológica de uma atividade em nada afeta a previsão constitucional da titularidade do serviço”.

¹⁸⁶ Sobre esse aspecto, é questionável, por exemplo, a afirmativa de Freire (2014, p. 244), segundo a qual: “além da Constituição, também é conferido ao legislador ordinário (federal, estadual, distrital ou municipal) a possibilidade de transformar uma atividade econômica em serviço público”. Ao que se entende, não haveria franca discricionariedade, por parte do legislador infraconstitucional, de criar serviços públicos como bem quisesse (e, logo, retirar do mercado atividades econômicas regularmente exploráveis no mercado). Se esse for o teor do pensamento do autor, considera-se que, sob ponto de vista jurídico, ele não seria válido.

Portanto, quer se trate, ou não, de monopólios naturais, *public goods* etc., o que importa é estar demonstrado, no caso concreto, que os agentes privados não poderiam livremente se engajar – por razões fáticas – nas atividades econômicas correspondentes; ou que, em podendo, isso não levaria a distorções que comprometessem a garantia da oferta dos serviços, dada a possibilidade do comportamento oportunista das partes.¹⁸⁷ Essa avaliação – chame-se de *teste de competitividade* – materializaria a ideia de *razoabilidade* já defendida por outros autores para admitir a *publicatio*,¹⁸⁸ e exigiria um exame concreto das condições concorrenciais da respectiva atividade, para se lhe estabelecer o regime regulatório aplicável.

A necessidade de tal exame ou teste se justificaria porque a incidência, sobre uma determinada atividade, do *regime dos serviços públicos* (com a *publicatio* e os conseqüências correspondentes) funcionaria como um *substituto* ao regime de concorrência entre os agentes econômicos, para que ela pudesse ser executada. Haveria, em última análise, a eleição da mecânica da competição *pelo* mercado em detrimento da (inviável) competição *no* mercado, sendo, por isso mesmo, forçoso demonstrar-se a racionalidade a vantagem da troca de uma pela outra.

Que fique claro, em contrapartida, que as atividades suscetíveis ao regime dos serviços públicos teriam (mesmo quando em jogo uma falha de mercado) de propiciar efeitos *relevantes* para a coletividade, para daí haver a mobilização do aparato estatal para (direta ou indiretamente) assegurar a sua oferta.¹⁸⁹ Uma relação estritamente privada, cujas repercussões se circunscrevessem à esfera de interesses dos agentes imediatamente envolvidos, não ampararia, em princípio, a

¹⁸⁷ Esse raciocínio já era nutrido por Schirato (2012, p. 323), quando o autor afirmava que os serviços públicos, somente em situações muito específicas, conteriam cláusulas de restrições à livre iniciativa. Tais cláusulas, para ele, decorreriam de casos em que as circunstâncias fáticas impedissem a plena entrada de novos agentes no setor, o que ocorre nos monopólios naturais.

¹⁸⁸ Veja-se, nesse sentido, Freire (2014, pp. 273-274). Ao mencionar a necessidade de a atividade econômica trazer alguma relevância para a coletividade a ponto de se justificar a sua transformação em serviço público e, pois, a sua submissão a um regime diferenciado, o autor assinala que tal exame somente poderia se dar em cada caso concreto, e sob o norte do princípio da razoabilidade.

¹⁸⁹ Poder-se-ia, para tanto, valer-se da correspondência entre as atividades e os direitos fundamentais, abstratamente considerados. Confira-se, sobre o tema, a seguinte passagem de Schirato (2012, p. 277): “os serviços públicos [...] são caracterizados pelo seu caráter obrigacional, que os configura como obrigações estatais destinadas à satisfação de direitos fundamentais. Em decorrência desse caráter e da sua relevância para a realização de direitos fundamentais, esses serviços são demarcados por um regime jurídico específico, consubstanciado nas obrigações de universalização e modicidade tarifária”

aplicação da estratégia regulatória do art. 175 da CR: nessas hipóteses, presume-se que as partes afetadas pudessem se acertar mediante contratos, valendo-se, conforme o caso, de alguns contornos protetivos já fixados na legislação civil.¹⁹⁰

Por tudo isso, pode-se concluir que a CR não estipula propriamente um conceito para os *serviços públicos*; mas o conteúdo dessa expressão pode, ainda assim, ser extraído de forma indireta do texto constitucional. O serviço público sinalizaria, acima de tudo, um regime jurídico específico, por meio do qual se controlaria o acesso de particulares, bem como as condições em que (a partir daí) eles realizariam a exploração econômica de determinadas atividades. E o importante, em qualquer caso, é que: muito mais do que a mera correlação havida com os direitos fundamentais, tal controle de entrada encontraria sua razão de ser no déficit concorrencial de que aquelas atividades, circunstancialmente, demonstrassem padecer, consoante constatado pelo que aqui se denominou de teste de competitividade.

6.2. Questão fundamental II: haveria serviços públicos explicitamente nominados na Constituição? (O caso dos serviços públicos da União, dos estados e dos municípios)

Já foi indicada, neste estudo, a inclinação da doutrina brasileira em reconhecer certas atividades listadas na Constituição da República de 1988 como representativas dos serviços públicos da União, dos estados e dos municípios. Esses seriam os serviços públicos de *envergadura constitucional*, para os quais – também seguindo-se o raciocínio majoritário dos administrativistas nacionais – operar-se-ia a detença estatal (e, pois, a lógica da *publicatio*). Os serviços e instalações de energia elétrica, os serviços de transporte ferroviário, o serviço local de gás canalizado, o transporte coletivo, entre outros, ilustrariam bem essa circunstância, valendo-se memorar, para tanto, os artigos 21, XI e XII, 25, § 2º, e 30, V, todos da CR. Haja vista, contudo, as observações compartilhadas até então no presente estudo, mostra-se necessário, agora, confirmar se a visão dos autores

¹⁹⁰ Seria o caso, *v. g.*, da servidão, dos direitos de vizinhança e, até mesmo, do sistema protetivo das relações de consumo. Tratando-se da técnica dos serviços públicos, entende-se que o Estado deveria intervir, menos para corrigir assimetrias econômicas entre as partes individualmente consideradas, e, mais, para viabilizar a oferta da atividade para a coletividade.

tradicionais quanto a essas atividades permaneceria válida, dada a ideia de que os serviços públicos funcionariam, antes, como uma estratégia regulatória ou regime destinado a contornar disfuncionalidades do mercado.

Quanto ao ponto, é importante chamar a atenção, logo de início, para o fato de que alguns dos artigos supracitados não fazem sequer referência nominal à expressão *serviços públicos* – à exceção do inciso V do art. 30 da Constituição Federal (no tocante aos *serviços públicos de interesse local*). Essa particularidade aguça a dúvida se se estaria, mesmo nas hipóteses em que os dispositivos correspondentes nada mencionassem, diante de um serviço de tal natureza; e leva, de outro lado, a se questionar o que o constituinte teria pretendido dizer quando estampou, no art. 30 da CR, a referência àquela expressão.

Para avançar com a análise, é útil retomar o conteúdo dos artigos constitucionais envolvidos, a começar pelo art. 21, que preceitua:

Art. 21. Compete à União:

[...]

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

Sobre ele, não há dúvidas de que se trata de uma regra de definição de competências, que desencadeia pelo menos dois efeitos relevantes: a) o primeiro: afastar, do alcance dos demais entes federativos, a interferência sobre a exploração das atividades listadas (há uma mensagem negativa frente a estados e municípios de *não fazer*); e b) o segundo: levar a que a União tenha de se desincumbir da oferta desses serviços, podendo para tanto contar com a participação de terceiros (há uma mensagem positiva frente à União no sentido de: *faça isso*). Cabe avaliar, à luz desse enquadramento, se ambas as mensagens

permitiriam afirmar, porém, que os serviços arrolados no dispositivo estariam submetidos à detença estatal, de forma que eles se encontrariam, em princípio, alijados do livre mercado.

De fato, apesar de os incisos XI e XII do art. 21 não trazerem o termo *serviços públicos* em sua redação,¹⁹¹ ao contrário do que por sua vez o faz o art. 175 da CR, a verdade é que, se eles simplesmente *repetissem* a lógica prevalecente nesse último dispositivo, seria factível concluir que eles estariam, por óbvio, a tratar do mesmo tema. Pois sim: no que toca ao art. 175 da Constituição da República, já foi tantas vezes comentado que a detença estatal nele pressuposta decorreria da regra da *publicatio*, a qual estatui que os serviços públicos ou seriam do Poder Público, ou seriam acessados por terceiros através da concessão (ou permissão) – e mais, sempre com a observância da licitação. Essa conformação jurídica, repise-se, adviria do fato de os serviços tidos como públicos implicarem uma falha de mercado, que corromperia a sua livre exploração pelos agentes do mercado.

Dada essa linha de pensamento, e observando-se detidamente o que contém o texto do art. 21 da CR, chega-se a que, para além de ele não considerar a expressão “serviço público”, a sistemática da *publicatio* não está nele *plenamente* reproduzida. É que os incisos acima listas também previram – ao contrário do que está no art. 175 da Lei Maior – a *autorização* como fórmula adotável para a realização das atividade correlatas (e sem menção, nesse caso, à obrigatoriedade do procedimento licitatório antecedente). Por consequência, não se constatando a superposição entre os comandos dos incisos XI e XII do art. 21 com o que contém o art. 175, não se pode afirmar estar, *tout court*, diante de um rol de *serviços públicos* de competência da União.

Diga-se de passagem, parece até bem razoável que a ordem das coisas não fosse diferente. Conforme a perspectiva defendida nesta tese, seria temerário supor que todas as atividades referenciadas nos incisos XI e XII do art. 21 da Constituição de 1988 caracterizassem, *prima facie*, falhas de mercado, a ponto de se lhes impor o controle estatal sobre o ingresso de terceiros à sua exploração. Se, em relação a quaisquer delas, fosse viável o regime da *competição no mercado*,

¹⁹¹ Essa constatação – de que o art. 21, “em momento algum, se vale da expressão ‘serviço público’” – é igualmente feita por Moreira (2019, p. 17), que a entende como muito significativa para a própria interpretação do art. 175 da CR.

não haveria razão de ser para a aplicação de barreiras de entrada, e o consequente disciplinamento do empreendedor privado via contrato de concessão (ou permissão). Perceba-se, desse modo, que o art. 21 da CR, pela forma como foi concebido, aceita que se aplique, para os serviços neles descritos, o que se chamou mais acima de *teste de competitividade*. Logo: a) para aquelas atividades que se revelassem, pelas circunstâncias fáticas, *anticompetitivas*, sua exploração por terceiros seria regulada pelo sistema da concessão/licitação (e aqui, sim, estar-se-ia diante de um serviço público); e b) quando, porém, inexistente a falha de mercado, a União poderia lançar mão de estratégias regulatórias mais amenas, sem trazer para si a titularidade do serviço – recorrendo-se ao modelo das autorizações.¹⁹²

Esse sistema explicaria, em última análise, a coexistência, na realidade jurídica brasileira, de cenários de *assimetria regulatória*,¹⁹³ em que um mesmo tipo de atividade estaria, conforme o caso, enquadrado sob regimes disciplinadores diferentes. E um bom exemplo disso seriam os terminais portuários (que hoje tanto podem se estruturar pelo caminho da concessão, como pelo da autorização). Com efeito, quando vinculada a bens públicos, a exploração de um terminal portuário por terceiros precisa, até mesmo pelas razões acima expostas,¹⁹⁴ de observar a regra da licitação e o vínculo contratual com o Poder Público (seriam, nesse caso, atividades desempenhadas sob o *regime dos serviços públicos* de acordo com a proposta teórica do presente estudo). Por outro lado, quando originária da iniciativa de terceiros e em um terreno privado, seria aplicável a autorização conferida pela União – nos exatos moldes do que prevê, atualmente, a Lei Federal nº 12.815, de 5 de junho de 2013.¹⁹⁵

Não só os portos, todavia, outras iniciativas aparecem no plano infraconstitucional que igualmente consideram a flexibilização do regime da *publicatio* sobre atividades do art. 21 da CR. O novo marco legal da TV por

¹⁹² As autorizações, sob esse contexto, serão objeto de análise logo a seguir.

¹⁹³ A expressão “assimetria regulatória” é utilizada por Marques Neto (2005, p. 15) para se referir à situação em que os agentes econômicos estejam submetidos a uma incidência regulatória díspar, mesmo competindo na exploração de uma mesma atividade pública.

¹⁹⁴ O caráter de bem público dos portos organizados é gizado por Pereira e Schwind (2020, p. 45), que, em razão disso, defendem que o uso dessas instalações não poderia ser detido indefinidamente por um particular – “o princípio republicano impede a eternização do desempenho de funções públicas ou da exploração de um bem público por um particular”.

¹⁹⁵ Com efeito, a nova Lei de Portos criou a figura dos “terminais de uso privado” (art. 8º), cuja exploração prescindiria de concessão e estaria condicionada à “autorização de instalações portuárias”. Esse tema será mais bem detalhado oportunamente.

assinatura no Brasil (Lei Federal nº 12.485, de 12 de setembro de 2011), por exemplo, abandonou a sistemática regulatória anteriormente adotada pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, dispensando a concessão e a licitação para a exploração, por empresas privadas, da atividade de distribuição por meio do serviço de acesso condicionado¹⁹⁶ (art. 29). E a Lei Federal nº 12.996, de 18 de junho de 2014, que alterou a Lei Federal nº 10.233, 5 de junho de 2001, rompeu com o regime da concessão para a prestação regular dos serviços de transporte terrestre coletivo interestadual e internacional de passageiros, os quais podem ocorrer, doravante, mediante mera autorização.¹⁹⁷

Sobre esses diplomas legais, é animador testemunhar que o tema da *competição* entre atores do mercado esteve presente em discussões travadas em face deles – o que é indicativo de que tal elemento (a competitividade) seria o critério adequado para a isenção do regime da *publicatio* sobre os serviços listados no art. 21, XI e XII, da Constituição da República (conforme sugere a própria ideia de teste de competitividade).

Note-se, quanto à Lei Federal nº 12.485/2011, que as justificativas do Projeto de Lei nº 29, apresentado em 5 de fevereiro de 2007 pelo então Deputado Paulo Bornhausen, estampavam a preocupação do legislador para com a questão da universalização do acesso entre as operadoras e para com a sua competição.¹⁹⁸ A redação original da proposição trazia, em seu art. 3º, os seguintes dizeres:

Art. 3º No que se refere às atividades de comunicação social eletrônica, o Poder Público deverá observar os seguintes princípios:

[...]

IV – vedação ao monopólio ou oligopólio nos meios de comunicação social eletrônica;

V – ordem econômica fundada na livre iniciativa e no direito à livre concorrência;

[..]

¹⁹⁶ Prescreve o art. 29 da Lei Federal nº 12.485/2011: “A atividade de distribuição por meio do serviço de acesso condicionado é livre para empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País, sendo regida pelas disposições previstas nesta Lei, na Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, e na regulamentação editada pela Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel”.

¹⁹⁷ Vide o art. 13, V, e, da então alterada Lei Federal nº 10.233/2001.

¹⁹⁸ Destaque-se, nesse sentido, o trecho das justificativas do Projeto de Lei nº 29/2007: “Os pilares de sustentação desse cenário são a universalização ou disponibilização generalizada, em diferentes plataformas tecnológicas, do acesso ao conteúdo eletrônico por meio de múltiplas prestadoras de serviços de telecomunicações que distribuem tais conteúdos em competição entre si”. O texto do projeto de lei consta do endereço da internet: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=433799&filename=PL+29/2007>. Acesso em: 12 nov. 2019.

*VIII - livre, ampla e justa competição entre todos os prestadores de serviços de telecomunicações habilitados a distribuir comunicação social eletrônica, abrangidos pelo disposto no art. 5º desta Lei.*¹⁹⁹

Destaque-se, outrossim, a ação direta de inconstitucionalidade – ADI nº 4747/DF, proposta pela Associação Neo TV em face da mesma lei. No julgamento dessa ação, de relatoria do Ministro Luiz Fux, foram expostas e discutidas questões de relevo para o raciocínio defendido no presente estudo. A associação postulante advogava, por exemplo, a necessidade de observância da licitação para a exploração dos serviços de comunicação de acesso condicionado, referindo-se, precisamente, ao art. 21, XI, bem como ao art. 175, *caput*, da Constituição Federal de 1988. Arguia, ainda, a inviabilidade técnica para a participação de todos os interessados no setor, enaltecendo, por consequência, o dever de licitar (junto com o princípio constitucional da impessoalidade) como impositivos do processo de seleção dos futuros prestadores do serviço. O acórdão, por seu turno, reconheceu o movimento de liberalização do mercado audiovisual promovido pelo novo marco legal, assinalando que ele estaria afastando antigas barreiras regulatórias que outrora restringiam o acesso à distribuição da televisão por assinatura. Mais ainda, destacou-se que o dever constitucional de licitar, reportado na ação, somente deveria incidir naquelas hipóteses em que o acesso dos particulares às situações jurídicas de vantagem em face do Poder Público não pudesse ser fruído de maneira irrestrita por todos. O pressuposto para o certame, acrescentou-se, seria a escassez relativa do bem jurídico pretendido – em geral a celebração de algum contrato com a Administração Pública. Ele (o certame) é que permitiria fossem confrontadas as propostas dos potenciais interessados, e selecionada, a partir daí, a mais vantajosa. Certames licitatórios – finalizou-se – não teriam lugar nos casos em que todo e qualquer cidadão pudesse ter acesso à situação pretendida.²⁰⁰ Confirmam-se as transcrições do trecho do voto proferido na ADI, que corroboram

¹⁹⁹ Esses enunciados foram posteriormente condensados em um novo inciso do art. 3º da então promulgada Lei Federal nº 12.485/2011, com o seguinte conteúdo: “Art. 3º A comunicação audiovisual de acesso condicionado, em todas as suas atividades, será guiada pelos seguintes princípios: [...] VI – liberdade de iniciativa, mínima intervenção da administração pública e defesa da concorrência por meio da livre, justa e ampla competição e da vedação ao monopólio e oligopólio nas atividades de comunicação audiovisual de acesso condicionado”.

²⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4747/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. DJe de 4 de abril de 2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 12 nov. 2019.

muito do que se defendeu sobre o regime das autorizações *versus* a *publicatio* no presente estudo:

A dúvida central nestes autos é exatamente saber se existe, de fato, uma “inviabilidade técnica” para a participação de todos os interessados no setor (o que atrairia o dever constitucional de licitar), ou se, ao contrário, a qualidade jurídica de prestador do SeAC seria universalizável (o que dispensaria a realização de certames licitatórios para a outorga do serviço).

Não vislumbro fundamento para acolher o entendimento dos requerentes. Em primeiro lugar, nenhum dos autores trouxe aos autos indícios mínimos de que os meios de prestação do serviço seriam escassos e de que, portanto, somente permitiriam a atuação de alguns poucos operadores. Não se desincumbiram, assim, do ônus de justificação mínimo para a infirmar a validade dos atos estatais. Seria por demais leviano pronunciar a nulidade de previsão legal clara e taxativa a partir de afirmações genéricas, sem maior consistência teórica ou empírica.

A bem de ver, o argumento da escassez sequer parece verossímil.

O voto do Ministro Relator ainda é assente ao reconhecer, com a nova lei, a substituição da estratégia de competição *pelo* mercado, antes vigente, pela da competição *no* mercado fomentada pelos avanços tecnológicos no setor. Disse-se, sobre o assunto:

Essa foi, aliás, uma das maiores inovações trazidas pela Lei nº 12.485/11. Até então, o serviço de TV por assinatura, em especial na sua modalidade de TV a cabo, estava sujeito a um regime de competição pelo mercado, e não de competição no mercado. Na disciplina aplicável, a antiga Lei do Cabo (Lei nº 8.977/95) e o respectivo regulamento (Decreto nº 2.206/97), (i) permitiam a fixação de número máximo de operadores do serviço na área geográfica de prestação; (ii) determinavam que o título jurídico formalizador da outorga seria o contrato de concessão (com duração de 15 anos), celebrado após licitação pública e avaliação de propostas técnico-financeiras; e (iii) condicionavam a participação das concessionárias de serviços de telecomunicações ao desinteresse manifesto de empresas privadas. A Lei nº 12.485/11 pretendeu romper com esse desenho regulatório de competição pela entrada.

[...]

Ora, diante dessa nova definição do serviço, não é crível que os meios de prestação sejam escassos quando, a rigor, quaisquer meios eletrônicos, tecnologias, processos e protocolos de comunicação sejam igualmente idôneos para prestar o serviço. A visão dos requerentes ainda está apegada ao cenário regulatório anterior, no qual os mercados relevantes eram definidos segundo a plataforma de transmissão do sinal (e.g., cabos físicos, micro-ondas, satélites, sinais UHF codificados). Talvez naquele contexto houvesse sentido em afirmar o caráter finito dos suportes do serviço, como cabos físicos. Hoje, porém, não havendo cabos disponíveis, abre-se ao interessado prestar o serviço por outra tecnologia. O conceito legal do SeAC tornou injustificável a criação de barreiras de entradas a novos prestadores.

Adiante, o Supremo Tribunal Federal chancelou a *autorização* como modelo regulatório válido para a disciplina da exploração das atividades econômicas abrangidas pelo art. 21 da CR, fazendo-o conforme segue:

Não existe qualquer óbice constitucional à outorga do serviço de TV por assinatura mediante simples autorização administrativa (e não por meio de concessão ou permissão). É que o art. 21, XI, da Constituição dispõe que compete à União 'explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei (...)'. Vê-se, pois, que foi a própria Lei Maior que se referiu à autorização como modalidade plenamente cabível para a outorga de serviços de telecomunicações, de que é espécie o serviço de acesso condicionado (ex vi do art. 2º, XXIII, da Lei nº 12.485/11).

E para arrematar, ainda se fez o seguinte – e importante – registro:

Por fim, há ainda um quarto motivo a determinar a rejeição da tese articulada pelos requerentes. Relembro aqui, mais uma vez, as premissas teóricas lançadas no início deste voto no sentido de que, em matéria de ordem econômica, não existe um modelo de Estado único e inteiramente constitucionalizado no Brasil. Assim, da mesma forma como as antigas restrições de acesso ao mercado não eram per se ilegítimas (e sim uma autêntica opção regulatória exercida dentro da moldura constitucional), a nova disciplina também se ajusta às balizas da ordem econômica traçadas na Lei Maior. Consubstanciam, portanto, outra opção regulatória legítima do legislador brasileiro. Não há nada no texto constitucional que imponha (ou proíba) um ou outro modelo. Qualquer tentativa de extrair das vagas normas da Constituição um desenho preciso de regulação de entrada do mercado audiovisual não passa de uma dissimulação retórica de preferências políticas, atitude de todo incompatível com a autonomia pública reclamada pelo regime democrático.

Com o julgamento da ADI nº 4747/DF, verifica-se que o STF admitiu a possibilidade de um exame casuístico a respeito da existência, ou não, de barreiras de entrada à participação de atores do mercado em relação a uma dada atividade econômica (*in casu*, os serviços de televisão por assinatura). E, com esse exercício (*teste de competitividade*), poder-se-ia justificar, ou não, a aplicação do regime do art. 175 sobre o serviço – calcado, como visto, no binômio *concessão/licitação*.

Sublinhe-se, ademais, que em face da Lei Federal nº 12.996/2014 – a qual previu as *autorizações* para o transporte regular de passageiros interestadual (art. 21, XII, e, da CR) – também foi proposta ADI,²⁰¹ de autoria do Procurador-Geral da República. Os argumentos veiculados na inicial da ação remontam à leitura do art. 175 da Constituição Federal e à suposta imprescindibilidade da

²⁰¹ Trata-se da ADI nº 5549/DF.

licitação para as atividades disciplinadas no diploma legal. Conforme se defendeu, o serviço de transporte de passageiros seria *serviço público* e estaria, pois, jungido à mecânica do aludido dispositivo constitucional. Sustenta o proponente da ADI que: “tiveram por objetivo as normas questionadas, visivelmente, excluir essa espécie de serviço público da exigibilidade de prévia licitação, nos termos do art. 43, I, da Lei 10.233/2001”. E mais:

*É incompatível com o regime instituído pela Constituição de 1988 exploração de serviço de transporte interestadual ou internacional de passageiros sem a devida outorga do poder público, precedida de indispensável licitação. Configura-se, portanto, afronta aos arts. 37, caput e inc. XXI, e 175, caput, da Constituição da República.*²⁰²

Essa ação direta de inconstitucionalidade está, igualmente, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux e aguarda, até então, julgamento. A prevalecer, porém, o raciocínio esposado na ADI nº 4747/DF, a validade da norma que adotou as autorizações para o serviço do transporte interestadual de passageiros dependerá, também ela, da análise quanto à existência, ou não, de barreiras ao ingresso dos interessados na exploração da atividade, e a constatação de possível falha de mercado que legitimasse a sua eventual qualificação como serviço público (melhor dizendo: a sua submissão ao regime do serviço público).²⁰³

Com todos esses elementos, e retornando-se à questão de fundo motivadora do presente subtópico, tem-se que: não, o rol do art. 21, incisos XI e XII, da CR não explicita (necessariamente) os *serviços públicos* de competência da União. O que o dispositivo designa são as atividades que, conforme o caso, poderiam vir a ser tuteladas pela União com base na lógica da *publicatio* consagrada no art. 175 da Carta Magna – o que não significa, porém, que elas estivessem alijadas, *prima facie*, do âmbito da livre iniciativa. Restaria, sempre, a

²⁰² A petição inicial da ADI, da lavratura do então Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, pode ser encontrada no seguinte endereço eletrônico: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5005055>>. Acesso em 15 nov. 2019.

²⁰³ Sobre a constitucionalidade da Lei Federal nº 12.996/2014, registre-se que Binenbojm (2017, p. 1270) defende que o modelo adotado pelo legislador ordinário seria plenamente compatível com a Constituição da República, “tendo em vista a liberdade de conformação instituída pelo art. 21, inciso XII, da Lei Maior, que permite expressamente a utilização do instrumento da autorização como forma de consentimento administrativo à prestação de serviços por particulares, dentre os quais se insere a alínea ‘e’”.

alternativa de se recorrer ao regime regulatório das autorizações, bastando, para esse fim, observar-se o que aqui se referiu como *teste de competitividade*.

Prossiga-se, doravante, com o exame do regramento dos serviços públicos no âmbito dos *municípios* (lembrando-se de que, pela natureza *residual* da competência dos estados, ela será deixada em último lugar). Como enuncia o art. 30, V, da Constituição Federal de 1988:

Art. 30. Compete aos Municípios:

[...]

V – organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

O art. 30 reproduz a quase integralidade do comando do art. 175 da CR, indicando que os serviços públicos (de *interesse local*): ou devem ser prestados pelo Poder Público (no caso, os municípios), ou seriam delegados a terceiros mediante concessão ou permissão. Faz sentido, é claro, a alusão aos serviços de interesse local naquele artigo, o que se vincula a um aspecto geográfico. É o que aconteceria, por exemplo, na prestação dos serviços de transporte coletivo circunscritos dentro da própria municipalidade.²⁰⁴

Detectam-se, de toda a forma, duas dissemelhanças na redação do dispositivo *vis-à-vis* o art. 21, XI e XII, da Constituição – que merecem comentário. No art. 21, não se fazia menção explícita ao termo *serviço público* (o que se dá no art. 30, V); mas, em contrapartida, no art. 21, aduzia-se, dentre as opções regulatórias disponíveis para as atividades lá listadas, à figura das *autorizações* (o que não se repete naquele outro). E nada, entretanto, poderia ser mais lógico: como já foi examinado, o art. 21, de fato, não enumerou as atividades econômicas que refletiriam, necessariamente, os *serviços públicos* da União. Ele indicou, isso sim, aquelas atividades que, a depender do caso, poderiam se submeter ao regime dos

²⁰⁴ Evidentemente, não se negam os desafios que podem decorrer da expressão “interesse local”. Isso já foi mencionado no subtópico 3.1, quando se tratou do problema, por exemplo, dos serviços de saneamento. Seja como for, sem adentrar nas peculiaridades desse ou daquele serviço, e apenas para se prosseguir no raciocínio proposto neste subtópico, considera-se *local* o serviço cuja abrangência esteja circunscrita às fronteiras do município correspondente. Sob essa perspectiva, toma-se de empréstimo o critério da “extensão territorial dos interesses”, assim explicada por Carvalho Filho (2010, p. 357): “tratando-se de serviço que abranja toda a extensão territorial do país, deverá ele ser prestado pela União. Se abranger todo o Estado, ultrapassando, pois, os limites municipais, deve ser prestado por aquele. E aos Municípios caberá prestar aqueles que sejam de interesse local e, portanto, dentro dos seus limites territoriais”.

serviços públicos. Quando isso não acontecesse, afastar-se-ia a mecânica da *publicatio*, e a iniciativa privada poderia se engajar na exploração do serviço pelo caminho meramente autorizativo. Quanto ao art. 30, por seu turno, o dispositivo referiu-se explicitamente à figura dos *serviços públicos*, pressupondo, portanto, atividades que não estariam sujeitas à competitividade. E, para elas, não haveria, mesmo, de se considerar o emprego das autorizações, afinal, sendo serviços de tal natureza, a sua detença é do Poder Público, consoante toda a construção explicitada até aqui.

É dizer: o art. 30, ao tratar de forma deliberada de *serviços públicos*, replica a sistemática do art. 175 da CR, e isso porque – volta-se a dizer – os serviços públicos (pelas questões envolvendo o déficit concorrencial e as falhas de mercado) não seriam, mesmo, passíveis de autorização. Foi, a propósito, inteligente a opção do constituinte em não deduzir (como fizeram os incisos XI e XII do art. 21 da Constituição) a lista de atividades de competência municipal, dado que, se assim tivesse feito, partiria da pressuposição temerária de que tais ou quais atividades fossem infensas à competição (e, pois, encapsuladas de imediato pela *publicatio*) – com grande risco de engessar a disciplina da sua oferta para a coletividade. Restará ao legislador ordinário, sob esse panorama, apontar os *serviços públicos* detidos pelos municípios, embora dele seja exigível que se certifique, em todo o caso, que a atividade correspondente seja submetida ao *teste de competitividade*. Se se estiver diante de um monopólio natural ou um *public good*, por exemplo, nos quais a natureza do empreendimento afaste a competição *no* mercado, será constitucionalmente aceitável que o serviço passe a ser controlado pela técnica regulatória do art. 175, autorizando-se a sua rotulação como um serviço público²⁰⁵ (e a sua administração pelo esquema da licitação/concessão). Do contrário, o legislador municipal estará edificando arbitrariamente um monopólio jurídico, que confronta, entre todos, o valor constitucional da livre iniciativa.

²⁰⁵ Atividades como abatedouros públicos e serviços funerários, em virtude disso, não poderiam ser tachadas de serviços públicos *ex ante*. Seria imperiosa a análise do caso concreto para se fazer com que um município as afastasse da livre iniciativa e as rotulasse como um serviço de tal tipo. Sem dúvida, a depender do tamanho da municipalidade e da organização do mercado local, poderia ser realmente justificável a opção pela *publicatio*. Do contrário, o município poderia lançar mão de outras opções regulatórias, como a autorização para que agentes do mercado explorassem as atividades – não se sustentando, porém, a apartação dos agentes do mercado por mera discricionariedade do legislador local (sob pena, como já se sabe, de infringência ao princípio constitucional da livre iniciativa).

Uma breve observação, apenas, merece ser feita quanto ao *transporte coletivo*, citado nominalmente no art. 30, V, da CR. Ao que se entende, a menção a essa atividade não deveria significar que o constituinte tivesse pretendido gravar, sobre ela, o caractere inequívoco de um serviço público – independentemente das circunstâncias. A melhor interpretação, ao que se julga, deveria levar ao raciocínio de que: quando a exploração do transporte coletivo estivesse, também ela, propensa a falhas de mercado que suscitassem o recurso à *publicatio*, daí sim ela seguiria a técnica do serviço público (com a titularização exclusiva pelo município). É que o inciso V do art. 30 não se refere a *toda a atividade* de transporte coletivo, mas, precisamente, ao *serviço público* de transporte coletivo, dando a crer, para tanto, que já teria considerado as condições especiais necessárias à sua qualificação como tal. Reitere-se que o dispositivo em comento se atém às locuções *serviços públicos, concessão e permissão*. Poderia, é claro, haver situações em que o transporte coletivo não reunisse os ingredientes para a titularização municipal (quando ele estaria sujeito a outras fórmulas de regulação). O art. 30, porém, não tratou de inseri-las na mesma situação.²⁰⁶

Vencidos esses pontos, siga-se para a análise das competências dos estados-membro, relativamente ao que seriam os seus serviços públicos. O art. 25 da Constituição Federal de 1988 – já se pôde comentar – consagra o aspecto residual das competências dos estados, daí porque é preciso, por essa razão, identificar o espectro de atribuições dos demais entes (União e municípios) para então se chegar ao que restaria para os primeiros. Sem embargo, à exceção dos serviços de gás canalizado, não há qualquer outra menção a serviços titularizados pelos estados no texto do art. 25. Logo, um primeiro – e talvez mais importante – recorte a se fazer, diante desse panorama, é atentar-se para o critério geográfico, de maneira que as atividades econômicas cuja abrangência excedesse as fronteiras de municípios dentro de um mesmo estado seriam consideradas como se serviços públicos seus fossem.²⁰⁷

²⁰⁶ Paralelamente, ainda quanto à parte final do inciso V do art. 30, extrai-se uma preocupação específica do constituinte ao redigir a norma, a qual poderia justificar, igualmente, a referência manifesta ao transporte coletivo. O constituinte cuidou de indicar que tais serviços teriam caráter essencial – o que permitiria atrair, para eles, algumas salvaguardas, como a tutela do exercício de greve e a garantia da continuidade da atividade, sob a ótica dos respectivos consumidores. Confira-se, nesse sentido, o art. 9º da Lei Federal nº 7.783, de 28 de junho de 1989 (Lei de Greve), e o art. 22 da Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).

²⁰⁷ Seria o caso dos serviços de transporte coletivo intermunicipal ou metropolitano.

A partir de então, bastaria que se replicassem as reflexões sobre as possíveis falhas de mercado e sua dimensão, para se descortinarem as situações que validariam a incidência do regime da *publicatio* para as atividades econômicas controláveis mediante a titularidade estadual. Ao legislador infraconstitucional, uma vez mais, caberia a tarefa de inventariar tais atividades, atentando-se para o teste de competitividade. Encontrando-se serviços públicos, eles ficariam alijados do mercado, e sua exploração por terceiros passaria a ser operada via concessão ou permissão, sempre, através da licitação – seguindo-se os parâmetros-chave do art. 175 da Carta Magna de 1988. Se não, as atividades econômicas existentes remanesceriam acessíveis ao mercado, sofrendo delimitações por outras formas de controle estatal – como pela mecânica das autorizações.

Sob essa perspectiva, é inevitável discordar-se de Ferraz e Saad (2018, pp. 56-59), que, sobre o tema, defendem inexistir, no “complexo arranjo normativo que condiciona o exercício da capacidade de auto-organização dos Estados-membros”, quaisquer regras ou princípios atinentes às condições de prestação dos serviços públicos estaduais. Para os autores, ao estado seria permitida a “discricionariedade legislativa e administrativa para adotar, entre as modalidades em Direito admitidas, aquelas formas de outorga que julgar mais convenientes ou oportunas para a prestação indireta dos serviços públicos que titulariza”, dentre as quais “a figura da autorização como modalidade de outorga de serviços públicos”.

Ao contrário do que advogam esses doutrinadores, tem-se que a Constituição da República instituiu, sim, uma delimitação normativa para a questão dos serviços públicos e o seu regime de exploração indireta. É o que consta, em *ultima ratio*, do art. 175 da CR, que (como mostrado) prescreve: em sendo *serviços públicos*, eles são titularizados pelo Poder Público, porquanto a sua exploração por particulares só se admite mediante a concessão ou a permissão. Deveras, não é válido entender as autorizações como modalidades de *delegação*, tampouco que elas fossem amoldáveis aos serviços públicos. Na verdade, elas teriam vez para aquelas outras atividades econômicas, em face das quais o Estado (em quaisquer dos níveis federativos) não seria o dono.

Do mesmo modo, é necessário divergir de Freire (2014, p. 397) – embora menos pela conclusão, do que pelos fundamentos utilizados – no tocante às seguintes passagens:

Outro requisito importante consiste nos serviços públicos passíveis de autorização. A regra geral na matéria é que para a delegação a particulares sejam utilizadas a concessão e a permissão, conforme prevê o art. 175 da CF. Se um Estado pretender delegar algum serviço público de sua titularidade (exemplo: transporte intermunicipal de passageiros) por meio de autorização, ele não poderá.

Quanto a esse primeiro trecho, há pleno alinhamento com a visão sustentada na presente tese, relativamente à impossibilidade da autorização para os serviços públicos (de titularidade estadual, sempre). O problema, apesar disso, emerge do comentário subsequente, em que o autor arremata (FREIRE, 2014, p. 397):

Isso porque a autorização de serviços públicos está admitida apenas para os serviços previstos no art. 21, XI e XII, da CF, todos de titularidade da União. Do contrário, se fosse possível a entes políticos diversos da União delegar serviço público por meio de autorização, tal instituto estaria previsto no art. 175 da Lei Maior.

Há, como se observa, uma inválida pressuposição do jurista no que toca às atividades enumeradas no art. 21 da CR. Elas não são serviços públicos e não são titularizadas, *prima facie*, pela União. Quando elas detivessem natureza de serviço público, aí sim, aplicar-se-ia o regime do art. 175 (adotando-se as concessões e as permissões para o acesso de terceiros à atividade). Quando não, porém, seria o caso de se empregar a autorização como a estratégia regulatória prevalecente – o que não faz desse instituto, todavia, uma dentre as modalidades de delegação de serviço público.

Antes de encerrar o exame dos serviços públicos estaduais, é útil deixar claro, a esta altura, que: a) esses serviços seriam nominados por lei (dado que a Constituição Federal não declinou as atividades assim qualificadas), observando-se, por óbvio, o recorte geográfico de nível regional; b) a existência desses serviços continuaria estando condicionada à detecção de elementos que fizessem com que a sua exploração no ambiente livre do mercado não fosse adequada para garantir a sua oferta à coletividade (dadas as possíveis distorções encontráveis caso a caso); c) tratando-se, de fato, de um serviço público de competência estadual, sua execução por terceiros se viabilizaria por um contrato de concessão ou permissão, antecedido da indispensável licitação (*ex vi* do art. 175 da CR); e, por fim, d) as autorizações também seriam fórmulas regulatórias empregáveis pelos estados, na disciplina das demais atividades econômicas que se mostrassem infensas ao

regime da *publicatio*, sob o contexto da capacidade ordenadora que os estados igualmente teriam.²⁰⁸

Faça-se, por derradeiro, uma anotação especial sobre o art. 25, § 2º, da Constituição da República, o qual (ainda sobre as atribuições dos estados) aludiu aos *serviços locais de gás canalizado*. Quanto a esses serviços, cabe averiguar se seriam, ou não, serviços públicos (haja vista, é claro, os contornos delineados no presente trabalho).

De fato, verifica-se uma singularidade na redação do art. 25 da CR, no que diz respeito aos tais serviços de gás canalizado. O que chama a atenção, quanto ao tema, é que o dispositivo não trouxe qualquer referência ao termo “serviço público”, ao contrário do que se dá, por exemplo, no inciso V do art. 30 (na indicação sobre o transporte coletivo). Relembre-se do que dispõe o texto da norma:

§ 2º Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.

Em princípio: inexistindo o qualificativo *serviços públicos*, poder-se-ia compreender que o constituinte teria utilizado, para o gás canalizado, a mesma lógica do art. 21, XI e XII, da CR, de maneira que cada circunstância concreta é que permitiria dizer se seria, ou não, aplicável o regime do art. 175 da CR. Quando não, a atividade restaria aberta à exploração econômica da livre iniciativa, cabendo ao Poder Público, a partir daí, balizar os seus contornos por via de estratégias regulatórias menos contundentes que a *publicatio* (como é o caso das autorizações), dando azo à coexistência de assimetrias regulatórias para a exploração do empreendimento. Ocorre, porém, que no § 2º do art. 25 da CR também não se indica expressamente o recurso à *autorização* como uma medida viável para a exploração do gás canalizado. Pelo contrário, a redação do dispositivo é diferente e mais restritiva que a dos demais até aqui analisados – ele só admite

²⁰⁸ Vale ressaltar, a respeito da legitimidade de estados e, também, de municípios de se socorrem ao modelo autorizativo para a disciplina das atividades econômicas desempenhadas nos respectivos territórios, a máxima assinalada por Aragão (2008, p. 191), segundo a qual: “toda atividade privada é de alguma forma regulamentada”. Decerto, trata-se da função ordenadora do Estado, que deita raízes no próprio art. 174 da Carta Magna, que prescreve: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

a hipótese de exploração indireta por *concessão*. Como, em vista disso, interpretar o conteúdo do preceito em destaque?

Para alguns autores, o detalhe redacional não representaria uma significação extraordinária. Logo, os serviços locais de gás canalizados seriam, para todos os efeitos, *serviços públicos*. Binenbojm (2006, p. 8) segue essa linha de pensamento, e assinala que o art. 25, § 2º, da Lei Maior teria feito uma opção clara ao dar a tais serviços o caráter de um serviço público, atribuindo aos estados a competência para a sua exploração direta, ou o seu controle mediante concessão. Esclarece o autor:

*“a referência à concessão remete o intérprete ao art. 175 do texto constitucional, no qual se encontra a concessão como uma das modalidades possíveis de prestação dos serviços públicos. Daí que os serviços locais de gás canalizado são no Brasil, por opção constitucional, serviços públicos”.*²⁰⁹

Todavia, ao que se entende, a Constituição teria pretendido confiar um tratamento diferenciado aos serviços de gás dos estados – nem alocando-os como *serviços públicos*, nem como atividades livres aos particulares. De novo: a ausência, tanto da expressão *serviço público* (art. 30, V), quanto do termo *autorização* (art. 21, XI e XII), faz com que a norma não deixe espaço para o teste de competitividade ou para a ponderação entre a substituição da competição *no* mercado pela competição *pelo* mercado. Reitere-se: segundo o art. 25, § 2º, da CR, o serviço do gás canalizado (que não é referenciado como serviço público) ou é prestado pelo estado, ou o é mediante concessão (não se prevendo, para eles, a autorização). Isso significa: pouco importaria, a princípio, se haveria de fato uma falha de mercado, ou se agentes privados pudessem se coordenar adequadamente para oferecê-los. As opções, para o caso, são binárias.

Por essa razão, e para se manter a coerência do raciocínio empregado até aqui, é imperioso concluir que o serviço listado no art. 25, § 2º, da Carta Magna traduz uma espécie de *monopólio jurídico*. Trata-se, em última instância, de uma atividade que, por força constitucional, acabou se preservando sob o domínio estatal, independentemente da análise casuística sobre a sua natureza ou sobre o alcance concorrencial a que pudesse se submeter. Estar-se-ia, aqui, diante de um

²⁰⁹ Com a mesma visão, isto é, de que os serviços do art. 25, § 2º, da CR, seriam serviços públicos, conferir Souto (2006, p. 198).

serviço público consoante o entendia a doutrina jurídica tradicional (uma “reserva compulsória e originária da atividade a um prestador” (SCHIRATO, 2016, p. 39)) – o que significa não se admitir a sua exploração *livre* pelo mercado, ainda quando as circunstâncias, eventualmente, indicassem essa viabilidade.²¹⁰

E, com efeito, talvez nem pudesse ser diferente para a atividade de exploração do gás canalizado, já que pendem, sobre ela, alguns elementos muito peculiares. O primeiro deles seria que a atividade emitiria, de fato, sinais de se tratar, intrinsecamente, de um monopólio natural. Harian (1999, p. 447), por exemplo, ao ilustrar o seu entendimento sobre os monopólios desse tipo, cita o exemplo da distribuição de gás, cujos investimentos demandam “custos fixos muito grandes – criação e manutenção de canalização para gás – e um custo marginal muito baixo para ofertar unidades extras de gás”. E, por essa razão, Binbenbojm (2017, p. 1273) conclui que esse aspecto (o monopólio natural) seria uma das “justificativas relevantes para atribuir, aos Estados da Federação, a titularidade da exploração (direta ou por intermédio de suas concessionárias) dos serviços públicos de gás canalizado”.

O segundo elemento, por sua vez, residiria no quesito segurança de rede – a alimentar o receio do Poder Público de franquear a exploração econômica da atividade no seio empreendedor da sociedade. Sobre o ponto, Marques Neto (2001, p. 151) ressalta: “o segmento de gás tem uma peculiaridade. A questão da segurança no uso das redes assume caráter de suma importância. Mesmo porque, bem sabe o Conselheiro Acácio, gás explode”. Igualmente, ainda cabe lembrar que as redes de gás penetram terrenos de terceiros, rodovias e outras áreas urbanizadas com múltiplas interferências (MARQUES NETO, 2001, p. 151), cuja ordenação dificilmente se arranjará sem a intervenção do Poder Público.

Por fim, é inevitável perceber um paralelo quanto ao que consta do art. 25, § 2º, com o que prevê o art. 177, IV, da Constituição da República. Sem adentrar nos meandros que diferenciariam tecnicamente o transporte de gás indicado nesse último dispositivo, tem-se (até porque assim está explícito no *caput*) que as

²¹⁰ Haveria a esse respeito, e ainda consoante Schirato (2012, p. 201), uma confusão entre *monopólios estatais* e *serviços públicos*. Frise-se, para todos os fins, que o autor entende equivocada essa forma de lidar com os conceitos. Ele afirma: “parece-nos, com certeza, fora de propósito equiparar ou mesmo comparar serviços públicos a monopólios estatais”.

atividades arroladas no art. 177 refletem monopólios da União. Observe-se o que diz o artigo:

Art. 177. Constituem monopólio da União:

[...]

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

Pois sim, como ocorre no art. 177 da Constituição Federal, podem-se compreender os serviços locais de gás canalizado do art. 25, § 1º, como monopólios dos estados.²¹¹ Para eles, subsistiria o “afastamento *a priori* e imanente da concorrência e da livre iniciativa (SCHIRATO, 2012, p. 200), de maneira que tais atividades constituiriam uma hipótese de reserva de mercado em favor do Estado, com explícita previsão constitucional.²¹²

Perceba-se que essa constatação não desfigura a tese aqui compartilhada, de que há um regime para os serviços públicos erigido pela Lei Maior, o qual está centrado na assunção de atividades pelo Poder Público, mas que admite, no entanto, a ponderação caso a caso, da aplicabilidade da livre concorrência. Aliás, é justamente para se preservar a leitura consistente dos dispositivos constitucionais que versam sobre assunto que, efetivamente, não se pode aceitar que o art. 25, § 2º, da CR, abarcaria um *serviço público* enquadrável nos parâmetros do já citado art. 175. Os estados, sem dúvida, têm serviços públicos de sua competência. Mas cabe ao legislador, ante a ausência de um elenco declarado na Constituição da República, e conforme as condições demonstradas até então, elegê-los. Não foi o caso do § 2º do art. 25.

Por tudo quanto foi possível avaliar neste subtópico, chega-se a que existem, sim, atividades econômicas nominadas na Constituição Federal de 1988, mas que não podem ser taxadas, *ex ante*, de serviços públicos. Essa constatação

²¹¹ Sobre o caráter monopólico do transporte de gás aludido no inciso IV do art. 177, Pombo e Feijó (2019, pp. 360-361) também se posicionam no seguinte sentido: “o transporte de gás não é considerado serviço público, mas atividade econômica em sentido estrito monopolizada pela União. Isso é extraível tanto da Constituição Federal (art. 177, inc. IV) quando da Lei do Gás, que em nenhum momento qualifica o transporte de gás como serviço público, tratando-o como ‘atividade’”. No mesmo sentido, GARCIA (2019, p. 204).

²¹² Seguindo a literalidade do que consta do art. 25, § 2º, da Constituição Federal, e em respeito, portanto, à “partitura constitucional”, Aragão (2008, p. 237) não admite, também, a discricionariedade do legislador ordinário para atribuir, sobre os serviços locais de gás canalizado, o modelo das autorizações.

vale para os serviços contemplados na enumeração do art. 21, XI e XII,²¹³ e vale, ainda, para o serviço de transporte coletivo urbano indicado no art. 30, V. O fator determinante do deslocamento dessas atividades para os quadrantes do art. 175 da Carta Magna, ou a sua abertura para a exploração livre por terceiros, estará na verificação, em cada caso, da existência de alguma falha de mercado e, pois, da insuficiência das relações mercadológicas para a garantia da oferta dos serviços para a coletividade. Onde a competição *no* mercado revelar-se factível, não cabe substituí-la pela estratégia da *publicatio*, e o Poder Público poderá, diante disso, lançar mão de estratégias regulatórias que não impliquem a sua assunção, como dono, da atividade – é quando se dá ensejo ao emprego das autorizações.

Adicionalmente, chega-se também a que o legislador infraconstitucional de cada ente federativo pode, observado o teste de competitividade e as limitações geográficas do seu poderio, eleger outras atividades como serviços públicos, vindo a alijá-las da livre iniciativa. Desse modo, funerárias, matadouros e até restaurantes podem, sim, compor o elenco de serviços sujeitos ao regime da *publicatio*, embora seja sempre possível a validação do eventual acerto dessa estratégia como o meio mais apropriado de se garantir a oferta de utilidades e de bens para a sociedade – e, pois, confrontar-se a sua constitucionalidade.

6.3. Questão fundamental III: como, afinal, compatibilizar o regime das autorizações com o texto constitucional?

Perpassadas todas as manifestações antecedentes, fica bem menos difícil divisar o conteúdo das autorizações aludidas na Constituição de 1988 e a sua relação para com as atividades que, a depender das condições de contorno, não seriam qualificáveis como serviços públicos. Viu-se, nesse sentido, que às autorizações não é relegado um papel secundário em face dos serviços declinados, por exemplo, no art. 21, XI e XII, da CR – como se elas somente pudessem ocorrer

²¹³ Transcreva-se, em reforço a essa afirmativa, a passagem de Binenbojm (2017, p. 1278): “Não há dúvidas, portanto, de que a prestação dos serviços elencados nos incisos XI e XII do art. 21 da Constituição possa se dar por meio do regime de autorização. Trata-se de medida expressamente prevista na Carta Magna, aceita pelo STF e até mesmo corriqueira na realidade regulatória brasileira. A interpretação que retira do legislador ordinário o poder de definir o nível de intensidade da presença estatal em determinada atividade tende a ser incongruente e fundacionalista, pois pressupõe uma definição anacrônica de serviço público e um indesejável engessamento das formas e da intensidade da intervenção estatal na economia”.

em situações emergenciais ou transitórias, ou quando predominante um suposto interesse *privado* na exploração de referidas atividades.²¹⁴ Decerto, nem a Constituição corrobora tal enquadramento,²¹⁵ tampouco reforça o imaginário de que as autorizações teriam como traço imanente a *unilateralidade* e a *discricionariedade*,²¹⁶ funcionando como simples chancela burocrática à exploração de um dado empreendimento por um particular.

Como se deseja demonstrar, e tal como ocorre com a *publicatio*, as autorizações traduziriam, também elas, uma *estratégia regulatória* destinada a coordenar a atividade econômica e, com isso, contribuir para a preservação de valores constitucionais – por meio da garantia da oferta de bens e utilidades de interesse da coletividade, sua adequação e sua universalidade. Vale frisar, porém, que o campo de incidência desse instituto é diferente: as autorizações estariam voltadas para atividades *abertas* ao mercado²¹⁷ (não abrangeriam, pois, serviços públicos);²¹⁸ e admitiriam, outrossim, múltiplas conformações.²¹⁹

Sem embargo, ao se visualizarem as autorizações como *estratégia regulatória*, admite-se que elas orbitariam o campo mais abrangente da polícia administrativa ou, na conceituação de Sundfeld (2003, p. 26) – e sob uma perspectiva ainda mais ampla – da “administração ordenadora”. Como *técnica da*

²¹⁴ Relembre, a respeito, Bandeira de Mello (2009, pp. 287-288).

²¹⁵ É muito oportuna, para fins deste subtópico, a observação de Aranha (2013, p. 51), para quem a Constituição “não esgota o sentido, nem limita, de forma apriorística e precisa, a autorização”.

²¹⁶ A unilateralidade, a precariedade e a discricionariedade são aspectos reforçados pela lição clássica de Meirelles (2010, p. 430), relativamente aos “serviços autorizados”.

²¹⁷ Para Binenbojm (2017, p. 1284), a ideia de autorização envolve justamente um nicho de mercado aberto à competição. Na mesma direção, Schirato (2012, p. 311) argumenta que a autorização reflete uma “hipótese fora do regime do serviço público”, e complementa que se trata de mecanismo pelo qual “o ingresso do agente no mercado depende de uma prévia aprovação estatal, sem a qual o exercício da atividade econômica não é lícito”.

²¹⁸ É curiosa a posição de Ferraz e Saad (2018, 51) sobre a relação entre *autorizações* e *serviços públicos*, que se opõe à presente tese. Aduzem os autores: “A interpretação literal do artigo transcrito [...] leva à compreensão inicial de que a prestação de serviços públicos, quando realizada de forma delegada, somente poderá ser realizada sob a figura da concessão ou da permissão – em ambos os casos mediante licitação. A compatibilização do mandamento contido no art. 175 com os demais dispositivos constitucionais que preveem a modalidade de autorização pode levar a duas conclusões, ambas erradas: (i) a de que a figura da autorização ficaria reservada às atividades que não configurassem serviço público; e (ii) a de que para os serviços não referidos na Constituição Federal como passíveis de delegação mediante autorização só restaria o caminho da concessão ou permissão, vedando-se, implicitamente, a utilização da autorização”. Ora, tendo-se mostrado, aqui, a pertinência de se adotar uma visão segundo a qual os serviços públicos refletiriam atividades que, pela sua natureza, não estariam abertas à livre iniciativa, as duas conclusões censuradas pelos autores citados não poderiam parecer mais corretas.

²¹⁹ Veja-se, nessa linha, a anotação de Carvalho (2020, p. 543): “a autorização administrativa é um instituto jurídico que pode ser modulado por diferentes vieses, a depender da finalidade a que se destine. É possível vincular à obtenção de uma autorização desde a utilização de um bem público até a prestação de atividades econômicas”.

administração ordenadora que seriam, as autorizações interfeririam no acervo jurídico dos particulares, promovendo a compressão ou descompressão de direitos, e sempre com vistas a garantir o atingimento dos valores sedimentados na Lei Maior. Para esse fim, aliás, dado que não há fórmula matemática empregável a todas as situações, o uso das autorizações se vinculará aos ingredientes do caso concreto, tendo por base as condições de contorno cravadas na legislação infraconstitucional. Assim, suplantando-se as preconcepções teóricas envolvendo aspectos como a unilateralidade, a discricionariedade e a precariedade,²²⁰ há de se supor uma feição plástica para as autorizações, no intuito de se compreender (ao menos no que toca à ordem econômica) a sua funcionalidade a partir do texto constitucional.

Sob esse panorama, é precisa a reflexão de Schirato (2012, p. 311-312), que bem explica os desafios doutrinários impostos atualmente à delimitação do instituto. Segundo o autor, ao prever o emprego das autorizações para atividades tradicionalmente reconhecidas como serviços públicos (art. 21, XI e XII), a Constituição de 1988 acabou por ter colocado em xeque categorizações há tempos demarcadas no Direito Administrativo brasileiro, “como o caráter precário, unilateral e discricionário”, assim como a “distinção entre licença e autorização, sua prestabilidade para a delegação de serviços públicos entre outros”. Tais conceitos teriam sido moldados no passado pela doutrina, sem qualquer base no direito positivo, e não mais guardariam aderência com o mundo dos fatos. Por exemplo: os incisos do art. 21 preveriam atividades cujo exercício demandariam altas montas de investimento, as quais não poderiam, entretanto, “ficar sujeitas às intempéries da administração pública na avaliação da existência de conveniência e oportunidade de manutenção do ato” (SCHIRATO (2012, p. 313). Para o autor, assim, os doutrinadores teriam tentado, em face do novo regime constitucional, adaptar o texto da Carta Magna a formulações anteriormente existentes, ao invés de procurar “entender os novos contornos do instituto da autorização”.

²²⁰ Ferraz e Saad (2018, p. 42) bem sintetizam os componentes do conceito de autorização prevalecente na doutrina brasileira: 1) trata-se de instrumento precário; 2) que tem caráter discricionário; 3) refere-se a atividades econômicas privadas ou ao uso de bens públicos; 4) corresponde à retirada de um obstáculo para o exercício de direitos titularizados pelo particular; e 5) não gera expectativa de ressarcimento por prejuízos decorrentes da atuação estatal sobre as atividades autorizadas.

Também a corroborar o distanciamento entre as abstrações teóricas clássicas e a realidade *multifacetada* das autorizações, Freitas (2016, p. 58-61) comenta as novas condições em que esse instituto se manifestaria, na prática, nos setores de energia elétrica, telecomunicações, portos e petróleo. Para o primeiro caso – o do setor elétrico – a autora chama a atenção para a estipulação de *prazo determinado*²²¹ para as autorizações, assim como a reversibilidade das instalações utilizadas pelos autorizatários para a União, com direito à prévia indenização do particular (a confrontar o quesito tradicional da *precariedade*). No âmbito das telecomunicações, por sua vez, verifica-se a *natureza vinculada*²²² dos atos outorgados pela Agência Nacional de Telecomunicações (art. 131, § 1º, da Lei Federal nº 9.472/1997) e a impossibilidade de revogação discricionária do ato autorizativo. Nos portos, sobressai o *vínculo duradouro* estabelecido entre autorizatários e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ para a exploração dos terminais de uso privado (25 anos, prorrogáveis, conforme o § 2º do art. 8º da Lei Federal nº 12.815/2013), fenômeno que se repete no mercado de petróleo, no qual as autorizações para as atividades econômicas da indústria de biocombustíveis devem ser atribuídas conforme *prazo regulamentar* (art. 68-A, § 4º da Lei Federal nº 9.478, de 6 de agosto de 1997).²²³

A partir dessas indicações, vai se cristalizando a imagem de que a *autorização* prevista na Constituição da República insere-se dentro de uma fronteira regulatória mais estendida, no sentido de permitir a coordenação dos agentes econômicos engajados em atividades do mercado através de múltiplas modelagens. Fica insustentável segregar, sob esse ângulo, a figura das autorizações da figura das licenças, seguindo-se os critérios binários erigidos pelos autores brasileiros clássico, e acreditar, em virtude disso, que ações lastreadas em aspectos *vinculados* (reconhecidos, por exemplo, nas licenças) não se aplicariam também sobre os serviços indicados no art. 21 da CR, ou sobre outras atividades econômicas performadas nas áreas de competência dos demais entes federados (estados e municípios).

Aliás, é importante evidenciar que, mesmo sem suprimir uma dada atividade da livre iniciativa, a regulação estatal via autorizações ainda permite que

²²¹ Esse atributo contradiz-se ao elemento precário típico das autorizações.

²²² Confronta-se, com isso, a ideia de que as autorizações seriam discricionárias.

²²³ Mais uma vez, põe-se em xeque a questão atinente à precariedade do instituto.

se busquem objetivos muito próximos aos que embasariam a adoção da *publicatio* e do regime dos serviços públicos. Isto é: as autorizações podem ser usadas para estabelecer a equalização e para promover ótimos para a atuação dos agentes do mercado (evitando, *v. g.*, a formação de distorções que pudessem interferir no seu funcionamento – como a concentração de poder econômico nas mãos de um só agente); e podem, outrossim, garantir a aderência da exploração privada da atividade econômica a preceitos vinculados às ditas *Leis de Rolland* (como é o caso da universalidade, da igualdade de tratamento entre os usuários dos serviços etc.).

A fim de explicar esse ponto, é, preliminarmente, útil esclarecer que, a despeito de a Constituição de 1988 celebrar um sistema econômico capitalista, isso não implicaria, como adverte Moreira (2006, p. 106), a compreensão de um capitalismo liberal “puro”, conformado segundo uma escola liberal clássica ou neoclássica, tampouco neoliberal. Como reforça o autor, a essência do texto constitucional é a de “um Estado Democrático Social de Direito – celebrador de deveres de implementação e compreensão de uma Constituição Econômica voltada à celebração da dignidade da pessoa humana; da justiça social e do pleno emprego” (MOREIRA, 2006, p. 106). Isso significa que o constituinte teria sido sensível à percepção de que uma economia pura, totalmente independente do âmbito jurídico-político seria uma ilusão, e que a concorrência, “entregue aos comportamentos estratégicos das empresas, tende a resultar na concentração, na aliança, no acordo, no oligopólio, inclusive monopólio, assim que se estabelecem custos fixos, rendimentos crescentes, efeitos de rede e de reputação” (BOYER, 2009, pp. 48-49). Por isso mesmo, imprescindível a interação entre esfera econômica e esfera jurídico-política, a resultar na criação de distintos *modos de regulação* (BOYER, 2009, p. 48).

As autorizações, diante desse cenário, afloram como um *modo de regulação*, aplicável sobre atividades *transitáveis* no mercado, e que pode, ainda, criar condicionantes à atuação dos agentes, modulando incentivos e estímulos para o alcance de valores consagrados juridicamente – a exemplo da (já mencionada) universalização dos serviços (COUTINHO, 2014, p. 147).²²⁴ O *atributo regulatório*

²²⁴ É útil transcrever as reflexões de Coutinho (2014, p. 147) a respeito: “pode-se imaginar como recomendação a adoção de regras de regulação que, sempre que possível, condicionem algo de interesse do agente regulado a uma ação ou investimento em favor da equidade. A premissa subjacente é a seguinte: se o objetivo final de lucro for forte o suficiente para justificar a exploração

das autorizações é, assim, muito bem ressaltado por Aragão (2008, p. 213), para quem tal figura não se limitaria ao “simples controle negativo de direitos”, passando a “orientar e conformar positivamente a atividade autorizada”.²²⁵ Confira-se, especialmente, o seguinte comentário do autor (ARAGÃO, 2008, p. 208):

É certo que, exercendo uma atividade com fortes liames com as necessidades da coletividade, e já estando ultrapassada a visão oitocentista de poder de polícia, pode o Estado fazer com que a empresa contribua para o atendimento do interesse público setorialmente definido, indo além da mera fixação de obrigações negativas de não ferir o interesse público geral.

Nesses termos, seriam observáveis distintas possibilidades pelas quais as autorizações conduziram, na prática, à materialização dos objetivos divisados (seja ajudando a eliminar distorções remanescentes no mercado, seja sedimentando prescrições da *Lei de Rolland*), bastando, aliás, avaliar o que a legislação infraconstitucional já prescreve atualmente. De fato, embora a exploração de atividades econômicas não caracterizadoras de serviços públicos não dependessem da regra da licitação prévia e a celebração de um contrato subsequente, não se pode dizer que a outorga das autorizações correspondentes ocorresse de maneira mecanizada e automática, à revelia das circunstâncias específicas do setor – e mais, sem que se sopesassem os efeitos que o ingresso de novos entrantes em um mercado eventualmente pudesse ocasionar. Por isso, é comum (e até desejável) que remanesça certa margem jurídica para a avaliação, pelo Poder Público, da conveniência e da oportunidade de se autorizar que um agente privado qualquer empreenda uma dada atividade econômica no País.

Para melhor ilustrar essa perspectiva, tome-se o exemplo do setor de infraestrutura, que demanda investimentos de grande monta e conta com a dispersão geográfica de usuários com distintos perfis socioeconômicos.

de determinada oportunidade em um mercado associado à essencialidade dos serviços públicos, o agente econômico será induzido a promover a equidade, inserida por um regulador ativo, como condicionante – uma espécie de ‘pedágio’ – para o lucro. Para o regulador, porém, não se tratará de um objetivo intermediário e sim do objetivo final da regulação da universalização. Dito de outro modo, uma ‘regulação inteligente’ seria aquela que conseguisse maximizar a equidade de forma mais eficaz e com menos ineficiências possíveis”.

²²⁵ Nesse sentido, o autor distingue a “autorização por operação” da “autorização operativa” ou “por funcionamento”. Essa última consolidaria uma relação jurídica de múltiplos controles de trato sucessivo e de caráter permanente ao particular, sustentando-se na máxima de que “não há direito ou liberdade individual que seja absoluto”, todos eles estando sujeitos a limitações, inclusive às limitações administrativas (ARAGÃO, 2008, p. 202).

Considerada uma atividade nesse setor que não evidenciasse, *prima facie*, um monopólio natural, é possível que o mercado suportasse, ainda assim, um número máximo de competidores para ela, a partir do qual as ineficiências próprias de um monopólio daquele tipo passariam a despontar. Por exemplo: um município de grande porte poderia comportar a existência de dois aeroportos; mas, não, a construção de um terceiro. Nesse caso, as receitas totais auferíveis com a exploração dos equipamentos não compensariam os custos incorridos pelos agentes econômicos, ocasionando uma condição subótima para os envolvidos. No curto prazo, os passageiros até viriam a se beneficiar de tarifas aeroportuárias mais baratas, em razão do incremento da concorrência; mas a tendência é que elas não se sustentassem por muito tempo. Algum dos agentes privados haveria, mais cedo ou mais tarde, de sair do mercado, e o resultado líquido seria ineficiente, quer sob o ponto de vista da alocação dos recursos, quer sob o ponto de vista dos custos totais despendidos pelas partes. Ainda no âmbito dos transportes de pessoas – e tratando, agora, do modal rodoviário –, pode acontecer de o franqueamento irrestrito ao agentes privados interessados na sua exploração conduzir ao fenômeno conhecido como *cherry picking*,²²⁶ em que, *v. g.*, apenas as linhas com maior movimento atraíssem os operadores, ou apenas os horários de pico fossem cobertos pela oferta de ônibus. O corolário disso seria o prejuízo enfrentado pelos passageiros residentes em regiões mais afastadas ou, então, o déficit de viagens ofertadas em alguns intervalos do dia.²²⁷

Para todas essas ocorrências, confirma-se uma constatação importante: a de que o mero fato de se utilizar uma abordagem pró-mercado não garantirá a sua eficiência ou eficácia (VELJANOVSKI, 2012, p. 31). Ou ainda, que tais ocorrência justificam a necessidade de, em detrimento da liberalização completa, avaliar-se a pertinência de algum grau de intervenção estatal – sobretudo em serviços essenciais –, para se evitar que, alheios à própria lógica, os mercados resultem não

²²⁶ Coutinho (2014, p. 106) explica que efeito *cherry picking* ou *cream skimming* é a tendência de novos agentes econômicos passarem a competir precisamente nos mercados em que há produção de rendas excessivas e negligenciarem os mercados subsidiados.

²²⁷ Consoante aponta Binenbojm (2017, p. 1281), “nesses casos, o fato de haver uma elevada disparidade entre linhas superavitárias e deficitárias, aliado à necessidade de universalização do serviço e à perseguição de modicidade tarifária, justifica a criação de barreiras de entrada, mediante a exclusão de outros prestadores, com a criação de um modelo mais rigoroso de outorga. Em um ambiente em que se operasse a livre concorrência, os agentes tenderiam a focar nos mercados mais rentáveis (fenômeno conhecido como ‘*cherry picking*’, ou seja, realizar escolhas seletivas para operar apenas nas áreas consideradas as ‘cerejas do bolo’).”

só em ineficientes, mas também em injustos (COUTINHO, 2014, p. 139). Reforça-se, por corolário, que as autorizações poderão se sujeitar a modulações, mesmo sendo desafiador apontar o melhor caminho para a aplicação concreta desse instituto. Pode ser o caso de se lançar mão da delimitação de novos entrantes, de se realizarem chamamentos ou processos seletivos públicos junto a potenciais agentes econômicos interessados e, até mesmo, de se celebrarem contratos com os autorizatários (seriam as *autorizações contratualizadas*), para se fazer frente às vicissitudes do caso concreto. E a legislação nacional, como já adiantado, oferece amostras elucidativas de alguns desses desenhos regulatórios especiais, valendo a pena detalhá-los.

A começar-se pela Lei Federal nº 12.815/2013 e pela Lei Federal nº 10.233/2001 acima mencionadas, observa-se que ambas previram, de forma explícita, a figura da autorização para o exercício de atividades contidas no art. 21, XII, da CR – nomeadamente: os portos e o transporte terrestre coletivo interestadual de passageiros. Não há dúvidas de que, ao assim proceder, esses normativos fixaram um novo patamar regulatório para tais serviços, os quais, no passado, eram entendidos como serviços públicos e, logo, subsumíveis ao regime do art. 175 da Constituição Federal de 1988.

Ingressando, mais detalhadamente, nas disposições da Lei Federal nº 10.233/2001 e no tratamento por ela conferido aos serviços de transporte coletivo, verifica-se, de imediato, que o seu art. 43 declina diretrizes marcantes para as autorizações no setor, a saber: a) elas independem de licitação; b) elas pressupõem a liberdade de preços dos serviços, tarifas e fretes, em ambiente de livre e aberta competição; e c) elas não preveem prazo de vigência ou termo final, extinguindo-se pela sua plena eficácia, por renúncia, anulação ou cassação. Em contrapartida, tanto no art. 44 e, especialmente, no art. 47-A e no art. 47-B, aparecem sopesamentos ao tratamento originalmente mais *aberto* trazido pela lei, tendo o art. 44, III, por exemplo, sinalizado a preocupação para com a adequação das autorizações às “finalidades de atendimento ao interesse público”, assim como para com a segurança das populações e a preservação do meio ambiente. O art. 47-A, por seu turno, enfatiza a possibilidade de a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT “estabelecer condições específicas para a outorga de autorização para o serviço regular de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros”, tendo em mira “as características de cada mercado”.

E o art. 47-B, para finalizar, prescreve: “Não haverá limite para o número de autorizações para o serviço regular de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, *salvo no caso de inviabilidade operacional*”. Em arremate, o parágrafo único do mesmo artigo dispõe: “Nas hipóteses do *caput*, a ANTT poderá realizar *processo seletivo público* para outorga da autorização, observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência, na forma do regulamento”.

Ao que se extrai das disposições sublinhadas, prevalecem certas condições a serem contrabalançadas pelo Poder Público, concretamente, para operar o modelo regulatório das autorizações sobre o transporte rodoviário de passageiros interestadual e internacional. A Lei Federal nº 10.233/2001 realça que as autorizações não serão invariavelmente vinculadas e, mais, indica que o instrumento por meio do qual elas tomariam forma poderia fincar direcionamentos específicos aos autorizatários, visando a garantir o *atendimento ao interesse público*. Seria exigível, pois, a obediência, pelos particulares, a requisitos de segurança e conforto mínimos para os passageiros, o cumprimento de quadro de horários e o perfazimento de determinados itinerários etc., sendo certo que tudo estará sujeito à fiscalização pelo Estado. Aqueles que não adimplissem com tais requisitos, poderiam ter sua autorização cassada.

Quanto à Lei Federal nº 12.815/2013, por sua vez – e deixando-se claro que também ela ocasionou notável abertura sobre o mercado portuário nacional –, nota-se que o procedimento pelo qual são conferidas as autorizações para, por exemplo, os terminais de uso privado (ou TUP), está igualmente longe de ser superficial.²²⁸ De plano, nota-se no art. 8º desse diploma a menção a alguns mecanismos peculiares a serem obedecidos para o andamento do rito autorizativo por ele disciplinado. É o caso das *chamadas* ou *anúncios públicos*, do *processo seletivo público* e, ainda, dos *contratos de adesão* (previstos no § 1º). Nesse sentido, mesmo sendo lícito a um particular requerer, a qualquer tempo, a

²²⁸ A bem da verdade, o art. 8º da Lei Federal nº 12.815/2013 contemplou o uso de autorizações não apenas para terminais de uso privado (que são instalações localizadas fora da área do porto organizado), mas também para: estações de transbordo de cargas (instalações localizadas fora da área do porto organizado e utilizada exclusivamente para operação de transbordo de mercadorias em embarcações de navegação interior ou cabotagem); instalações portuárias públicas de pequeno porte (que são aquelas localizadas fora do porto organizado e utilizadas em movimentação de passageiros ou mercadorias em embarcações de navegação interior); e instalações portuárias de turismo (que são as utilizadas em embarque, desembarque e trânsito de passageiros, tripulantes e bagagens, e de insumos para o provimento e abastecimento de embarcações de turismo).

autorização para explorar as instalações portuárias do seu interesse (e esse aspecto, como se confirmará mais adiante, é bastante significativo), a sua obtenção não ocorrerá, conforme a lei, de forma imediata: a agência reguladora deverá, a partir do recebimento do pedido, veicular anúncio público para detectar outros potenciais interessados em aproveitar economicamente o empreendimento na mesma região – e com características semelhantes.²²⁹ Aliás, independentemente da provocação de um particular, ao Poder Público é facultado, em qualquer ocasião, realizar a publicação de chamamento público destinado a sondar o interesse de terceiros em uma dada instalação, tendo em mente as políticas fixadas para o setor.²³⁰ Daí em diante, a ANTAQ aferirá a *viabilidade locacional* das propostas recebidas, bem como confirmará a sua *adequação às diretrizes do planejamento e das políticas do setor portuário*.²³¹

É importante estar ciente de que, conquanto a Lei Federal nº 12.815/2013 não tenha explicitado o que significaria a *viabilidade locacional* por ela referida, o Decreto Federal nº 8.0333, de 27 de junho de 2013, vincularia tal noção a um problema de: *competitividade*. O art. 30, parágrafo único, do ato normativo preconiza: “considera-se viabilidade locacional a possibilidade da implantação física de duas ou mais instalações portuárias na mesma região geográfica que não gere impedimento operacional a qualquer uma delas”.²³² Quando inviável essa situação, o Poder Público deflagrará o processo seletivo indicado na lei, e mimetizará a competição *pelo* mercado que já acontecia nas concessões e permissões sob o pálio do art. 175 da Constituição da República. É fácil perceber, a esse respeito, os princípios indutores de uma tal iniciativa (a isonomia e a busca pela proposta mais vantajosa). Portanto, tratando-se de instalações portuárias autorizáveis, o Estado não apenas avaliará as condições individuais de um interessado para lhe outorgar o direito de prestar o serviço, mas confrontará a pretensão dele com a de outros potenciais agentes econômicos, providenciando medidas aptas a introduzir eficiência, com a escolha do *melhor* empreendedor.

²²⁹ Conferir o art. 9º da Lei Federal nº 12.815/2013.

²³⁰ Conferir o art. 10 da Lei Federal nº 12.815/2013.

²³¹ Conferir o art. 12 da Lei Federal nº 12.815/2013.

²³² Pereira e Schwind (2020, pp. 52-53), entretanto, criticam a redação do normativo. Para eles, embora pudesse ter uma lógica concorrencial, o conceito de viabilidade locacional teria sido adotado, no Decreto Federal nº 8.033/2013, de modo simplista e meramente físico. É que “o regime da Lei nº 12.815 exige que a análise vá adiante da mera compatibilidade física (‘locacional’) e examine o cabimento da autorização sob os diversos ângulos relevantes”.

Mas como se não bastasse, para além de corroborar a necessidade de se avaliarem, conforme a conjuntura, as delimitações do caso concreto, e de conduzir até mesmo a um procedimento de escolha do respectivo autorizatário, a Lei Federal nº 12.815/2013 incorporou outro ingrediente marcante para o instituto das autorizações: a sua cristalização via *contratos*. De acordo com o § 1º do art. 8º da lei, a autorização de instalações portuárias será formalizada em um contrato de adesão, com cláusulas que disciplinem, entre outros, sobre: a) o objeto, a área e o prazo da autorização; b) o modo, forma e condições de exploração da instalação portuária; c) os critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade da atividade prestada, assim como as metas e prazos para o alcance de determinados níveis de serviço; e d) os direitos, garantias e obrigações do contratante e do contratado, inclusive os relacionados a necessidades futuras de suplementação, alteração e expansão da atividade e consequente modernização, aperfeiçoamento e ampliação das instalações.

A previsão de um contrato para orientar a relação entre autorizatário e Poder Público representa uma janela de oportunidade para o alinhamento de expectativas que ambos poderiam nutrir entre si. Abre-se espaço, de igual forma, para a regulação coordenada entre os envolvidos e, o mais importante, permite-se que o Estado introjete, sobre a atividade econômica desempenhada pelo particular, proposições favoráveis aos usuários dos serviços (como é o caso da já aludida universalidade e da adequabilidade dos serviços, bem como do tratamento isonômico entre os respectivos beneficiários). Paralelamente – e sob a perspectiva do empreendedor – o contrato também endereçaria a preocupação que já vinha abarcada na mecânica das concessões, qual seja: a relação contratual faria nascer uma “expectativa juridicamente protegida de que não haverá expropriação de rendas e ativos privados por meio da regulação” (COUTINHO, 2014, p. 137) – é dizer: haveria a estabilização do vínculo entre as partes, com a definição de prestações e contraprestações bilaterais.²³³ Por certo, em que pese a Lei Federal

²³³ Coutinho (2014, p. 149) chama a atenção para a presença de regras bilaterais na regulação como uma forma inteligente de se induzirem comportamentos. De acordo com o autor: “elas supõem o recebimento de compensação ou algum tipo de vantagem como contrapartida pelo alcance de obrigações e metas especificadas pelo governo. Citando Cherry e Wildman (1999, p. 42), ele ainda esclarece: “Com regras bilaterais, o Poder Público e a empresa regulada têm entre si mútuas e específicas obrigações. Adicionalmente, enquanto as regras bilaterais são tipicamente aceitas pelas empresas afetadas, a regras unilaterais são simplesmente impostas pelo Poder Público como uma condição para elas empreenderem” (COUTINHO, 2014, p. 149) (tradução nossa). Em sentido

nº 12.815/2013 se utilizar do sintagma *adesão* para os contratos previstos para as autorizações, não há dúvidas de que o conteúdo das suas cláusulas seria passível de ajustamento segundo as particularidades de cada empreendimento – sendo impraticável a ideia de uma espécie de contrato-modelo imposto inadvertidamente a toda e qualquer situação.

Com todos esses componentes, é de se enxergar que o regime das autorizações encapsulado na legislação dos portos consagra uma roupagem sofisticada para o instituto, aproximando-o, em alguma medida, da lógica subjacente ao art. 175 da Constituição Federal de 1988. Fica clara, em face disso, a possibilidade de adoção de *autorizações contratualizadas*, bem assim o recurso a um procedimento de seleção pública para se delimitar o universo de empreendedores aptos a explorar a atividade econômica (que – volte-se a dizer – não se enquadraria como um *serviço público*). Isso não significa dizer, no entanto, que essas, ou as autorizações a que alude o art. 21, XI e XII, da CR, teriam se transfigurado propriamente em contratos de concessão, ou que o sentido dado pela Lei Federal nº 12.815/2013 seria aquele que mereceria prevalecer doravante para todos as hipóteses imagináveis. Na verdade, o caso a caso é que delimitará o perfil das autorizações, em si, tendo-se como parâmetro – claro – as referências insculpidas na legislação. Parafraseando Couto e Silva (2002, p. 70): ao legislador ordinário caberá “a tarefa de atribuir ao conceito de ‘autorização’ contornos mais definidos, os quais tanto poderão caracterizá-la como ato discricionário quanto ato vinculado, e pois, como licença”. A depender da situação, aliás, a autorização poderá ter natureza de “ato administrativo contratual ou contrato administrativo de adesão” (MOREIRA, 2010, p. 70), sendo esse um meio válido e, eventualmente, o melhor para balizar o relacionamento entre o Poder Público e o particular.

A atestar a versatilidade do instituto das autorizações e a maneira como isso está, efetivamente, refletido no plano infraconstitucional, é válido rememorar que, na Lei Geral de Telecomunicações (Lei Federal nº 9.472/1997), o ato que garante o ingresso dos autorizatários na exploração das atividades do setor será –

contrário, e reforçando, mesmo sob a ótica da Lei Federal nº 12.815/2013, o caráter vinculado e unilateral das autorizações portuárias, vide Carvalho (2020, p. 547). A autora assevera: “Não é possível se atribuir à autorização portuária a caracterização de contrato administrativo, porque a sua constituição se dá de modo unilateral. A Administração avalia o preenchimento de determinados requisitos pelo particular, o que nesse aspecto a torna um ato vinculado, e define se haverá ou não outorga. O fato de o interessado provocar a Administração para obtenção da autorização não lhe confere a natureza jurídica de contrato”.

ao contrário do que se avaliou até então – vinculado. O art. 131, § 1º, do diploma legal é peremptório quanto ao ponto: “Autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias”. Como explica Câmara (2008, p. 626), a ANATEL, nesse caso:

“pode apenas verificar o cumprimento das condições previamente fixadas na legislação por parte da empresa requerente. Atendidas as condições, surge o direito para a requerente de obter a autorização. Em nada depende, portanto, de um juízo discricionário da agência a respeito da conveniência ou oportunidade de expedir tal ato”.

O mesmo cenário é reproduzido na Lei Federal nº 12.485/2011, no que toca às operadoras de televisão a cabo. A lei salienta ser “livre” a atividade de distribuição por meio do serviço de acesso condicionado. Não há, para tanto, regras atinentes ao exame da viabilidade operacional de novos entrantes, tampouco a previsão, no diploma legal, de seleção pública para os possíveis empreendedores.

Em face de tudo quanto se mostrou, evidencia-se que as autorizações não se fecham em uma noção estanque. Elas denotam, mais do que isso, um regime jurídico plástico e ajustável conforme as minudências do caso concreto. Especialmente, chama a atenção o fato de as autorizações poderem ser utilizadas como mecanismos de indução de comportamento dos agentes econômicos privados, levando-os a se engajarem em ações de interesse do Poder Público e em linha com as políticas públicas por ele pensadas para um determinado setor. Logo, não só uma barreira de entrada jurídica (em relação à qual se esperasse um ato formal do Estado para a laboração dos particulares), o regime autorizativo pode proporcionar um ajuste fino sobre imperfeições contingentes do mercado, no tocante às atividades que não se enquadrassem, *prima facie*, sob a sistemática dos *serviços públicos*. Isso reforça, portanto, a percepção de que “a regulação coordena mercados e, por vezes, os cria ou conforma em circunstâncias de ‘vazio’ que não pode ser preenchido pela concorrência ou pelas forças espontâneas do mercado” (COUTINHO, 2014, p. 138) – é dizer: mesmo a competição entre empreendedores, quando possível, pode exigir pequenos ajustes de rota ou redirecionamentos.

De qualquer maneira, ao se perceberem as autorizações como um regime regulatório, é-se levado a concluir que a bipartição hermética entre *serviços*

públicos e atividades econômicas não é, definitivamente, suficiente para esquadrihar as regras do texto constitucional que envolvem a intervenção estatal no domínio econômico, tampouco servem para acomodar as múltiplas facetas por meio das quais a regulação estatal se manifesta no mundo da realidade. Valeria, com essa perspectiva, deslocar o foco da atenção sobre as *atividades*, em si, e a sua taxonomia, e voltar os olhos para as *estratégias regulatórias* deduzíveis da Lei Maior, com os seus variados refinamentos. *Concessões e autorizações*, nesse caso, comporiam uma gradação de fórmulas de intervenção do Estado sobre o domínio econômico, as quais demandariam, para a sua existência, o manejo das particularidades de cada caso concreto. De fato, ao se afirmar que há, de um lado, *serviços públicos* (como se costuma, equivocadamente, fazer frente aos serviços enumerados no art. 21, XI e XII, da CR), e que há, de outro lado, *atividades econômicas* que a eles se contrapõem, dá-se a todas as atividades uma marcação *definitiva*, quando na verdade a variável em questão (pautada, insista-se, pelas peculiaridades de cada situação) seria o respectivo regime regulatório – mais ou menos invasivo – que sobre elas se imporia.

Observe-se que, para alguns casos, poderia ser mais conveniente que o exercício de uma atividade por um particular tivesse, mesmo, de obedecer ao caminho das licitações e dos contratos de longo prazo (enquadrando-se na estratégia da *publicatio*); para outros casos, todavia, a mera aferição pelo Estado do cumprimento de quesitos objetivos pelos privados (conforme o *regime das autorizações vinculadas*) já seria o bastante para garantir eficiências alocativas e a efetiva oferta de serviços de relevo para a coletividade. Entre os dois polos, além do mais, ainda seria factível um modelo em que os particulares indicassem ao Estado o desejo de explorar um empreendimento, e em que a competitividade do mercado potencial fosse testada concretamente, via um processo seletivo público. Poder-se-ia, nesse mesmo sentido, conceber a amarração das obrigações entre as partes (Poder Público e particular) em um contrato, o qual permitisse o alinhamento das expectativas a serem nutridas por ambos, gerando-se um equilíbrio do tipo “o combinado não sai caro” (trata-se do *regime das autorizações contratualizadas*).

O que importa, em qualquer cenário, é saber distinguir os aspectos que fariam com que a mesma atividade se deslocasse para debaixo de um ou outro regime regulatório, sem ter de estar enclausurada dentro desse ou daquele conceito doutrinário hermético. A *estratégia regulatória dos serviços públicos* (art.

175 da CR) e a *estratégia regulatória das autorizações* poderiam se revezar sobre uma mesma atividade, haja vista a região geográfica, o perfil dos seus potenciais empreendedores, o mercado consumidor, a tecnologia disponível ou o momento histórico. No limite, será o maior (ou o menor) grau de competitividade, e ainda, a maior (ou a menor) capacidade de a competição num dado mercado contribuir para a cristalização de valores constitucionais²³⁴ que desencadeará a opção por qualquer daquelas estratégias interventivas estatais.

Nesses termos, pode-se afirmar que as autorizações são, senão, isto: mecanismos regulatórios que se somam àquele do art. 175 da CR. Essa é a forma como elas se compatibilizam com o texto constitucional, tendo sido acertada, por isso mesmo, a preferência do legislador em aludir a tais figuras no âmbito do art. 21 da Lei Maior. Nesse dispositivo, está fixado um rol de atividades para as quais se teve o cuidado de não atribuir o rótulo de *serviços públicos*, e que, por tal motivo, estão sujeitas à diversidade dos regimes de intervenção do Estado (desde a *publicatio* – com as concessões e permissões –, até o mecanismo mais simples das *autorizações vinculadas*). Também foi engenhosa, sob esse contexto, a opção do constituinte em não delimitar a feição do regime autorizativo no texto da Carta Magna, deixando-a a cargo do legislador infraconstitucional. Não se pode dizer, por conseguinte, que há um regime único para as autorizações na Constituição da República de 1988.²³⁵ O que há, hoje, é uma granularização dos modelos autorizativos no plano legal, que poderiam melhor se ajustar às especificidades dos setores reguláveis.

Para todas as hipóteses, ainda assim, caberá sempre ao Poder Público o ônus de demonstrar a eleição da estratégia regulatória *ótima*, equilibrando os princípios da ordem econômica (com destaque para a livre iniciativa) e os demais valores constitucionais. Afinal, como argumenta Marques Neto (2006, p. 141), sem

²³⁴ Aqui cabe a referência às ponderações de Marques Neto (2001, pp. 137-138), de acordo com as quais, ao se tratar de utilidades públicas, não se poderia adotar apenas o prisma da competição. É que os interesses da sociedade enredados nessas atividades não seriam exclusivamente traduzidos por critérios de eficiência econômica tais como a redução de custos e livre opção pelos usuários. Mais do que isso, complementa o autor: haveria toda uma gama de interesses de universalização e de perenidade na fruição de tais serviços (porquanto se considere ser relevante para a coletividade que, como meta, todos os indivíduos possam se servir da utilidade). Nesse sentido, entende-se que, quando a competitividade, sozinha, não fosse capaz de produzir esses efeitos, seria justificável (algum grau) de intervenção estatal, materializado na opção regulatória aplicada para o caso.

²³⁵ Nesses termos, Câmara (2008, p. 631) assinala que “a análise do direito posto (e também do direito comparado contemporâneo) revela que não se pode advogar a existência de um conceito único de autorização” – algo que jamais teria existido, ainda segundo o autor, fora dos manuais.

descurar da competição, a atividade regulatória estatal, em qualquer de suas manifestações, não poderia desprivilegiar, por exemplo, metas de universalização e continuidade da fruição de um serviço público, sob pena de violar, entre outros, os princípios constitucionais da dignidade humana e a redução de desigualdades sociais e regionais.²³⁶ Sem dúvida, o cálculo de todos os interesses e preceitos em jogo é difícil; mas a ordem jurídica disponibiliza, como se vê, os elementos necessários para o enfrentamento de cada caso concreto – por meio de um espectro de mecanismos bem mais sofisticado que a concepção doutrinária mítica a respeito dos *serviços públicos*.

6.4. Questão fundamental IV: como compatibilizar o art. 173 com o art. 175 da Constituição Federal de 1988?

Ao longo deste estudo, ainda muito pouco se referiu ao art. 173 da Constituição Federal, seu sentido e sua aplicabilidade, ante à releitura pretendida para o regime dos serviços públicos. Já foi visto, todavia, que os autores brasileiros divergem sobre o significado do dispositivo, antagonizando-o, no mais das vezes, com o art. 175 da CR. Majoritariamente, a doutrina percebe uma bifurcação entre ambos os artigos constitucionais, defendendo que o primeiro versaria sobre as *atividades econômicas* do Estado, e, o último, sobre os *serviços públicos* propriamente considerados. Essa é, por exemplo, a opinião de Grau (2010, p. 127), segundo quem o art. 173, por tratar de *relevante interesse coletivo*, “respeita à exploração da atividade econômica em sentido estrito, pois permite ao Estado empreender uma determinada atividade”. Mais ainda, para o autor: “segurança nacional e relevante interesse coletivo não justificariam a prestação de serviço público, mas sim de atividade econômica em sentido estrito”.²³⁷ Na mesma direção,

²³⁶ É muito elucidativa a seguinte colocação do mesmo autor, ao defender a ideia de um *necessário equilíbrio regulatório*. Diz Marques Neto (2020, p. 333): “A intervenção regulatória nem poderá se voltar exclusivamente à correção de falhas de mercado, tampouco poderá atender exclusivamente aos interesses públicos, no que desempenharia uma função unicamente redistributiva. No primeiro caso, falharia o Poder Público por descuidar do seu dever de planejamento e de definição de políticas públicas que consagrem os princípios da ordem econômica de cunho mais social. No segundo, comprometeria a estabilidade e a própria existência do setor regulado, em clara aproximação do modelo de intervenção direta”.

²³⁷ Relembre-se de que o autor baseia a diferenciação entre as atividades constantes do art. 173 (atividades econômicas), daquelas do art. 175 (serviços públicos), em virtude da locução “relevante interesse coletivo” presente no primeiro dispositivo. Diz Grau (2010, p. 127): “Interesse coletivo não

Di Pietro (2018, p. 142) aduz que o art. 173 da Constituição da República reflete atividades econômicas reservadas à iniciativa privada, cuja execução pelo Estado somente ocorreria de forma suplementar (nas hipóteses, reitere-se, de segurança nacional e relevante interesse coletivo). Para a autora, é o art. 175 que versaria, na Carta Magna, sobre a temática dos serviços públicos (DI PIETRO, 2018, p. 142).

Em outro vértice, são provocativas as ponderações de Schirato (2012), que – como já referido no presente estudo – oferece um novo recorte para o discernimento dos dispositivos aludidos. O autor sustenta que o art. 175 traria uma *obrigatoriedade* quanto ao exercício de determinadas atividades econômicas, então classificadas como serviços públicos; e que o art. 173, de outro lado, cuidaria da possibilidade do exercício estatal de atividades econômicas, carreando, ao fim, uma simples *faculdade* de se implementarem tais ocupações (SCHIRATO, 2012, p. 132). A distinção entre um e outro dispositivo, então, recairia no traço obrigacional ou optativo da respectiva atividade, a ser desempenhada pelo Poder Público.²³⁸

Mais acima, porém, puderam se expor os pontos de discordância relacionados a todas essas vertentes. Reforce-se, nesse sentido, que a oposição *serviços públicos vs. atividades econômicas*, assente na doutrina dominante, não parece traduzir a melhor forma de se compreender o *sistema regulatório* atinente à ordem econômica na Constituição Federal. Isso porque os serviços públicos seriam – também eles – atividades econômicas, embora estivessem sujeitos a um regime de intervenção estatal diferenciado. Na verdade, os autores tradicionais direcionam o foco do seu entendimento sobre as *atividades*, como se elas subsistissem separadas em dois conjuntos estanques; ao passo que a atenção mereceria recair, como visto, sobre os *regimes* admitidos no ordenamento jurídico, sabendo-se que sobre uma mesmíssima atividade econômica seria possível a aplicação – a depender do caso – de regras regulatórias alternadas (mais, ou menos, intrusivas sobre a livre iniciativa, e tendo em mira a maior ou menor competitividade do mercado).²³⁹

é interesse social”. Daí porque: “ao exercer atividade econômica em sentido amplo em função de imperativo da segurança nacional ou para atender relevante interesse coletivo o Estado desenvolve atividade econômica em sentido estrito; de outra banda, ao exercê-la para prestar acatamento ao interesse social, o Estado desenvolve serviço público” (GRAU, 2010, p. 129). Ainda a respeito, vide o subtópico 4.1. do presente estudo.

²³⁸ Para mais detalhes, vide o subtópico 4.2. deste estudo.

²³⁹ Aqui, vale fazer menção ao entendimento GARCIA (2019, p. 201), que também reconhece que “as diversas estruturas de mercado podem comportar, pelas suas próprias características, maior ou menor grau de concorrência entre os agentes”.

Lado outro, no que toca ao suposto caráter impositivo – ou facultativo – de o Estado conduzir determinada atividade, explicou-se que, em face dos pressupostos estabelecidos no art. 173 (*relevante interesse coletivo e segurança nacional*), transpareceria, muito mais, que o Poder Público estivesse forçado a se envolver na sua prestação, ou que enfrentasse um pesado ônus em ignorar os imperativos do caso concreto e optasse por assim não proceder. Não só isso, seria também duvidosa a hipótese de que o Estado estivesse *compelido a exercer* as atividades rotuláveis de serviços públicos, por força do que contém o art. 175 da CR. Decerto, o que o Poder Público teria era de assegurar a *oferta* dos serviços ligados à satisfação dos direitos fundamentais – independentemente de ter de se valer de recursos humanos, materiais ou financeiros próprios, ou, mesmo, de ter de lançar mão de um contrato de concessão para esse fim. Para além da estratégia dos serviços públicos do art. 175, o ordenamento jurídico disponibilizaria uma miríade de alternativas aptas a garantir a existência e a disponibilização dos serviços essenciais para a coletividade – inclusive com a participação de outros atores. Isso ocorreria, por exemplo, mediante o recurso às autorizações, ou com a ativação de um sem número de medidas de fomento.²⁴⁰ De resto, por estarem em jogo direitos fundamentais, há de se reconhecer que, bem mais que o art. 175, a obrigatoriedade de o Estado efetivar a sua consecução (a dos direitos fundamentais) encontraria esteio em outras tantas normas constitucionais – consagradoras, por exemplo, dos valores fundantes da República Federativa do Brasil.²⁴¹ Portanto, o binômio: faculdade *versus* obrigatoriedade não se sustentaria, conforme se entende, como o expediente acertado para deslindar a distinção entre ambos os dispositivos reportados.

Se é verdadeiro, não obstante, que o art. 173 da Lei Maior não alicerça a dicotomia *serviços públicos e atividades econômicas*, tampouco a ideia de *imposição* ou *preferência* para a prestação de alguns serviços, é preciso construir o entendimento que permita a sua compatibilização com os preceitos da ordem

²⁴⁰ Isso traduz, nada mais, nada menos, que o intervencionismo indireto do Estado sobre o domínio econômico. A propósito, confira-se a seguinte formulação de Marques Neto (2006, p. 74): “Trata-se, aqui, não mais da assunção pelo Estado da atividade econômica em si, mas de sua concreta atuação no fomento, na regulamentação, no monitoramento, na mediação, na fiscalização, no planejamento, na ordenação da economia. Enfim, cuida-se da atuação estatal fortemente influente (por indução ou coerção) da ação dos atores privados atuantes num dado segmento da economia”.

²⁴¹ Ressalte-se, nesse sentido, os seguintes fundamentos enumerados do art. 1º da Constituição Federal de 1988: a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Ressalte-se, outrossim, que a ordem econômica, ela própria, tem por finalidade assegurar “a todos a existência digna” (art. 170 da CR).

econômica da Constituição Federal. Adiante-se, a esse respeito, que tal preceito funcionaria, na realidade, como uma engrenagem incremental presente no âmbito do sistema regulatório engendrado pelo constituinte, cujo propósito último é o de ordenar a atuação dos agentes econômicos, viabilizar a existência de serviços de interesse da sociedade e materializar, por derradeiro, direitos fundamentais.

Especialmente, o art. 173 da CR introduz uma estratégia intermediária em comparação com as duas anteriormente analisadas (a do regime dos serviços públicos e a do regime das autorizações), cuja aplicação estará – como não poderia deixar de ser – também condicionada ao grau de competitividade do respectivo mercado. Sob esse panorama, é oportuno rememorar que:

- a) quando inviável a competição por falhas mercadológicas como os monopólios naturais, a opção pela *publicatio* será a mais apropriada, e o Poder Público controlará o acesso de terceiros à respectiva atividade por intermédio de licitação e mediante a posterior celebração de um contrato;
- b) já quando a competição fosse, pelo menos num primeiro momento, viável, mas ajustes incrementais sobre a atuação dos particulares se mostrassem necessários para sua coordenação em prol da efetivação de valores constitucionais, seria o caso de se considerarem as autorizações como o modelo de regulação cabível, com suas correspondentes variações.

Quando, por sua vez, a competição *no* mercado permanecesse viável (inexistiriam barreiras à entrada de competidores adicionais), mas o modelo autorizativo não bastasse para salvaguardar plenamente os valores endereçados na Lei Maior (o caso emblemático seria o déficit da universalização de um serviço relevante), aí sim, justificaria o Poder Público se imiscuir na exploração da atividade – o que não importaria, porém, a exclusão dela do seio da livre iniciativa.²⁴² Sob essa ótica, antes de se comportar – por força das suas prerrogativas jurídicas – como o

²⁴² Com esse mesmo pensamento, Loureiro (2010, p. 10) reconhece que as atividades performadas sob o pálio do art. 173 não são retiradas do “comércio jurídico”. Segundo o autor: “O art. 173 dá ao legislador apenas a competência para excepcionar o princípio geral da não-atuação estatal direta na economia, como já o fez a Constituição, apenas que, na hipótese agora em consideração, a ação será levada a efeito [...] paralela à atuação privada”.

disciplinador dos agentes do mercado ou o detentor do serviço em questão, o Estado empresário se utilizaria da sua capacidade econômica para se transformar em um competidor *dentro do mercado*, induzindo ou complementando a performance dos seus concorrentes. É quanto entram em cena as empresas públicas e as sociedades de economia mista, cuja disciplina está sedimentada, hoje, na Lei Federal nº 13.303, de 30 de junho de 2016.²⁴³

Isto é: o Estado, pelas suas empresas, tanto poderia forçar a redução dos preços de alguns serviços,²⁴⁴ ou poderia cuidar para que os serviços fossem levados a regiões mais distantes ou para parcelas da população economicamente menos favorecidas, em relação às quais o retorno financeiro não se mostrasse, de antemão, atrativo para empresas privadas.²⁴⁵ Outra possibilidade seria, ainda, garantir a produção ou a oferta contínua de insumos ou bens, sob o contexto da segurança nacional. Seria a situação, *v. g.*, da fabricação de armamentos, assim como de outros bens ou insumos para a construção de edificações, em um cenário de ameaça à integridade territorial e à soberania do País.²⁴⁶ O que importa, em todo caso, é haver uma racionalidade apta a ativar legitimamente o modelo de envolvimento estatal pressuposto no art. 173 da CR.

Não se ignora, é claro, que as expressões empregadas em tal preceito constitucional são, também elas, um tanto quanto vagas e podem ensejar dúvidas sobre a sua escurreita dimensão. Ainda assim, vez que está em jogo o equilíbrio entre duas orientações: o livre mercado (informado pelo princípio da livre iniciativa)

²⁴³ É importante consignar que, de acordo com a Lei Federal nº 13.303/2016, as empresas estatais poderiam empreender “serviços públicos” (art. 1º). Perceba-se que não há, a esse respeito, incompatibilidade com as proposições compartilhadas nesta tese, porquanto, para tal hipótese, o Estado estaria apenas lançando mão de entidades autônomas (mediante descentralização), para dar cabo daquelas atividades econômicas suscetíveis ao regime da *publicatio*. Tratar-se-ia, antes, de uma opção político-administrativa, isto é, de uma questão de organização interna do Poder Público para promover a tarefa, do que de uma desnaturação das atividades que transitariam por aquelas empresas (como se, nessas situações, a ideia de serviços públicos aqui defendida – e que está galgada nos ditames do art. 175 da CR – tivesse de sofrer modificações para se inserir sob a batuta do art. 173 da Carta Magna). Agora, quando criadas para explorar atividades econômicas livres ao mercado, não há dúvidas de que as empresas públicas e as sociedades de economia mista coexistiriam ao lado das demais empresas privadas, influenciando, como aqui defendido, o comportamento sistêmico do mercado como agentes a ele pertencentes.

²⁴⁴ Esse seria o caso dos bancos públicos, como a Caixa Econômica Federal, e as condições de empréstimo por ela oferecidas, geralmente mais acessíveis que a de bancos privados.

²⁴⁵ Schirato (2012, p. 246) cita o caso de o regime concorrencial poder acarretar um cenário em que as prestadoras do serviço simplesmente ignoram parcela dos usuários situada em localidades afastadas e sem acesso ao serviço, concentrando-se apenas nos grandes centros, visto que “os gastos incorridos com o oferecimento da utilidade aos usuários de localidades distantes não compensariam os ganhos auferidos”.

²⁴⁶ Vide o art. 1º, I, da Lei Federal nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983.

e a intervenção estatal (informado, por todos, pelo princípio da dignidade da pessoa humana), é de se admitir que a avaliação de cada caso concreto é que, novamente, auxiliará para que sejam identificados os ingredientes demandados para se resolver o dilema. Sem embargo, como reconhece Saadi (2019, p. 180), a atuação empresarial do Poder Público, balizada puramente nos critérios indeterminados previstos no art. 173 da Constituição da República, poderia ser juridicamente insuficiente. Algumas referências adicionais, portanto, seriam importantes para a tarefa, a saber: “o protagonismo da livre-iniciativa no domínio econômico, em detrimento da própria intervenção estatal direta”; a “noção de subsidiariedade (subjacente ao já citado art. 173 da CF); e, finalmente, a necessidade de concretização da eficiência” – ao que se acrescentaria, em arremate, a vinculação do agir econômico do Poder Público à consubstanciação dos direitos fundamentais.

Para se levantarem as particularidades do caso concreto e se identificarem os aspectos que legitimariam a oposição do regime regulatório do art. 173 (ou de qualquer outro já reportado neste trabalho), por seu turno, é imprescindível executar o que anteriormente se referiu como o *teste de competitividade*, sendo que esse exercício permitirá especificar se, em uma dada situação, a interação dos agentes do mercado poderá ocorrer de forma livre e se, em assim sendo, estarão sendo satisfeitos, de forma ampla, os aludidos direitos fundamentais. Insista-se, quanto ao ponto, que, sob a panorâmica das utilidades públicas, a regulação econômica não pode estar orientada somente pelo quesito competição.²⁴⁷ A perenidade e a universalidade são, entre outros, tópicos de especial interesse, que reafirmam a intrusão estatal no domínio econômico. É indubitável ter que se garantir a implementação de ambos os valores, embora eles, evidentemente, envolvam custos. Pois é para se evitar a hipótese de se carregar todo o ônus sobre um só particular, que uma alternativa, conforme explica Marques Neto (2006, p. 139), seria a assunção dos ônus do “financiamento pela coletividade como um todo, mediante a transferência de recursos oriundos de fontes tributárias para cobrir o déficit gerado pela parcela não amortizável dos investimentos demandados pela universalização e continuidade”. Essa engrenagem carregaria a criação de

²⁴⁷ Nesse contexto, entende-se que a competitividade não é, sob o prisma regulatório, um fim em si mesmo. Ela guarda, antes, uma relação instrumental para com os direitos fundamentais, de maneira que, falhando o regime da concorrência para a materialização de tais direitos, o Estado deverá se articular para a consecução desse propósito, pautando-se, pois, pelas distintas ferramentas jurídicas e operacionais que as normas constitucionais colocam ao seu dispor.

empresas estatais (sobretudo as deficitárias), dando azo à incidência do comando do art. 173 da Lei Maior.

Para encerrar este subtópico, consigne-se, de uma vez por todas, que o art. 173 não se antagoniza com o art. 175 da Constituição Federal de 1988. Pelo contrário, ambos se complementam entre si. Não há um confronto entre o idealizado universo das atividades econômicas e o universo dos serviços públicos, senão, um *dégradé* de opções regulatórias que envolvem a atuação estatal – sem, e com, a participação concomitante de atores privados no mercado. Tratando-se do art. 175, é verdade que a *publicatio* remete à ideia de exclusão de agentes econômicos; não obstante, como examinado, isso é corolário das barreiras de entrada intrínsecas à exploração concorrencial da atividade, que suscitam, por isso mesmo, o controle do seu provimento pelo Estado. Quanto ao art. 173, por seu turno, não se operaria o alijamento da livre iniciativa, mas a sua atuação simultânea com o Poder Público. Esse último teria por atribuição fomentar a competição junto aos demais atores ou, ainda, suplementar a produção de bens e serviços, em prol da universalidade do atendimento a usuários – sobretudo os hipossuficientes –, valendo-se de estruturas especialmente concebidas para esse mister: as empresas estatais.²⁴⁸ O art. 173 da CR, ao fim, institucionaliza uma maneira inteligente de o Estado assegurar a materialização dos direitos fundamentais, quando o regime da livre iniciativa, apesar existente, não fosse capaz de fazê-lo.

6.5. *Enfim: os serviços públicos integrantes de um “sistema regulatório” constitucional*

Este último subtópico destina-se a consubstanciar a ideia – a esta altura muito mais palatável – de que os serviços públicos refletem uma estratégia regulatória que se insere em um sistema bem maior, integrado por um plexo de alavancas que perfazem uma matriz hierarquizada de escolhas estatais. Essa

²⁴⁸ Reitere-se, para todos os fins, que as empresas estatais poderiam ser instituídas tanto para o desempenho de atividades econômicas livres ao mercado (seria o caso do Banco do Brasil e da atividade bancária que ele executa); quanto para a exploração de atividades econômicas sujeitas ao regime da *publicatio* (é dizer, empresas prestadoras de serviços públicos, como é o caso da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP). E isso, em nenhum caso, desnatura a interpretação erigida nesta pesquisa no que diz respeito aos regimes e hipóteses que deflagariam o recurso aos ditames do art. 175 *versus* os ditames do art. 173 da Constituição Federal.

matriz é a resultante das normas constitucionais e de todas as imbricações por elas produzidas sobre a ordem econômica no País.

Para melhor compreendê-la, é preciso retomar a constatação de que, mesmo estando expresso o *status* fundante do princípio da livre iniciativa no texto da Carta Magna, seria ingênuo supor que o mercado desse conta de, autonomamente, implementar todos os objetivos que o constituinte elegeu como curiais para o Estado Brasileiro. E a explicação para isso é: o mercado falha. Alternativamente, seria vão admitir que o Estado devesse, então, agregar por debaixo de si a responsabilidade pela execução de todos os bens e serviços em uma sociedade, como se uma tal medida conferisse a ele a aptidão de cabalmente planejar, coordenar e atender a todos os anseios nela entremeados. É que o Estado pode ser ineficiente. Não se nega, ainda assim, que situações haverá nas quais se mostre conveniente a monopolização de atividades pelo Poder Público, como será desejável, em outras, que o mercado opere sem maiores embaraços. Nada obstante, no intervalo entre esses polos, podem despontar conformações intermediárias, as quais se farão necessárias conforme o exijam as peculiaridades de cada caso concreto. Isso corresponde a uma forma de se enxergar a interação entre mercado e Estado por meio de escalas, e remete, em alguma medida, ao que hoje se reconhece, por exemplo, na denominada *regulação responsiva* – que costuma vir ilustrada, aliás, sob a forma de uma pirâmide.

É bem verdade que, em sua origem, a teoria da regulação responsiva foi imaginada sob o cotejo da prática de crimes de colarinho branco, crimes corporativos e justiça restaurativa. Como elucida Aranha (2013, p. 29), o modelo representaria um “esforço de criação de incentivos morais para o cumprimento da lei”, com o intuito de ultrapassar o debate entre “regular ou desregular”. A efetividade da regulação estaria, pois, condicionada à criação de regras que incentivassem o regulado a voluntariamente cumpri-las, em um ambiente de constante diálogo com o regulador. Observar-se-ia, ao cabo, um conjunto de medidas distribuídas em uma espécie de pirâmide, cuja base contemplaria atividades persuasivas da conduta do regulado, enquanto, no topo, haveria um “conjunto de penas dacionianas de condutas indesejadas” (ARANHA, 2013, p. 30).

Como originalmente pensada, a regulação responsiva subentenderia a *cooperação* entre os atores envolvidos, no sentido, por exemplo, de que mais liberdade pudesse ser concedida ao agente privado, se ele caminhasse conforme

alguns parâmetros jurídicos estabelecidos. Ao se afastar, porém, de tal caminho, o particular se sujeitaria a medidas restritivas sobre o seu negócio, como a imposição de limites à sua atuação empresarial, ou a imposição de exigências mais severas de transparência e fiscalização. De modo sintético, o processo funcionaria mais ou menos assim: o Poder Público atribuiria um voto de confiança ao regulado; e a sua frustração desencadearia uma escalada de medidas constritivas, orientadas a forçar o particular a retornar para o padrão comportamental desejado.²⁴⁹

Naturalmente, dada a *feição colaborativa* e, ao mesmo tempo, *punitiva* do arranjo acima descrito, não se está a defender que a opção por uma ou outra *estratégia regulatória*, dentre aquelas anteriormente divisadas neste estudo, terá de seguir a mesma lógica da regulação responsiva. Isto é: não se advoga, aqui, que alternativas mais – ou menos – restritivas à livre iniciativa (como, *v. g.*, o regime dos serviços públicos ou o regime das autorizações), denotariam uma reação do Estado, ante a observância, ou não, por um agente privado, de um comportamento determinado.

Em contramedida, também não se ignora o fato de que certos traços conformadores da noção de regulação responsiva poderiam contribuir para se assimilar a estrutura hierarquizada e complexa do sistema regulatório pertinente à ordem econômica brasileira, como se defende nesta tese. Veja-se, por exemplo, que Harlow e Rawlings (2010, p. 242) reforçam haver, no modelo da regulação responsiva, a preocupação com a busca de combinações criativas, assim como de técnicas especialmente projetadas para se enfrentarem problemas regulatórios específicos.²⁵⁰ Mais ainda, eles sustentam que o regulador responsivo deveria raciocinar em termos de estratégias regulatórias hierarquizadas, tendo por inspiração uma espécie de modelo piramidal. Já Ayres e Braithwaite (1992, pp. 4-6) indicam ser central para a responsividade a ideia de que a adoção de escalas progressivas de intervenção do Estado levariam à constituição de instrumentos menos invasivos de regulação dos mercados, e arrematam: “formas escaláveis de

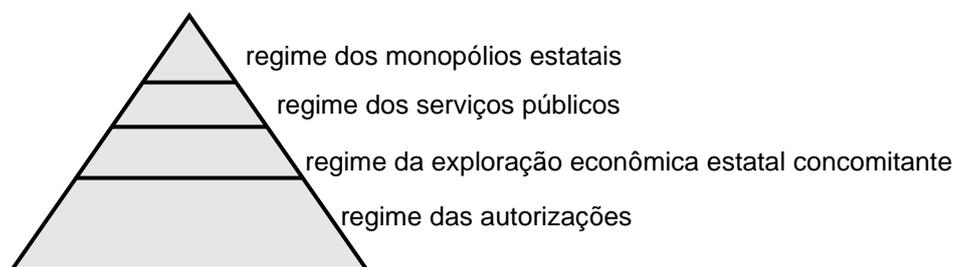
²⁴⁹ É por isso que Black e Baldwin (2008, p. 62) vislumbram na regulação responsiva uma abordagem do tipo “olho por olho, dente por dente” (*tit for tat*). Os autores arguem: “a essência da regulação responsiva é uma abordagem *tit for tat* em que os reguladores recorrem preliminarmente a estratégias de adesão, como a persuasão e a educação, mas aplicam respostas mais constritivas (escalando as punições em uma pirâmide), quando a empresa regulada falha em atender ao comportamento desejado” (tradução nossa).

²⁵⁰ Do original: “Stress is laid on the need for creative combination of techniques tailored to particular circumstances” (HARLOW; RAWLINGS, 2010, p. 242).

regulação responsiva podem preservar muitos dos benefícios do modelo de governança pautado pelo *laissez-faire*, sem levar a que o Poder Público abdique da prerrogativa de corrigir falhas mercadológicas”.

Dessas considerações, três aspectos chamam a atenção por estarem diretamente relacionados a características que também demarcam o universo da regulação das atividades econômicas enunciado na Constituição Federal de 1988. O primeiro deles diz respeito à constatação de que prevalece, no texto constitucional, um *menu* de opções orientadas a disciplinar a articulação entre o Estado e os agentes do mercado para a produção de bens e serviços, no âmbito da ordem econômica – o que significa, a *contrario sensu*, que não subsiste um regime ou técnica única na Lei Maior para o assunto. Já o segundo aspecto tem de ver com a necessidade de se operar uma análise do caso concreto para então se definir a opção regulatória ótima – o que exige promover o exercício intelectual que se apelidou, nesta pesquisa, de *teste de competitividade*. O terceiro fator, por sua vez, está em que os modelos regulatórios encapsulados pela ordem econômica da Carta Magna estão distribuídos, igualmente, sob uma feição hierarquizada, partindo-se do modelo mais intrusivo para o menos intrusivo. Aliás, em respeito à noção de subsidiariedade, haveria de se pressupor que na base do sistema (ou pirâmide) repousariam estratégias liberalizantes, com o monopólio jurídico estatal encabeçando o esquema. A fim de aclarar o tal *sistema regulatório* das atividades econômicas instituído pelo constituinte nacional, é providencial tomar-se por referência a ilustração abaixo:

Figura 1 – Sistema piramidal regulatório da ordem econômica constitucional



Fonte: elaboração própria

Com efeito, independentemente do nome que se atribua ao sistema, ou aos respectivos componentes com os quais ele se perfaz, o importante é ter em mente a natureza espectral e hierarquizada dos instrumentos regulatórios incidentes sobre

a atividade econômica no Brasil, assentes na ordem econômica constitucional. Sabendo-se, a propósito, que algumas subdivisões internas seriam possíveis no âmbito de cada uma das camadas mostradas (lembre-se do que, por exemplo, ocorre com as autorizações e suas diferentes modulações), seria honesto reconhecer que a figura apresentada é mera representação reduzida da realidade, funcionando para fins didáticos e elucidativos.

Mesmo assim, partindo-se da figura *supra*, podem-se melhor delinear algumas considerações-chave esposadas ao longo da presente análise. Ressalte-se, nesses termos, que existe uma força direcionada à base da pirâmide, resultado das irradiações perpetradas pelo valor constitucional da livre iniciativa. Para se vencer esse vetor e para se galgarem as medidas estatais mais invasivas das camadas superiores, seria esperado um esforço intelectual do regulador, pelo qual se demonstrassem os benefícios de se substituir o padrão da competitividade *no* mercado, por aqueles outros em que também atuasse o Estado.²⁵¹ Diga-se de passagem, não só do órgão executor, a racionalidade exigida para se transitar por uma ou outra estratégia da pirâmide seria exigível do legislador no tocante ao desenho das políticas regulatórias por ele concebidas, a desaguar, *v. g.*, na criação de serviços públicos. Tal racionalidade, como iterado em outras passagens, materializar-se-ia pelo que se denominou de teste de competitividade, sendo que os quesitos e conclusões alcançadas a partir desse exercício estariam sujeitos, invariavelmente, ao escrutínio do Poder Judiciário: somente se reputariam constitucionais, em face disso, as medidas regulatórias que comprovassem preservar o melhor equilíbrio (ou ponderação) entre todos os valores em jogo.

Dadas essas reflexões, chega-se a que o texto da Carta Magna brasileira açambarcou, em suas diversas normas, um esquema regulatório estratificado, o qual é permeado por categorias relativamente fluídas e que não de ser acessadas de forma dinâmica, conforme o teor das circunstâncias que condicionarão o comportamento de uma dada atividade econômica no mercado. Não há, sob esse contexto, um conceito pré-definido, tampouco estanque a respeito dos *serviços públicos* (como, aliás, não haveria um conceito pré-definido e estanque a respeito

²⁵¹ Entende-se, na verdade, que esse raciocínio não se imporia aos monopólios legais, que deveriam, por isso mesmo, nutrir envergadura constitucional. É que eles são opções tomadas *ex ante* e confrontam, em absoluto, com a noção da livre concorrência que fundamenta a República Federativa Brasileira. Senão o constituinte, portanto, julga-se que ao legislador ordinário seria vetado consolidar um novo monopólio legal.

de todas as demais atividades enquadráveis sob as demais opções da pirâmide regulatória). Os regimes são conectados, e pode acontecer, até mesmo, de algumas situações desafiarem as fronteiras entre um e outro.

Independentemente disso, o crucial, neste momento, é reconhecer que a teoria dos serviços públicos, no Brasil, tem de ser deduzida a partir desse pano de fundo mais abrangente, sob o qual ela está inserida.²⁵² A tentativa de se profetizarem caracteres intrínsecos para as atividades definidoras desse conceito, sob a lógica do tudo ou nada (ou se trata de serviços públicos, ou se trata de atividades econômicas) pode ocasionar propostas subótimas para a articulação entre o Estado e o mercado, tendendo, por força da má compreensão do sistema aludido, a consolidar uma posição conservadora e até mesmo refratária à participação privada na ordem econômica – refreando, por último, o espírito empreendedor latente na sociedade.

Serviços públicos, enfim, constituem uma técnica regulatória. E aquilo que a Constituição da República cuidou de criar no título condizente à ordem econômica é, senão, um painel de controle, estruturado por mais mecanismos, também destinados a induzir e a colmatar a atuação dos agentes privados no provimento de bens e serviços junto à sociedade. Entre essas outras formas, é claro, não se podem esquecer das autorizações, que – por muitos mal interpretadas – constam expressas nos dizeres do art. 21, incisos XI e XII, da CR.

A partir do ponto de vista divisado nesta tese é inevitável entender que é o *sistema*, e suas múltiplas formas de aplicação, que se erigem como o pivô das medidas interventivas estatais, direcionadas a garantir a oferta de utilidades demandadas pela coletividade. Os serviços públicos e a livre iniciativa, sem dúvida, acomunam-se e colidem nesse cenário. Mas – mesmo a doutrina ainda não se atentado detidamente para tal – é para a pirâmide que se deve mirar.

²⁵² Com efeito, é ilustrativa a observação de Moreira (2019, p. 13), segundo quem somente por meio da compreensão coesa do sistema constitucional-econômico é que se poderia “compreender, interpretar e aplicar o art. 175 da Constituição”.

CONCLUSÃO

O presente estudo teve por objetivo específico demonstrar a necessidade – e a possibilidade – de uma reformulação da teoria dos serviços públicos no Brasil, a partir da análise sistematizada das normas atinentes à ordem econômica na Constituição Federal. Entende-se, sob esse enfoque, ter sido confirmada a nova dimensão para o instituto, cuja apreensão resultou de uma mudança de perspectiva sobre o texto constitucional e sobre o que a doutrina tradicional vinha reproduzindo a respeito no País.

Chegou-se, desse modo, a que os serviços públicos não refletem uma categoria estanque de empreendimentos especiais pré-concebíveis, mas traduzem um regime regulatório de controle de acesso, por particulares, a determinadas atividades econômicas, sujeitas a disfuncionalidades mercadológicas. Mais ainda, demonstrou-se que tal regime (ou estratégia) regulatória se soma a outras instrumentações antevistas na Carta Magna, compondo um sistema hierarquizado, apto a modular a interação do Estado com os agentes do mercado, conforme o teste de competitividade, e a consolidar, em última instância, direitos fundamentais.

A fim de se confirmar o atingimento dessa assimilação, recapitulam-se abaixo as principais constatações firmadas ao longo desta pesquisa, declinadas sucessivamente, e que apontam para o seu resultado:

1. o conceito desenvolvido pela doutrina tradicional no Brasil sobre os serviços públicos é insuficiente para explicar todos os fenômenos da realidade jurídica atual e, mais, ele está amparado em aspectos não presentes no texto constitucional;
2. há discussões pouco aprofundadas a respeito do fenômeno da *publicatio*, que compreende o traço manifesto das atividades rotuláveis como serviços públicos;

3. os autores defendem a detença estatal de tais serviços, mas o fazem, basicamente, em razão da aproximação que esses teriam com os direitos fundamentais;
4. há, de outro lado, poucas reflexões sobre o processo de criação de serviços públicos no âmbito de estados e município, para os quais a CR não contempla um rol detalhado de atividades;
5. a despeito disso, existem proposições relevantes de alguns autores nacionais que muito contribuem para uma visão diferenciada acerca dos serviços públicos;
6. dentre eles, Grau (2010) destaca-se por desconstruir a dicotomia *serviços públicos e atividades econômicas*: um serviço público seria uma espécie de atividade econômica;
7. e Schirato (2012), por sua vez, ressalta o caráter limitador do princípio da livre iniciativa para a detença estatal das atividades encapsuladas no conceito tradicional de serviços públicos;
8. tais contribuições lançam as bases para o entendimento, aqui defendido, de que os serviços públicos perfazem uma *estratégia regulatória*, aplicável a atividades econômicas *alheias à competição*;
9. os serviços públicos, nesse caso, caracterizam um *regime jurídico* – como um disciplinamento especial – o qual não se confunde, porém, com as *Leis de Rolland*, tampouco com o regime jurídico da Administração Pública;
10. trata-se, isso sim, de uma regra de acesso a terceiros sobre determinadas atividades econômicas, mediante a imposição de um procedimento licitatório e a subsequente celebração de um contrato de concessão (ou de permissão);

11. o *regime dos serviços públicos*, em todo o caso, ao invés de instituir, ele próprio, a restrição à livre iniciativa, seria uma resposta a disfuncionalidades do mercado, que existiriam *ex ante*;
12. entre tais disfuncionalidades, as *falhas de mercado* decorrentes de monopólios naturais e os *public goods* justificam, de modo ilustrativo, a adoção do regime dos serviços públicos;
13. essas falhas podem prejudicar os interesses dos usuários (com, *v. g.*, a sobrelevação exacerbada de preços), ou podem comprometer a oferta dos serviços (ante a dificuldades de cobrança pela sua fruição);
14. outras falhas de mercado, não obstante, ainda podem haver que justifiquem a adoção do regime (ou a estratégia regulatória) dos serviços públicos – sendo certo que essas falhas também podem deixar de existir ao longo do tempo, em razão, por exemplo, de avanços tecnológicos (por outras palavras: as falhas de mercado não são estáticas);
15. a intervenção do Estado sobre as falhas mercadológicas, em todo o caso, propicia a coordenação dos agentes privados na exploração das atividades econômicas correspondentes, o que se dá por meio de um contrato de longo prazo (a concessão ou a permissão);
16. o contrato de longo prazo contribui para reduzir custos transacionais (o Estado substitui os usuários nas negociações junto ao ofertante do serviço) e, ainda, cria a proteção para os investimentos privados, com regras de preservação do equilíbrio econômico-financeiro e de indenização por extinção antecipada do vínculo jurídico;
17. afora, entretanto, as falhas mercadológicas explicitadas, também os bens públicos em sentido jurídico (*bens estatais*) legitimam a imposição da estratégia da *publicatio* pressuposta nos serviços públicos, quando explorados economicamente por terceiros;

18. a obrigatoriedade da licitação, para esses casos, permite, como nas demais hipóteses, a equalização dos potenciais interessados em explorar os bens e conduz à escolha da proposta mais vantajosa para o Poder Público (ou para os respectivos usuários);
19. a celebração de um contrato de concessão, além do mais, traz, de novo, a proteção adequada para os investimentos dos agentes privados engajados na condução do negócio;
20. outras situações, nada obstante, podem outrossim vir a ensejar a eleição do regime dos serviços públicos pressuposto no art. 175 da CR, desde que retratem, em última análise, a inviabilidade de competição *no* mercado;
21. essas situações especiais, de toda a maneira, devem ser examinadas caso a caso;
22. e tal exame deve levar em conta, não apenas a existência da competitividade no mercado, mas, deve aferir a efetividade da atuação dos agentes privados (quando possível a competição) para a consolidação de direitos fundamentais;
23. é que, em alguns casos, podem subsistir óbices à universalização de serviços essenciais, ou à manutenção de políticas de preço condizentes com os variados perfis socioeconômicos dos usuários – caso prevalecente a liberdade do mercado;
24. a esse exame circunstancial deu-se o nome, nesta pesquisa, de *teste de competitividade*;
25. dado esse contexto, a proposição segundo a qual os serviços públicos traduzem um regime jurídico incidente sobre atividades anticompetitivas se harmoniza de forma elegante ao emaranhado das disposições constitucionais relacionadas ao assunto;

26. viu-se, nesse sentido, que alguns dispositivos da CR, tradicionalmente interpretados como definidores de serviços públicos, cuidam, na verdade, de atividades econômicas para as quais se admitem distintos regime regulatórios (*assimetria regulatória*);
27. os incisos XI e XII do art. 21 da CR ilustram bem essa ocorrência, porquanto aludam, de um lado, aos elementos do regime dos serviços públicos referido no art. 175 (*licitação/concessão*), e, de outro, admitem o regime das autorizações;
28. na realidade, a Constituição da República admite a aplicação da assimetria regulatória para diversas atividades econômicas que ela lista;
29. esse raciocínio vale não só para as atividades econômicas de competência da União, mas para a dos estados e dos municípios;
30. é certo, todavia, que a eleição de um, entre os regimes regulatórios cabíveis, há de ser feita no caso concreto e depende, mais uma vez do teste de competitividade;
31. seja como for, deve-se compreender que, conjuntamente com a estratégia dos serviços públicos, as autorizações previstas no texto constitucional representam, de igual maneira, um tipo de regime regulatório;
32. e sobre as autorizações, a legislação demonstra que elas são *moduláveis*, e que não mais persistem, sobre essa figura, a unilateralidade e a precariedade defendidas tradicionalmente pela doutrina;
33. aliás, não só vinculadas ou discricionárias, as autorizações podem tomar a forma de um contrato (*autorizações contratualizadas*), por meio do qual passam a ser fixadas obrigações de resultado para os autorizatários e oferecida uma mínima proteção para o seu investimento;

34. podem haver, ademais, chamamentos ou processos seletivos prévios à outorga das autorizações, haja vista os efeitos deletérios que o ingresso de novos entrantes possa trazer para o adequado funcionamento de um determinado mercado;
35. as variações assumidas concretamente para o regime autorizativo (mais ou menos interventivo) depende, novamente, do teste de competitividade;
36. e o Estado também pode, em outra frente, lançar-se, ele mesmo, no mercado, sem com isso eliminar a atuação de outros agentes econômicos, fazendo-o nos termos do art. 173 da Constituição Federal de 1988;
37. a *exploração estatal direta* da atividade econômica, nesse caso, configura outra estratégia regulatória a cargo do Poder Público, destinada a induzir ou suplementar a atuação dos particulares;
38. tal estratégia específica tem vez quando nichos do mercado não são atrativos o suficiente para o engajamento privado, ou quando seja necessário (*v. g.*, em situações de segurança nacional) garantir a continuidade da produção de um bem ou de um serviço;
39. seja como for, o regime dos serviços públicos, o regime das autorizações, o regime do art. 173 e até mesmo o regime dos monopólios jurídicos estatais (como do art. 177) estão todos inseridos em uma engrenagem mais ampla concebida pela Constituição da República para a tutela da ordem econômica;
40. tal engrenagem perfaz a imagem de um sistema regulatório estratificado, cujas camadas se distribuem de forma hierarquizada conforme a maior (ou a menor) interferência estatal sobre o exercício privado da atividade econômica;
41. é importante ressaltar que uma mesma atividade pode se submeter a distintos regimes, conforme as circunstâncias;

42. e o Poder Público carrega, em relação a esse aspecto, o ônus argumentativo de eleger o melhor entre os regimes (valendo-se de uma análise do caso concreto, pautada, como visto, pela competitividade e pela efetividade do mercado para o provimento de bens e serviços em consonância com valores e direitos fundamentais);
43. os serviços públicos, sob esse panorama, não são a única ou a melhor estratégia regulatória disponível;
44. e o Poder Público tem, em última instância, de articular os meios jurídicos para garantir a *oferta* das atividades necessárias à satisfação dos direitos fundamentais – o que não significa a sua obrigatoriedade de provê-los diretamente, tampouco pela via, apenas, da concessão ou da permissão;
45. em qualquer caso, a boa notícia, em face dessa constatação, ainda é: a Constituição Federal oferece todo o ferramental necessário para esse fim.

Está lá. Encrustado no texto da Lei Maior. Para quem quiser ver.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ALVARENGA, José Eduardo de. O serviço público. In CARDOSO, José Eduardo Martins et al. (org). **Curso de direito administrativo econômico**. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 319-374.

ANDRADE, Letícia Queiroz de. **Teoria das relações jurídicas da prestação de serviço público sob regime de concessão**. São Paulo: Malheiros, 2015.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

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, 2008b.

ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de direito regulatório**. Scotts Valley: CreateSpace, 2013.

ARANHA, Marcio Iorio. **Direito das telecomunicações: histórico, normativo e conceitos**. 3. ed. Londres: Laccademia Publishing, 2015.

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. **Responsive regulation: transcending the deregulation debate**. Oxford: Oxford University Press, 1992.

BACELAR FILHO, Romeu Felipe; BLANCHET, Luiz Alberto (coords.). **Serviços públicos: estudos dirigidos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Serviço público e concessão de serviço público**. São Paulo: Malheiros: 2017.

BARBOSA, Ruy. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1934.

BINENBOJM, Gustavo. Transporte e distribuição do gás natural no Brasil. Delimitando as fronteiras entre as competências regulatórias federais e estaduais. In **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 7, ago./set./out. 2006. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 16 de novembro de 2019.

BINENBOJM, Gustavo. **Temas de direito administrativo e constitucional** – artigos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. Assimetria regulatória no setor de transporte coletivo de passageiros: a constitucionalidade do art. 3º da Lei nº 12.996/2014. In **Revista de Direito da Cidade**. vol. 9, n. 3, 2017. Disponível na internet: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/issue/view/1542>>. Acesso em 15 de novembro de 2019.

BLACK, Julia.; BALDWIN, Robert. Really responsive regulation. **The Modern Law Review**, v. 71, p. 59-94, 2008. Disponível na internet: <<http://onlinelibrary.wiley.com>>. Acesso em 20 de novembro de 2019.

BOYER, Robert. **Teoria da regulação** – os fundamentos. São Paulo: Estação Liberdade, 2009.

BRACONNIER, Stéphane. **Droit des services publics**. 2. ed. Paris: PUF, 2007.

CÂMARA, Jacintho Arruda. Autorizações administrativas vinculadas: o exemplo do setor de telecomunicações. In ARAGÃO, Alexandra Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. **Regulação de serviços públicos na perspectiva da constituição econômica brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CARVALHO, Juliane Erthal de. A natureza jurídica da autorização para exploração da infraestrutura portuária. In PEREIRA, Cesar. SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). **Direito portuário brasileiro**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CASSAGNE, Juan Carlos. La crisis de los servicios públicos em la Argentina. In: CASSAGNE, Juan Carlos (coord.). **Servicio público y policía**. Buenos Aires: El Derecho, 2006.

CHEVALLIER, Jacques. **O serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

CHERRY, Barbara; WILDMAN, Steven. Unilateral and bilateral rules: a framework for increasing competition while meeting universal services goals in telecommunications. In CHERRY, Barbara et al. **Making universal service policy – enhancing the process through multidisciplinary evaluation**. Mahwah: Lawrence Erlbaum, 199 *apud* COUTINHO, Diogo R. **Direito e economia política na regulação de serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

CID, Clarissa Felipe. **O serviço de utilidade pública no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2016.

CONRADO, Régis da Silva. **Serviços públicos à brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2013.

COUTINHO, Diogo R. **Direito e economia política na regulação de serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

COUTO E SILVA, Almiro do. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público à brasileira? In **Revista de Direito Administrativo – RDA**. v. 230, pp. 45-74, out./dez. 2002.

DAL POZZO, Augusto Neves. **Aspectos fundamentais do serviço público no direito brasileiro**. São Paulo Malheiros, 2012.

DAWKINS, Richard. **O gene egoísta**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

DI PEITRO, Maria Sylvia. **Parcerias na administração pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DUGUIT, León. **Traité de droit constitutionnel**. 3. ed. Paris: De Boccard, 1928.

FERRAZ, Sergio; SAAD, Amauri Feres. **Autorização de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2018.

FREIRE, André Luiz. **O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas**. São Paulo: Malheiros, 2014.

FREITAS, Marina Cardoso de; MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **As autorizações administrativas no direito brasileiro**. 2016. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

FRÓES, Fernando. Infraestrutura e serviços públicos: princípios da regulação geral e econômica. In CARDOSO, José Eduardo Martins et al. (org). **Curso de direito administrativo econômico**. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 509-640.

GABARDO, Emerson; GONÇALVES, Guilherme de Salles (coords.). **Direito da infraestrutura** – temas de organização do estado, serviços públicos e intervenção administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo: Malheiros, 2019.

GARCIA FILHO, José Carlos Cal. Serviço público e direitos fundamentais. In **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum. Ano 8, n. 33, jul./set. 2008. pp. 11-32.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GÓMEZ-IBÁÑEZ, José A. **Regulating infrastructure** – monopoly, contracts and discretion. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

GONÇALVES, Pedro. **A concessão de serviços públicos**. Coimbra: Almedina, 1999.

GONÇALVES, Pedro. **Entidades privadas com poderes públicos**. Coimbra: Almedina, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

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

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006.

GUGLIELMI, Gilles. J; KOUBI, Geneviève. **Droit du service public**. 3. ed. Paris: Montchrestien, 2011.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceria público-privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessão de serviço público**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HARIAN, Hal Ronald. **Microeconomia**: princípios básicos. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

HARLOW, Carol; RAWLINGS, Richard. **Law and administration**. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

HAWKING, Stephen; MLODINOW, Leonard. **O grande projeto** – novas respostas para as questões definitivas da vida. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

JÈZE, Gaston. **Principios generales del derecho administrativo**. Tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1948.

JUSTEN, Monica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Dialética, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. Serviço público no direito brasileiro. In CARDOSO, José Eduardo Martins et al. (org). **Curso de direito administrativo econômico**. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 375-407.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

LIMA, Ruy Cirne. **Pareceres**. Porto Alegre: Sulina, 1963.

LINOTTE, Didier; DOMI, Raphaël. *Services publics et droit public économique*. Paris: Éditions du Juris-Classeur, 2003.

LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. Premissas para uma leitura integrada da indústria da energia na Constituição e para a identificação de uma política energética constitucional – a propósito dos arts. 173 e 175 da Carta. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 23, ago./set./out. 2010. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 27 de novembro de 2019.

MANKIW, N. Gregory. **Princípios de microeconomia**. 6. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2017.

MARIANO, Cynara Monteiro et. al. **Temas de direito administrativo e de fundamentos do serviço público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Universalização de serviços públicos e competição – o caso da distribuição de gás natural. In **Revista de Direito Administrativo – RDA**. v. 223, pp. 133-152, jan./mar. 2001.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulamentação dos serviços públicos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 1, fev. 2005. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 07 de junho de 2019.

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.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos**: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Delimitação da poligonal dos portos organizados e o regime jurídico dos bens públicos. In PEREIRA, Cesar. SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). **Direito portuário brasileiro**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum 2020.

MEDAUAR, Odete. Regulação e auto regulação. In **Revista de Direito Administrativo – RDA**. v. 228, pp. 123-128, abr./jun. 2002.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDONÇA, José Vicente dos Santos. **Direito constitucional econômico** – a intervenção do estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MERLIN, Céline. **Les services publics en mutation**: la poste innove. Paris: L'Harmattan, 2006

MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço

súblico, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas. In **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE**. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, mai./jun./jul. 2005. Disponível na internet: <<http://direitodoestado.com.br>>. Acesso em 10 de outubro de 2019.

MONTEIRO, Vera. **Concessão**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. Os princípios constitucionais da atividade econômica. In **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. v. 45, pp. 103-111, 2006.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público – inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)**. Malheiros: São Paulo, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. Os serviços públicos brasileiros e sua lógica jurídico-econômica: reflexões a partir do artigo 175 da Constituição. In **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte: Fórum, ano 17, n. 68, pp. 9-43, out./dez. 2019.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mito e realidade do serviço público. In **Revista de direito da procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro – RDPGE**. v. 53, pp. 138-147, 2000.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Regulação e universalização dos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

NALLAR, Daniel Mauro. **Regulación y control de los servicios públicos: repercusiones prácticas del fundamento de su impunidad**. Buenos Aires: Marcial Pons, 2010 *apud* SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Regulação e o direito da concorrência. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Regulação, fiscalização e sanção** – fundamentos e requisitos da delegação do exercício do poder de polícia administrativa a particulares. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

PEREIRA, Cesar. SCHWIND, Rafael Wallbach. O marco regulatório do setor portuário brasileiro. In PEREIRA, Cesar. SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). **Direito portuário brasileiro**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum 2020.

PEREZ, Marcos Augusto. As vicissitudes da regulação econômica estatal: reflexão sobre as lições do direito norte-americano em comparação com o direito brasileiro. In CARDOSO, José Eduardo Martins et al. (org). **Curso de direito administrativo econômico**. vol. I. São Paulo: Malheiros, 2006a. pp. 149-169.

PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006b.

PINHEIRO, Armando Castelar; RIBEIRO, Leonardo Coelho. **Regulação das ferrovias**. Rio de Janeiro: FGV, 2017.

POMBO, Rodrigo Goulart de Freitas; FEIJÓ, Ricardo de Paula. Aspectos gerais das concessões de transporte de gás. In JUSTEN FILHO, Marçal; SILVA, Marco Aurélio de Barcelos (coords.) **Direito da Infraestrutura**. Estudos de temas relevantes. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

POZAS, Luis Jordana de. Ensaio de uma teoria del fomento en el derecho administrativo. **Revista de Estudos Políticos** 48, 1949.

RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. A regulação do saneamento básico no Brasil. In ROCHA, Bolívar Moura (org.). **A regulação da infra-estrutura no Brasil** – balanços e propostas. São Paulo: IOB, 2003.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Breves considerações sobre a intervenção do Estado no domínio econômico e a distinção entre atividade econômica e serviço público. In SPARAPANI, Priscilia; ADRI, Renata Porto. **Intervenção do Estado no domínio econômico e no domínio social: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SAADI, Mário. **Empresa semiestatal**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHIRATO, Vitor Rhein. As concessões de serviços públicos em evolução. In **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte: Fórum, ano 15, n. 180, dez. 2016.

SCHWIND, Rafael Wallbach. **Remuneração do concessionário**. Concessões comuns e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SELZNICK, Philip. **Focusing organizational research on regulation**. Regulatory policies and the social sciences. Berkeley: University of California Press, 1985 *apud* MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o novo exercício das funções públicas por particulares. Serviço público “à brasileira”? In **Revista de Direito Administrativo – RDA**, v. 230, out./dez. 2002. pp. 45-74.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVEIRA, Raquel Dias da. O repensar da noção de serviço público. In FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (coords). **Direito público moderno: homenagem especial ao Professor Paulo Neves de Carvalho**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo das concessões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Breve apresentação do novo marco regulatório do setor elétrico brasileiro. In **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**. v. 60, 2006. Disponível na internet: <<https://pge.rj.gov.br/revista-de-direito/2006-volume-60>>. Acesso em 16 de novembro de 2019.

STIGLITZ, Joseph E. **Economics of the public sector**. 3. ed. Nova Iorque: Norton, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços públicos e regulação estatal. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006.

VALETTE, Jean-Paul. **Le service public à la française**. Paris: Ellipses, 2000.

VALETTE, Jean-Paul. **Droit des services publics**. 2. ed. Paris: Ellipses, 2003.

VELJANOVSKI, Cento. Economic approaches to regulation. In BALDWIN, Roberto et. al. (coords.). **The Oxford handbook of regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

VISCUSI, W. Kip et. al. **Economics of regulation and antitrust**. 4. ed. Cambridge: MIT, 2005.

WALSH, Kieron. **Public services and market mechanisms**: competition, contracting and the new public management. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2002.

YEUNG, Karen. The regulatory state. In BALDWIN, Roberto et. al. (coords.). **The Oxford handbook of regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2012.