SUMÁRIO

PREFÁCIO
Floriano de Azevedo Marques Neto 19

APRESENTAÇÃO
Odete Medauar 23

INTRODUÇÃO 25
Objeto de pesquisa 25
Delimitação da noção de serviço público 28
Delimitação na noção de concorrência 29
Estrutura do trabalho 31

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

CAPÍTULO 1
A NOÇÃO TRADICIONAL DE SERVIÇO PÚBLICO E SEU REGIME JURÍDICO NO BRASIL 37
1.1 A formação da noção de serviço público 37
1.1.1 Breves considerações sobre a formação da noção no direito europeu 37
1.1.2 O surgimento da noção no direito brasileiro 40
1.1.3 Serviço público como atividade estatal 43
1.1.4 A doutrina de Themistocles Brandão Cavalcanti 46
1.2 O regime jurídico dos serviços públicos 47
1.2.1 A divisão entre regimes de direito privado e de direito público 47
1.2.2 Conceito e regime jurídico dos serviços públicos nas concepções tradicionais 53
1.2.3 Aplicação e consequências do regime jurídico de direito público 58
1.3 O serviço público como forma de atividade econômica especial 60
1.4 O reflexo da doutrina na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal 65
1.4.1 Atribuição de benefícios e prerrogativas 66

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

1.4.2 Concepção subjetiva de serviço público 68
1.4.3 Concepção objetiva de serviço público 69
1.4.4 Exclusividade na prestação dos serviços públicos 70
1.4.5 Criação de serviços públicos por lei 73
1.4.6 Breve conclusão 73

CAPÍTULO 2
OS FUNDAMENTOS E AS CONSEQUÊNCIAS DA NOÇÃO TRADICIONAL DE SERVIÇO PÚBLICO 75
2.1 Razões da formação da noção tradicional de serviço público 75
2.1.1 Influência da Escola do Serviço Público francesa 76
2.1.2 A influência do direito italiano 77
2.1.3 Interesses governamentais 79
2.1.4 A necessidade de explicação jurídica para situações de fato 82
2.1.5 Concepções ideológicas 85
2.1.6 A necessidade de utilização de bens públicos e privados 86
2.1.7 Breve conclusão parcial 88
2.2 As consequências da noção tradicional de serviço público no Brasil 88
2.2.1 O apego ao elemento subjetivo ou orgânico e a noção de titularidade estatal 88
2.2.2 A interpretação da Constituição segundo a doutrina 90
2.2.3 Serviço público como prerrogativa estatal, e não como obrigação ..92

PARTE II
RAZÕES DA REVISÃO DA NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

CAPÍTULO 3
OS SERVIÇOS PÚBLICOS COMO OBRIGAÇÃO ESTATAL 97
3.1 Serviços públicos e direitos fundamentais 97
3.1.1 Os serviços públicos como instrumento para a realização dos direitos fundamentais 101
3.1.1.1 Direitos fundamentais e necessidades coletivas 104
3.1.1.2 Serviços públicos e a restrição de outros direitos fundamentais 108
3.1.2 A jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão 111
3.1.3 Os serviços públicos e os direitos subjetivos públicos 114
3.2 Os serviços públicos como obrigação e não como prerrogativa.. 116
3.3 O conteúdo dos artigos 173 e 175 da Constituição Federal 123
3.3.1 A visão tradicional da doutrina 124
3.3.2 A necessidade de uma revisão 126
3.3.2.1 O regime jurídico 127
3.3.2.2 A titularidade estatal 130
3.3.2.3 O artigo 173 como fundamento do artigo 175 131

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

3.3.3 A nossa posição 132
3.4 Uma interpretação hodierna da noção de serviço público à luz do conteúdo do artigo 175 da Constituição Federal 135

CAPÍTULO 4
A APLICAÇÃO DAS NORMAS DE CONCORRÊNCIA AOS SERVIÇOS PÚBLICOS 139
4.1 A concorrência na ordem econômica constitucional do Brasil 139
4.1.1 A livre concorrência como princípio da ordem econômica 140
4.1.2 A concorrência como instrumento de proteção e promoção do cidadão 144
4.2 A aplicabilidade das regras de defesa da concorrência aos serviços públicos 147
4.2.1 A necessidade de aplicação das normas de concorrência aos serviços públicos 150
4.2.2 A mitigação das normas concorrenciais para garantia do alcance das finalidades do serviço público 155
4.2.2.1 O caso da Comunidade Europeia 164
4.3 Os interesses públicos tutelados: interesses dos usuários ou interesses do Estado? 168
4.3.1 As diversas vertentes de interesses públicos 169
4.3.2 O interesse do estado no serviço público monopólico 174
4.3.3 Os interesses dos usuários 177

CAPÍTULO 5
SERVIÇOS PÚBLICOS E EXCLUSIVIDADE NA ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL 183
5.1 A previsão constitucional dos serviços públicos e a ausência da regra de exclusividade 183
5.1.1 A disciplina dos serviços públicos de telecomunicações anteriormente à Emenda Constitucional nº 8/95 185
5.1.2 A disciplina dos serviços públicos de distribuição de gás natural canalizado anteriormente à Emenda Constitucional nº 5/95 189
5.1.3 Conclusão preliminar 192
5.2 As hipóteses de exclusão da concorrência em atividades na Constituição Federal e seu critério restritivo 193
5.2.1 A Constituição Federal de 1988 e a Constituição Federal de 1967 195
5.3 A distinção entre serviços públicos e monopólios de acordo com a ordem econômica constitucional 199
5.4 Os monopólios naturais e os serviços públicos 202
5.4.1 Conceito de monopólio natural 202
5.4.2 Monopólios naturais e monopólios jurídicos 207
5.4.3 O papel dos monopólios naturais na construção dos serviços públicos como atividade inadmitem a concorrência 209

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

5.5 Os serviços postais 214
5.5.1 O regime jurídico dos serviços postais no Brasil 214
5.6 A superação da noção dos serviços públicos impassíveis de concorrência 216
5.6.1 As razões fáticas da superação 217
5.6.2 As razões jurídicas da superação 221

PARTE III

OS DESAFIOS DO NOVO SERVIÇO PÚBLICO

CAPÍTULO 6
O NÚCLEO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS 227
6.1 A permanência do serviço público e sua configuração 227
6.2 Serviço público titularidade e serviço público regime jurídico 236
6.3 O regime jurídico dos serviços públicos 239
6.3.1 O regime jurídico de serviço público previsto no direito positivo 241
6.3.1.1 Universalização 242
6.3.1.1.1 Universalização e concorrência 245
6.3.1.2 Continuidade 251
6.3.1.3 Modicidade tarifária 256
6.3.1.3.1 Modicidade tarifária em um cenário concorrencial 261
6.3.1.3.2 Concorrência e subsídios tarifários 263
6.3.1.4 A necessária modulação do regime dos serviços públicos 266
6.3.1.5 Modicidade tarifária *versus* universalização 269
6.4 A tensão entre liberdade e ônus dos prestadores 272

CAPÍTULO 7
A PRESTAÇÃO CONCORRENCIAL DOS SERVIÇOS PÚBLICOS 277
7.1 Breve introdução: o novo serviço público e a concorrência 277
7.2 Prestação concorrencial sem assimetria de regimes jurídicos 279
7.2.1 A questão do equilíbrio econômico-financeiro 285
7.3 Prestação concorrencial com assimetria de regimes 288
7.4 Acessibilidade às atividades dos serviços públicos 292
7.4.1 O acesso às atividades em regime de serviço público 293
7.4.1.1 Prestação direta pelo Estado 293
7.4.1.2 Concessões de serviços públicos 297
7.4.1.2.1 Elementos clássicos da concessão e sua revisão 300
7.4.1.3 Permissão de serviços públicos 303
7.4.1.4 Subconcessão de serviços públicos 305
7.4.1.5 Arrendamento portuário 307
7.4.2 O acesso às atividades fora do regime de serviço público 309
7.4.2.1 O princípio da livre iniciativa 310

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

7.4.2.2 A necessidade de autorizações regulatórias 311
7.4.2.3 A necessidade de títulos habilitantes da administração ordenadora 318
7.4.2.4 A desnecessidade de qualquer título especial 321
7.5 Os serviços públicos e a concorrência 322

CONCLUSÃO 325

REFERÊNCIAS 335

ÍNDICE DE ASSUNTO 347

ÍNDICE ONOMÁSTICO 353

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br