



Coordenadores:

Alexandre Santos de Aragão
Gustavo Binenbojm

DIREITO ADMINISTRATIVO comparado

Alexandre Santos de Aragão
André Tosta
Caio César Alves Ferreira Ramos
Daniel Bento
Felipe Salathé
Gustavo Binenbojm
Hellen Ferreira Divan
Isabella Tanuy Gonçalves
Lucas Martins Magalhães da Rocha
Marcella Simões Penello Meirelles
Paulo André Espírito Santo
Rafael Arruda Oliveira
Renato Toledo Cabral Júnior
Sophia Guimarães
Youssef Yunes Borges Pires

2024



EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br



XI

SERVIÇO PÚBLICO NO DIREITO COMPÁRADO, AS PENDULARES INFLUÊNCIAS SOBRE O DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO E O EXEMPLO DO SETOR PORTUÁRIO

Daniel Bento

Mestre em Direito Público pela UERJ. Professor de Regulação dos Portos, de Regulação das Ferrovias e de Regime Jurídico dos Monopólios Públicos da Pós-Graduação *lato sensu* do Ceped-UERJ. Sócio em Alexandre Aragão Advogados.

Sumário: Introdução: direito comparado e método; 1. Objeto de comparação: modelos de ordenação de atividades econômicas *lato sensu* de relevante interesse coletivo.; 2. Tendente relativização das diferenças entre os modelos comparados; 3. Pendulares influências externas no Brasil em distintos momentos históricos; 4. O exemplo da regulação dos portos; 5. Conclusão; 6. Referências bibliográficas.

"A cada generación de juristas le es consentido y requerido producir, en sus propias disciplinas, la progresión que es posible en el contexto social e institucional en el que vive".

Giampaolo Rossi¹

1. ROSSI, Giampaolo. *Método jurídico y Derecho Administrativo: la investigación de conceptos jurídicos elementales*. Cuadernos de Derecho Público. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública – INAP, ano 21, 2004, p. 21.

INTRODUÇÃO: DIREITO COMPARADO E MÉTODO

Propõe-se empreender uma investigação comparatística a respeito da noção² tradicional de serviço público, de matriz francesa, face a algumas de suas (em maior ou menor grau) congêneres no direito comparado, perquirindo as influências externas nacionalmente recepcionadas em distintos momentos históricos, em especial a partir do exemplo do setor portuário.

Para a tarefa, procurando nos ater à sistematicidade e ao método comparativo,³ buscaremos percorrer as seguintes etapas.

Iniciaremos pela apresentação dos objetos a serem comparados (1) *in casu* a noção de serviço público e institutos correlatos em certos ordenamentos jurídicos (Tópico II). Teremos como paradigmas⁴ (i) a noção francesa de serviço

2. Afirma Eros Grau ser o “conceito é atemporal. Pode-se estudar como os conceitos se engendram uns aos outros no interior de categorias determinadas. Mas nem o tempo, nem, por consequência, a História podem ser objeto de um conceito. Há uma contradição nos termos. Desde que se introduz a temporalidade, deve considerar-se que no interior do desenvolvimento temporal o conceito se modifica. A noção, pelo contrário, pode-se definir como o esforço sintético para produzir uma ideia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas” (GRAU, Eros Roberto. Constituição e serviço público. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 264-265. Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5549084/mod_resource/content/1/Eros%20Roberto%20Grau%20-%20CONSTITUIC%CC%A7A%CC%83O%20E%20SERVIC%CC%A7O%20PU%CC%81BLICO%20%281%29.pdf. Acesso em 02.02.2023).
3. Na doutrina brasileira, nem sempre a comparatística é adequadamente utilizada. Sob a guisa de “direito comparado”, alguns autores, por vezes até buscando denotar certa erudição, adornam seus textos com citações estrangeiras, algumas até despiciendas, de forma meramente decorativa, desacompanhadas de qualquer metodologia de comparação. Ignoram que “a mera citação de direito estrangeiro sem a devida análise comparativa não exerce uma função realmente construtiva, pois não contribui para o aperfeiçoamento dos objetos confrontados, restringindo-se muitas vezes a um recurso ilustrativo, estilístico ou a um mero ‘costume’ entre alguns juristas. A citação pura e simples, ao contrário da comparatística, não é um recurso realmente científico” (MARRARA, Thiago. Método comparativo e direito administrativo. In: MOURA, Emerson Affonso da Costa; BAPTISTA, Patrícia Ferreira; MATOS, Thiago Marrara de (org.). *Estudos de direito administrativo comparado*.: Lumen Juris, 2020, p. 1-15. p. 5.). A etapas comparativas a serem percorridas no presente trabalho foram inspiradas naquelas abordadas por Thiago Marrara no artigo acima referido.
4. Conforme explica Floriano de Azevedo Marques Neto, “os paradigmas correspondem a um conjunto de ideias básicas, que delimitam para os teóricos e pesquisadores as perguntas que traduzem problemas relevantes e importantes para ramos da ciência e, por conseguinte, os métodos e critérios de solução tidos por adequados para resolvê-los. Um paradigma segue prevalecendo uma dada ciência até um momento em que seu ferramental científico não dá mais conta de responder às questões e demandas postas e não é mais possível descartar indagações desafiadoras sem comprometer a eficácia do conhecimento científico. Muitas vezes as próprias respostas oferecidas pelo paradigma maduro às anomalias desafiadoras

público (Tópico II.1); (ii) a concepção norte-americana de *public utilities* (Tópico II.2); (iii) a noção alemã de *daseinsvorsorge* (Tópico II.3); (iv) assim como a ideia de serviços de interesse econômico geral da União Europeia (Tópico II.4).

Eleitos os objetos de comparação, na sequência apresentaremos as características de cada um (2), bem como o contexto extrajurídico no qual estão inseridos (3); para fins de identificação dos seus pontos de aproximação e de diferenciação (4), que devem, então, ser examinados (5).

Procuraremos, assim, analisar os pontos de contato e de distinção entre as diferentes concepções e regimes jurídicos desenvolvidos em cada sistema jurídico para tratar de atividades de interesse coletivo cuja execução é em maior ou menor intensidade ordenada (em sentido amplo)⁵ pelo Estado, sejam aquelas por ele titularizadas ou não.

Na etapa seguinte (6), a partir das nossas conclusões comparativas, buscaremos perquirir em que medida pode-se observar certa tendência de relativização das diferenças entre a noção francesa de serviço público e as concepções anglo-saxã de *public utilities* e alemã de *daseinsvorsorge*, inclusive tendo em

acabam por gerar contradições com as premissas do paradigma, acelerando sua superação. Eis que, então, no curso deste encadeamento, um paradigma maduro perde sua, capacidade de explicar e responder aos desafios da realidade e cede lugar a um novo paradigma. E o que faz com que a ciência sobreviva" (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). *Os Caminhos do Ato Administrativo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, pp. 90-91).

5. Nos aproximamos aqui de uma concepção abrangente de atividade de ordenação, englobando qualquer instrumento empregado pelo Estado para conformar e interferir em atividades econômicas de interesse coletivo, a partir da disciplina normativa instituída pelo Legislador, com base na Constituição Federal. Conforme afirma Gustavo Binbenojm, "a atividade de ordenação da vida econômica e social não é daquelas que se perfazem pela prática de medidas isoladas, senão que envolve uma sucessão logicamente encadeada de atos, na forma prescrita no ato normativo de regência, para a consecução de fins específicos. (...) O ponto de partida da atividade ordenadora costuma ser a disciplina normativa – legal, regulamentar ou mesmo privada, em casos de regulação por entes não estatais – que conforma as liberdades e a propriedade, mediante imposição de limites (obrigações de não fazer), encargos ou ônus (obrigações de fazer) e sujeições (obrigações de suportar). A disciplina legal, abrangida que é numa concepção ampla de poder de polícia, torna-se apenas um antecedente lógico, mas nem sempre necessário, da concepção estrita de polícia administrativa (poder de polícia no sentido estrito) ou administração ordenadora. Em qualquer caso, o desenho da ordenação deverá sempre reverência às exigências e aos parâmetros estabelecidos na Constituição". (BINENBOJN, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação e regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 84)

vista os influxos da figura da União Europeia dos serviços de interesse econômico geral (Tópico III).

O nosso propósito com esse percurso é investigar de que maneira, em distintos momentos históricos, de forma pendular,⁶ a ordenação de certas atividades econômicas (*lato sensu*)⁷ de relevante interesse coletivo no Brasil foi influenciada por modelos observados nos ordenamentos jurídicos objeto de nossa comparação (Tópico IV).

Examinaremos como atualmente no país, por vezes de forma simultânea, se observa no mesmo setor regulado a disciplina de certos segmentos com inspiração na noção francesa de serviço público, e de outros com base no modelo de *public utilities* da *common law*, e/ou até aproximando-se da *daseinsvorsorge* alemã e dos serviços de interesse econômico geral da União Europeia. O faremos com base no exemplo da regulação do setor portuário no Brasil, no qual é possível identificar convergências entre todos os referidos modelos do direito comparado (Tópico V).

-
6. A teor do que analisa Caio Tácito, “a abertura da economia e a relativa retirada da presença do Estado na prestação de serviços econômicos é uma das manifestações desta dança do pêndulo entre extremos em busca do equilíbrio estável da perfeição” (TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: Serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 202, pp. 1–10, 1995, p. 10).
 7. Aqui entendemos “atividade econômica *lato sensu*” como gênero que inclui as espécies serviço público e atividade econômica *stricto sensu*, inclusive porque nem todos os modelos comparados necessariamente classificam como estatais/públicas as atividades econômicas de relevante interesse para a sociedade. Tampouco no Brasil são todas as atividades dessa natureza qualificadas como serviços públicos. Conforme as lições de Eros Grau: “Ao afirmar que serviço público é tipo de atividade econômica, a ela atribuí a significação de gênero no qual se inclui a espécie, serviço público. ‘Ao afirmar que o serviço público está para o setor público assim como a atividade econômica está para o setor privado, a ela atribuí a significação de espécie’. Daí a verificação de que o gênero – atividade econômica – compreende duas espécies: o serviço público e a atividade econômica. Estamos em condições, assim, de superar a ambiguidade que assume, no seio da linguagem jurídica e no bojo do texto constitucional, esta última expressão. Para que, no entanto, se a supere, impõe-se qualificarmos a expressão, de modo que desde logo possamos identificar de uma banda as hipóteses nas quais ela conota gênero, de outra as hipóteses nas quais ela conota espécie do gênero. A seguinte convenção, então, proponho: atividade econômica em sentido amplo conota gênero; atividade econômica em sentido estrito, a espécie” (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 101-102).

1. OBJETO DE COMPARAÇÃO: MODELOS DE ORDENAÇÃO DE ATIVIDADES ECONÔMICAS *LATO SENSU* DE RELEVANTE INTERESSE COLETIVO.

Constitui o nosso objeto de comparação, já dissemos, os modelos jurídicos utilizados em certos países para disciplinar a exploração de atividades econômicas consideradas de relevante interesse da coletividade, assim como os reflexos daqueles no ordenamento jurídico brasileiro ao longo do tempo.

Optamos por nos referir não a “serviços públicos”, como para alguns poderia ser intuitivo, mas em geral a “atividades econômicas de relevante interesse coletivo” – sejam elas tidas como públicas ou privadas – porque não necessariamente há em todos os ordenamentos jurídicos ora comparados uma figura *in totum* equivalente à noção de serviços públicos adotada no Brasil. Além disso, nem todas as atividades consideradas de grande interesse geral são no país sujeitadas ao regime jurídico dos serviços públicos, como veremos.

É natural que nem sempre o instituto jurídico escolhido tenha um correspondente exato em outro ordenamento, independentemente das peculiaridades locais: pode ser que funções semelhantes sejam desempenhadas por instituto distinto ou, ainda, que ele exista, mas não com idêntica abrangência e significado. Nessas hipóteses convém ao comparatista a utilização dos denominados “metaconceitos”,⁸ agregando as características dos objetos de comparação em conceitos artificiais que agrupem diferentes tipos de institutos com funções jurídicas aproximadas em ordenamentos diversos, a despeito de eventual variação de regime jurídico e da nomenclatura regional.

8. Conforme explica a doutrina: “Para solucionar essas dificuldades associadas à rotulagem ou à natureza jurídica dos objetos comparados, bem como às variações de abrangência dos institutos jurídicos em si ou às peculiaridades e aos limites da ciência do direito administrativo em cada país, é fundamental que se valorize a contextualização como ferramenta básica de identificação dos institutos comparados em toda sua complexidade real. Além disso, na presença dessas dificuldades, pode-se lançar mão de um instrumento metodológico razoavelmente simples e útil para fins de manuseio dos objetos comparados, a saber: os metaconceitos. Em vez de empregar rótulos nacionais ou regionais, o comparatista pode se valer de conceitos artificiais (inclusive criados por ele mesmo) que agrupem os diferentes tipos de institutos com a mesma função jurídica e a despeito de sua nomenclatura regional, nacional ou setorial” (MARRARA, Thiago. Método comparativo e direito administrativo. In: MOURA, Alfonso da Costa; BAPTISTA, Patrícia Ferreira; MARRARA Thiago (org.). *Estudos de direito administrativo comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 1-15, p. 12-13).

Eis então o metaconceito que utilizaremos para congregarmos os institutos jurídicos ora comparados: “*modelos de ordenação de atividades econômicas (lato sensu) de relevante interesse coletivo*”.

Adiante examinaremos sucessivamente – em linhas gerais e de forma sucinta como no presente trabalho sequer poderia deixar de ser – as principais características dos referidos modelos na forma como foram tradicionalmente concebidos nos seguintes ordenamentos: (i) França; (ii) Estados Unidos da América – EUA (iii) Alemanha; e (iv) União Europeia.

1.1 O serviço público francês

Foi na França o nascedouro não só da própria concepção do direito administrativo que traduzimos⁹ nacionalmente como também da noção tradicional de serviço público no Brasil reproduzida. Abordaremos brevemente a gênese do serviço público francês e as suas principais características a partir das escolas doutrinárias¹⁰ que preponderantemente o então conceberam no

9. Examina Walter Guandalini Júnior, a partir de uma perspectiva jus-histórica, as particularidades da adaptação do direito administrativo francês à realidade brasileira: “contrariando as conclusões encontradas pelas perspectivas excessivamente focadas na dogmática jurídica, as pesquisas jus-históricas têm descoberto a originalidade da tradução realizada por nossa cultura jurídica durante o trabalho de recepção do conceito importado da Europa. Como se tem demonstrado, o esforço de adaptação do conceito exógeno às peculiaridades da realidade local no século XIX leva a doutrina brasileira à construção de uma nova concepção de direito administrativo, dotada de características peculiares e apta a desempenhar uma função distinta da que cumpria em seu ambiente de formação: obrigada a construir um conceito científico sem qualquer referência jurisprudencial, e assim a extrair a sua autonomia da caracterização de um objeto de estudo específico consistente na organização da estrutura administrativa do Estado e das suas relações com particulares; atenta às circunstâncias da realidade local, e por isso consciente da impossibilidade de exigir autonomia absoluta da administração em relação aos demais poderes; e obrigada a enfrentar o problema da legitimidade do governo imperial no contexto de ruptura com a ordem política tradicional após a independência, a doutrina brasileira produz um conceito de direito administrativo voltado ao cumprimento de uma função constituinte, atuando como elemento de fundação do Estado brasileiro, e contribuindo com o direito constitucional no trabalho de fortalecimento da autoridade central como alicerce legítimo para a edificação e a conservação do Estado nacional” (GUANDALINI JÚNIOR, Walter; Teixeira, Lívia Solana Pfuetzenreiter de Lima. Um direito administrativo de transição: o conceito de direito administrativo na cultura jurídica da primeira república brasileira. *Revista Direito, Estado e Sociedade – DES, Pontifícia Universidade Católica*, Rio de Janeiro, n. 58, 2021, p. 423).

10. Não desconsideramos o papel da jurisprudência na construção da noção francesa de serviço público, porém, como o objetivo deste trabalho é apresentar em linhas gerais as principais características dela, em sua origem, concentraremos os nossos esforços na análise de elaborações doutrinárias tradicionais na matéria.

início do século XX: a “Escola do serviço público” (ou Escola de Bordeaux”) e a Escola Institucionalista.

Para a primeira, fundada por León Duguit¹¹ e desenvolvida por Gaston Jèze,¹² o serviço público¹³ seria o instituto nuclear do direito administrativo, voltado a conformar atividades essenciais à coesão social, cuja prestação geral adequada e suficiente deveria ser assegurada pela intervenção estatal diante da deficiência do mercado para naturalmente supri-la. Já para a Escola Institucionalista, da qual fez parte Maurice Hariou,¹⁴ a noção central do direito administrativo seria a *puissance public* (poder de império), a ser autolimitado e instrumentalizado para a prestação de serviços públicos. Vê-se que, apesar das (relativas)¹⁵ diferenças, ambas as escolas reconheceram a importância tanto do poder de império do Estado quanto da necessidade de ele assegurar a prestação de serviços públicos.

Ressalvadas as particularidades de cada corrente de pensamento da época, sintetiza Vital Moreira que, classicamente, “na tradição francesa designam-se

11. Confira-se a definição de serviço público de Duguit: “toda atividade cujo cumprimento deve ser regulado, assegurado e fiscalizado pelos governantes, por ser indispensável à realização e a desenvolvimento da interdependência social, e de tal natureza que só seja assegurado plenamente pela intervenção da força governante” (DUGUIT, Léon. *Las transformaciones generales del derecho*. Tradução Adolfo G. Posada e Ramón Jaén. Buenos Aires: Heliasta, 2001. p. 37).
12. Apesar da importância histórica e doutrinária da Escola de Serviço Público, Vitor Rhein Schirato ressalva que “a concepção de que determinadas atividades deveriam ser garantidas por uma ação estatal é consideravelmente anterior. Como informam Gilles J. Guglielmi e Geneviève Koubi, os fundamentos da noção de serviço público antecedem a obra de Léon Duguit. Constam das diversas declarações de direitos dos homens e dos cidadãos elaboradas após 1789, eis que, em diversos casos, essas continham a noção de utilidades comuns a serem garantidas pelo Estado, sobre as quais se funda a noção de serviço público” (SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre Iniciativa nos Serviços Públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 37).
13. A formulação apresentada por Duguit para definir os serviços públicos possuiria um objetivo prático: “delimitar o perímetro de intervenção do Estado, e, bem assim, determinar o campo de incidência da jurisprudência do Conselho de Estado e do direito administrativo”, de modo que tencionava “manter a noção de liberalismo e conformá-la às demandas sociais amparadas pelas declarações de direito” (SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre Iniciativa nos Serviços Públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 38).
14. Maurice Hauriou define serviço público como “uma organização pública de poderes, de competências e de costumes com a função de prestar ao público, de maneira regular e contínua, um serviço determinado sob a perspectiva de polícia, no sentido elevado do termo” (HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, Sirey, Paris, 1933, p. 64).
15. O próprio León Duguit observa que “por caminhos e expressões diferentes um eminente publicista, M. Hauriou, chega exatamente às mesmas conclusões a que chegamos” (DUGUIT, Léon. *Las transformaciones generales del derecho*. Tradução Adolfo G. Posada e Ramón Jaén. Buenos Aires: Heliasta, 2001, p. 47).

por serviços públicos em sentido estrito¹⁶ aquelas prestações organizadas e proporcionadas pelo poder público aos particulares, destinadas a satisfazer necessidades colectivas essenciais susceptíveis de fruição individual. Entre elas contam-se serviços tão básicos como o abastecimento de água, a energia, o saneamento básico, os transportes colectivos, os correios e as telecomunicações¹⁷.

A noção francesa tradicional de serviço público, em linhas gerais, engloba as seguintes principais características:

- (i) Titularidade em princípio¹⁸ estatal dos serviços: trata-se de atividades pelo ordenamento jurídico excluídas da iniciativa privada e inseridas na órbita pública, que não podem ser exploradas pelos particulares por direito próprio, mas apenas pelo Poder Público diretamente (por entidades da Administração, como empresas estatais) ou via delegação a particulares por algum instrumento, como um contrato de concessão;
- (ii) Regime jurídico de direito público:¹⁹ exorbitante do regime privado,²⁰ em princípio caracterizado pela existência de normas e prerrogativas especiais em favor do Estado com a finalidade de assegurar o adequado funcionamento do serviço público em prol da satisfação dos interesses coletivos a ele inerentes, inclusive mediante a mutabilidade

16. Registramos que a concepção inicial de serviços públicos de Duguit era amplíssima – a ponto de englobar atividades tão heterogêneas que perdia a utilidade –, abrangendo toda e qualquer função estatal, inclusive as legislativas, jurisdicionais etc. Sobre o tema, vide: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 78.

17. MOREIRA, Vital. Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Europeia. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./mar. 2003, p. 1.

18. Ressalvamos as atividades não reservadas ao Estado, como por exemplo os serviços denominados sociais de educação e saúde, que além de serem prestados pelo Estado, hipótese em que configuram serviços públicos, também podem ser explorados pelos particulares por direito próprio, independentemente de delegação estatal, situação em que podem ser qualificadas como atividades privadas de relevante interesse coletivo e, portanto, reguladas (DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie., 1923. t. II, 1923. p. 67).

19. Destacamos que, originalmente, a teoria de Duguit não distinguia se os serviços públicos seriam prestados em regime público ou privado (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 78).

20. “Verifica-se, então, que o elemento formal dos serviços públicos (*i.e.*, seu regime jurídico de direito público) é um dos mais relevantes para sua configuração. Embora se detectem algumas discussões entre a maior relevância dos critérios orgânico ou material, o critério formal está presente em todas as definições (SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre Iniciativa nos Serviços Públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 58)

unilateral das regras incidentes sobre a atividade pelo Poder Público, independentemente da anuência de eventual delegatário;

- (iii) Prestação geralmente²¹ em regime de exclusividade: garantia da prestação sem concorrência²² pelo próprio Estado diretamente ou por parte do seu delegatário, especialmente com relação a atividades que envolvam estruturas caracterizáveis como monopólios naturais;²³ e
- (iv) Incidência dos princípios dos serviços públicos: Louis Rolland, também integrante da acima citada Escola de Serviço Público, foi o responsável por ter sistematizado “os postulados que até hoje são considerados pela maioria da doutrina como sendo os mais importantes princípios dos serviços públicos, quais sejam, a continuidade, a igualdade e a mutabilidade ou constante adaptação às evoluções, sobretudo de ordem tecnológica, que, em seu conjunto formam o que classicamente são chamadas de ‘Leis de Rolland’”²⁴

A partir do desenvolvimento doutrinário e da jurisprudência administrativa francesa, embora não seja a sua formulação unívoca, Vital Moreira destaca os seguintes principais princípios clássicos do serviço público:

- garantia de provisão, ou seja, garantia de que não deixará de haver oferta do serviço;
- continuidade, ou seja, garantia de fornecimento sem interrupções (salvo em caso de força maior), o que justificou quer a proibição da greve nos serviços públicos, quer ao menos a sua limitação;

21. Reiteramos que há serviços que, mesmo para a concepção tradicional de serviço público francesa, podem ser livremente explorados por particulares, sem exclusividade, como por exemplo atividades que envolvam educação e saúde.

22. Reiteramos ser essa a concepção tradicional francesa de serviço público, ressalvando que no Brasil é atualmente admitida a concorrência nos serviços públicos, sendo a exclusividade a exceção, como também prevê o art. 16 da Lei nº. 8.987/95: “Art. 16. A outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato a que se refere o art. 5º desta Lei”.

23. Os monopólios naturais “são infraestruturas cuja duplicação pode não ser viável, seja por razões de caráter econômico, seja por razões de caráter técnico (nas quais inserimos as razões ambientais, urbanísticas e relacionadas ao uso de bens públicos, como exporemos). Ou seja, nos casos em que a exploração de uma determinada atividade demandar um monopólio natural, haverá, com relação à propriedade e à operação de tal monopólio, uma exclusividade necessária do agente econômico” (SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre Iniciativa nos Serviços Públicos*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 205-206).

24. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 82.

- universalidade, ou seja, direito de acesso de todos os potenciais utentes, independentemente do seu lugar de residência;
- igualdade de tratamento dos utentes;
- retribuição uniforme, independentemente dos custos de fornecimento diferenciados de cada utente, e estabilidade das tarifas, sem responderem às variações da procura ou variações conjunturais nos custos;
- tarifas sociais abaixo do custo de produção, para certas categorias de utentes (pessoas de baixos rendimentos, reformados, deficientes, etc.) ou mesmo para toda a gente;
- adaptabilidade, ou seja, permanente ajustamento do serviço público às necessidades sociais.²⁵

Percebe-se, assim, que muitos dos elementos constantes da noção francesa tradicional de serviço públicos são ainda hoje em grande medida adotados no Brasil com relação ao regime jurídico dos serviços públicos (cf. Tópico IV), sobretudo no que se refere à titularidade estatal, ao regime jurídico de direito público e à incidência dos princípios acima mencionados para assegurar a sua adequada prestação.

Delineados os contornos gerais da noção tradicional de serviços públicos concebida na França, passaremos a examinar a modelagem jurídica originada na *common law* para disciplinar atividades econômicas de relevante interesse coletivo.

1.2 Concepção norte-americana de *public utilities*

Inexiste no direito norte-americano figura que equivalha precisamente à noção tradicional francesa de serviço público de titularidade estatal, prestado com exclusividade em um “regime jurídico de direito público” como o entendemos. Vale lembrar que classicamente pressupõe a *common law* a igualdade de regimes jurídicos, o que em princípio já parece inconciliável com a existência de normas e prerrogativas específicas para a atuação estatal, a ponto de ter Dicey na Inglaterra afirmado – o que vem sendo relativizado por parte da doutrina²⁶ – em 1885 ser o direito administrativo incompatível com a *common law*.

25. MOREIRA, Vital. Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Europeia. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./mar. 2003, p. 2.

26. ROHR, John A. Dicey's Ghost and administrative law. *Administration & Society*, Vol. 34 No. 1, March 2002 8-31.

Isso não significa que tenha a cultura jurídica da *common law* deixado de desenvolver instrumentos para ordenar e garantir a prestação adequada de atividades essenciais à satisfação de relevantes interesses da sociedade.

As atividades econômicas nos EUA sempre foram tradicionalmente consideradas em regra da esfera da iniciativa privada, sendo infensas à intervenção estatal, salvo pela incidência de normas gerais de polícia, para resguardar aspectos basilares como a segurança, a ordem, a saúde e a salubridade.

Ocorre que, a partir do início do século XX, o avanço econômico e tecnológico permitiu o desenvolvimento de atividades preexistentes e inéditas que passaram a ser consideradas essenciais à vida das pessoas a (ex.: ferroviárias, energia elétrica, telecomunicações etc.), porém, cuja exploração adequada para satisfação das necessidades coletivas não era assegurada suficientemente pela mera imposição de regras de polícia, por exemplo. Trata-se de atividades que geralmente envolvem estruturas de rede (ex.: estradas de ferro, sistema de telecomunicações e eletricidade) caracterizáveis como monopólios naturais,²⁷ cuja replicação por terceiros seria *a priori* inviável técnica e/ou economicamente.²⁸

Essas atividades foram então denominadas de *public utilities* (“utilidades públicas”), que passaram a ser objeto de regulação pelo Estado, geralmente por agências reguladoras, para controlar aspectos²⁹ como: (i) o ingresso de empresas no mercado, garantindo que tenham capacidade de atender às necessidades coletivas, por exemplo; (ii) a qualidade dos serviços ofertado ao público; (iii) os

27. William Novak defende ter identificado certa tendência de redução da abrangência das atividades econômicas englobadas no conceito de *public utilities*, se restringindo a indústrias que envolvam sistemas de rede e monopólios naturais (ex.: serviços de água, gás, eletricidade), ao passo que, originalmente, no início do século XX, englobava diversas outras atividades que deixaram de ser assim qualificadas, muitas vezes pelo desenvolvimento econômico e tecnológico que fez perder a relevância coletiva ou permitiu maior concorrência em alguns setores, como por exemplo transporte urbano, telecomunicações, rádio, oleodutos,, bancos, seguros, leite e combustíveis (NOVAK, William J. *The Public Utility Idea and the Origins of Modern Business Regulation*. In: LAMOREUX, Naomi R. L.; NOVAK, William J. *Corporations and American democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2017, p. 175).

28. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 91.

29. Sobre o tema, afirma ODETE MEDAUAR que “as *public utilities* apresentam-se como atividades que se encontram (*are affected with*) com o interesse público e por isso sujeitam-se a um controle de preços (para que se tenha um preço *reasonable*), ao controle da qualidade dos serviços e outros controles, realizados, de regra, por agências reguladoras independentes. Busca-se na regulação dos monopólios privados fazer face às falhas do mercado e garantir a concorrência” (MEDAUAR, Odete. *Serviços públicos e serviços de interesse geral: uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo* – anais do Seminário de Direito Administrativo Brasil-Espanha. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 118).

preços praticados, para que sejam razoáveis e permitam a fruição dos serviços pela coletividade; e (iv) a concorrência entre eventuais prestadores, quando possível, e em qualquer hipótese coibindo práticas anticompetitivas e abusivas perante os usuários, especialmente quando a *public utility* se relacione a monopólios naturais.³⁰

Como leciona Gustavo Binenbojm, com relação aos serviços qualificados como *public utilities*, “caracterizados, via de regra, como monopólios naturais, cabe ao Estado regular os elementos principais da atividade de produção do bem ou de prestação do serviço”.³¹

Aludidas utilidades, diferentemente do serviço público francês, não são consideradas públicas, de titularidade estatal,³² a serem exercidas por parti-

-
30. Segundo observa Wallace Lovejoy, a ordenação estatal “tem sido utilizado na regulação de *public utilities*, na qual, na maioria dos casos, envolve controle de todos os aspectos de um empreendimento, e tem sido usado na regulamentação de aspectos específicos de várias atividades de mercado, por exemplo: preços, relações de trabalho, padrões de produtos, etc.” (LOVEJOY, Wallace. *The need for a concept of public utility*. *South Texas Law Journal*, v. 3, p. 293-315, 1958. p. 294. Tradução livre). Ao avaliar a conexão entre *public utilities* e poder de polícia, William Novak analisa que “não foi por acaso que a ideia de poder de polícia se desenvolveu contemporaneamente na era das *public utilities*”, pois “o aumento de poder de regular dos negócios, a corporação e a economia por meio da *public utilities* foi parte essencial de um longo processo pelo qual o poder de polícia se moveu além do direito comum antigo e das limitações constitucionais – além de tradicionais preocupações de segurança, ordem e moral – para abraçar missão mais ambiciosa e prospectiva de garantir o ‘bem-estar público’ e fazer ‘política pública interna’. (...) Esse fundamental alargamento do poder de polícia é um dos sinais marcantes da era da *public utility*” (NOVAK, William. *The Public Utility Idea and the Origins of Modern Business Regulation*. In: LAMOREUX, Naomi R.; NOVAK, William J (Eds.). *The Corporation And American Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2017, p. 156, tradução livre).
31. BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 195-196. Conforme analisa o autor, “outra técnica regulatória importante de gestão de monopólios naturais consiste na utilização de estruturas econômico-financeiras de subsídio cruzado, aptas a viabilizar, sobretudo, o acesso universal a utilidades essenciais (*public utilities*). O subsídio cruzado consiste em uma estratégia econômica destinada a estruturar o funcionamento integral e equilibrado de determinada atividade, a qual se operacionaliza mediante uma estruturação financeira que inclui, necessariamente, nichos deficitários e superavitários de consumo” (BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 216).
32. Alexandre Aragão registra que “Gaspar Ariño Ortiz cita dois acórdãos (*Smyth v. Ames* e *Southwestern-Bell Telephone C. v. Missouri Public Service Commission*) minoritários, em que foi afirmada a titularidade estatal sobre as *public utilities*, concluindo em seguida que, ‘mesmo em um modelo teórico (a doutrina das *public utilities*) que se diz mais afinado com as teses privatizadoras e liberais das atividades econômicas, a tese da titularidade estatal dessas atividades essenciais chegou a ser igualmente formulada’ (*Principios de Derecho Público*

culares apenas mediante delegação e em nome do poder público.³³ Trata-se, ao revés, de atividades consideradas privadas e, portanto, relativamente livres a serem exploradas pela iniciativa privada por direito próprio, porém, dado o relevante interesse coletivo envolvido em sua fruição, são intensamente reguladas pelo Estado.³⁴ Diferentemente dos serviços públicos, cuja regulação é endógena, por se tratar de atividade pública estatal, a regulação das *public utilities* é exógena, voltada a atividades da órbita privada.³⁵

Também diferentemente da noção tradicional francesa de serviço público (o que vem sendo relativizado, veremos), as *public utilities* em princípio são exploradas em regime concorrencial pelos particulares, sem exclusividade, salvo

Económico, Ed. Comares e Fundación de Estudios de Regulación, Granada, 1999, pp. 515-516). No primeiro dos julgamentos, a Suprema Corte preceituou que ‘uma ferrovia é uma via pública e não deixa de sê-lo pelo fato de ser gerida por uma empresa privada; esta foi criada para fins públicos e está levando a cabo uma função do Estado’, e, no segundo, que ‘o investidor, ao aportar os seus capitais em uma empresa de serviço público, aceita que as tarifas ao público sejam razoáveis. Sua Companhia está substituindo o Estado na execução de uma função pública e se converte, assim, em um agente do Estado (*public servant*)’. Entendemos, todavia, que, malgrado a eventual formulação episódica da titularidade estatal em um ou outro acórdão, as diferenças básicas entre a sistemática anglo-saxônica e a latina não são ilididas” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 91).

33. Conforme a Tony Prosser, “há uma diferença conceitual: enquanto a concessão é concebida como uma delegação do Estado de poderes a ele reservados, a licença é mais uma intervenção regulatória sobre poderes essencialmente privados” (PROSSER, Tony. *Law and regulators*. Oxford: Clarendon Press, 1997. p. 290). Alexandre Aragão adverte que “essa diferença é, no entanto, um pouco relativa na prática, principalmente em nossos dias, quando os países do sistema dos serviços públicos, mesmo em relação aos que permaneceram sendo de titularidade estatal, os disciplinam com vistas a assegurar o maior número possível de mecanismos de mercado, tornando excepcional a exclusividade das concessões, aplicando a legislação consumerista e diminuindo o número e a intensidade das normas coercitivas incidentes sobre os prestadores (desregulação)” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 93).
34. Segundo William E. Mosher e Finla G. Crawford, “o interesse público sobre determinado empreendimento pode ser tão penetrante e abrangente que exija constante e detalhada supervisão e um alto grau de regulação. Onde isto ocorre, é comum se falar do empreendimento como sendo ‘público’, embora de propriedade particular. São a estes empreendimentos que a designação ‘utilidade pública (*public utility*)’ é normalmente aplicada; eles também são tratados como atividades ‘imbuídas da realização do interesse público (*affected with a public interest*)’” (MOSHER, William E.; CRAWFORD, Finla G. *Public utility regulation*. New York: Harper & Brothers Publishers, 1933. p. 3).
35. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 93. Em princípio, a regulação dos serviços públicos tende a ser mais intensa do que a de *public utilities* (atividades privadas reguladas), uma vez que, por não configurarem atividade estatal, há maiores barreiras à intervenção do Poder Público, que em tese não poderia, por exemplo, obrigar o particular a prestá-la com pretensão de universalidade.

nas hipóteses em que a competição não seja possível, geralmente quando envolvem monopólios naturais relacionados a estruturas em rede.³⁶

Feitas essas considerações, analisaremos adiante a concessão alemã de *daseinsvorsorge*.

1.3 Noção alemã de *Daseinsvorsorge*

“Não existe, na Alemanha, uma teoria ou, mais ainda, uma prática de serviço público que, aplicada a atividades específicas denominadas ‘fornecimento/suprimento’³⁷, estabeleça um regime de exceção enquadrado no direito público”.³⁸ Com essa frase o professor catedrático de Direito Econômico da Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade de Bochum (Alemanha), Johan-Christian Pielow, inaugura o texto com o eloquente título: “‘Serviço Público’ na França e ‘*Daseinsvorsorge*’ na Alemanha: convergência de objetivos, diversidade de meios” (tradução livre).

Embora inexista no direito administrativo alemão “um conceito jurídico (formal) de serviço público”, há “uma noção material, a *Daseinsvorsorge*, que está vinculada aos direitos fundamentais e à Constituição”.³⁹ Como explica Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, “a *Daseinsvorsorge* não é um conceito formal, facilmente enquadrável, mas requer referências e dados materiais para poder ser determinada: novamente podemos lembrar aqui o parágrafo de Forsthoff transcrito acima, no qual se refere àqueles princípios jurídicos fundamentais de natureza material. Não é que o *Daseinsvorsorge* seja um princípio fundamental no sentido estrito que tal expressão tem no ordenamento jurídico alemão, mas

36. Registramos que também o conceito de *public utilities* e sua respectiva funcionalidade já foi alvo de críticas doutrinárias. Ainda em 1940, Horace M. Gray, publicou artigo intitulado “*The Passing of the Public Utility Concept*”, afirmando haver certa “decadência institucional” do conceito de *public utilities*, pois a concepção teria sido desvirtuada de seu propósito original. Segundo o autor, a ideia de *public utilities* se originou como um sistema de contenção social concebido principalmente com o intuito de proteger os consumidores de ações monopolistas, porém, teria sido distorcida “para proteger a propriedade, ou seja, a expectativa capitalizada desses monopolistas em detrimento de justas demandas da sociedade” (GRAY, Horace M. *The passing of the public utility concept. Journal of Land and Public Utilities Economics*, v. 16, n. 1, p. 8-20, fev. 1940, tradução livre).

37. A palavra em espanhol utilizada no original foi “suministro”.

38. PIELOW, Johan-Christian. “Servicio Público” en Francia y “Daseinsvorsorge” en Alemania: convergencia de los objetivos, diversidad de los medios. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, nº 12, p. 17-31, 2004, p. 1. Tradução livre

39. JUSTEN, Monica Spezia. A evolução da noção de serviços públicos: da França à União Europeia. 2002. 336 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2002. Cap. 5, p. 195.

que ela está indireta e parcialmente contida, com aquele sentido abrangente que vimos, em muitas normas de direito fundamental. Sua importância reside, portanto, em ser um conceito material. Na qualidade de conceito material, globalmente confiado à Administração Pública, não se limita aos rigores nem ao confinamento de uma estrutura formal concreta. Está acima dela^{39,40}

O conceito de *daseinsvorsorge*, desenvolvido por Ernest Forsthoﬀ a partir dos anos 1930,⁴¹ corresponde à figura alemã criada para agrupar as atividades consideradas de relevante interesse da coletividade naquele país. Trata-se, em sua concepção tradicional, de categoria que pretende ser o eixo unificador do direito administrativo, procurando descrever as atividades consideradas de “assistência vital” para a sociedade.⁴² A palavra alemã não possui tradução que invoque a eloquência de sua imagem, razão pela qual a doutrina prefere desmembrá-la em partículas para delas então extrair o seu mais preciso significado. Ao examinar a estrutura da palavra *daseinsvorsorge*, Lorenzo Martín-Retortillo Baquer explica:

Dito termo é um conglomerado de três raízes distintas: a palavra *Sorge*, que significa cuidado, atenção, dedicação; o termo *Vor* é uma preposição que encerra a ideia de precedência, anterioridade, seja no tempo ou no espaço: anteposta aqui, antes do termo *Sorge*, vem expressar conjuntamente o significado de preocupação, aquisição, cuidado preventivo, prevenção etc.; a palavra *Dasein*, por fim, serve para denominar a própria existência humana. O conjunto das três raízes nos confere, pois, como tradução da palavra *Daseinsvorsorge*, a ideia de preocupação pela existência humana, de preocupação pelos pressupostos vitais, ou melhor ainda, superando a tradução estritamente literal para referir seu

40. BAQUER, Lorenzo Martín-Retortillo. La administración pública y el concepto de Daseinsvorsorge. *Revista de Administración Pública*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, nº. 38, maio-agosto, 1962, pp. 37-38 (tradução livre).

41. O primeiro trabalho de Ernest Forsthoﬀ que começa a estruturar a ideia de *Daseinsvorsorge* é o seu clássico artigo intitulado “*Die Verwaltung als Leistungsträger*” (“A administração como prestadora de serviços”), publicado em 1938. Já na obra “*Questões jurídicas da administração prestadora*”, publicada em 1959, o autor buscou sedimentar a relação entre *Daseinsvorsorge* e o papel da Administração Pública em torno desse conceito (GAMBOA, Jaime Orlando Santofimio. *Compendio de derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017, capítulo 1, C, versão e-book).

42. JUSTEN, Monica Spezia. A evolução da noção de serviços públicos: da França à União Europeia. 2002. 336 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2002. Cap. 5, p. 171.

conteúdo ideológico, a ideia de assistência vital ou de prestações vitais. Quando se fala, pois, de *Daseinsvorsorge* se quer expressar, portanto, uma atividade relacionada com a existência ou com a vida humana em seu mais pleno sentido.⁴³

Em conjunto com o conceito de *Daseinsvorsorge*, Ernest Forsthoff propõe a expressão “*leistende Verwaltung*”, traduzida pela doutrina como a “Administração fornecedora de benefícios”, que pressupõe atuação estatal ativa e direta a fim de proporcionar bens e serviços essenciais aos particulares⁴⁴. A concepção de *Daseinsvorsorge* é compreendida a partir da ideia de espaço vital do indivíduo, o qual, por sua vez, possui as seguintes subdivisões: (i) espaço vital de domínio (*der beherrschte Lebensraum*), integrado por posições nas quais o indivíduo tem domínio sobre os bens e serviços necessários à própria existência pessoal, constituindo sua independência e autossuficiência; já o (ii) espaço vital coletivo ou efetivo (*der effektive Lebensraum*) é constituído por todos os bens ou serviços que o agente individualmente não controla, já que são de uso comum da coletividade, e dos quais todos dependem essencialmente, relacionados à sua existência em sociedade.⁴⁵

O fornecimento de bens e serviços considerados de assistência vital procura atender a necessidades coletivas que apenas seriam plenamente satisfeitas mediante alguma forma de intervenção estatal em maior ou menor grau, isto é, que não seriam adequadamente supridas pelo livre mercado, o que inclusive se aproxima da concepção original de serviço público à francesa desenvolvida por León Duguit (cf. Tópico II.1). Da mesma forma, o espaço vital coletivo de Ernest Forsthoff é justamente integrado por todas a prestação de bens e serviços necessários para a subsistência coletiva dos indivíduos,⁴⁶ como por

43. BAQUER, Lorenzo Martín-Retortillo. La administración pública y el concepto de *Daseinsvorsorge*. *Revista de Administración Pública*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, nº. 38, maio-agosto, 1962, p. 37-38. Tradução livre.

44. BAQUER, Lorenzo Martín-Retortillo. La administración pública y el concepto de *Daseinsvorsorge*. *Revista de Administración Pública*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, nº. 38, maio-agosto, 1962, p. 38, tradução livre.

45. GAMBOA, Jaime Orlando Santofimio. *Compendio de derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017, capítulo 1, C, versão e-book. Tradução Livre.

46. FORSTHOFF, Ernest. The Administration as provider of services. In: JACOBSON, Arthur; SCHLINK, Bernhard (Ed.). *Weimar: A Jurisprudence of Crisis*. Berkeley: University of California Press, 2001, pp. 326-327.