STJ00104757

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO

Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Público pela UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

DIREITO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

4ª edição revista e atualizada

Belo Horizonte

Fórum
CONHECIMENTO JURÍDICO

2017

STJ00104757

© 2007 1ª edição Forense
2008 2ª edição Forense
2013 3ª edição Forense
© 2017 4ª edição Editora Fórum Ltda.

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari
Alécia Paolucci Nogueira Bicalho
Alexandre Coutinho Pagliarini
André Ramos Tavares
Carlos Ayres Britto
Carlos Mário da Silva Velloso
Cármen Lúcia Antunes Rocha
Cesar Augusto Guimarães Pereira
Clovis Beznos
Cristiana Fortini
Dinorá Adelaide Musetti Grotti
Diogo de Figueiredo Moreira Neto
Egon Bockmann Moreira
Emerson Gabardo
Fabrício Motta
Fernando Rossi
Flávio Henrique Unes Pereira
Floriano de Azevedo Marques Neto
Gustavo Justino de Oliveira
Inês Virgínia Prado Soares
Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Juarez Freitas
Luciano Ferraz
Lúcio Delfino
Marcia Carla Pereira Ribeiro
Márcio Cammarosano
Marcos Ehrhardt Jr.
Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Ney José de Freitas
Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Paulo Modesto
Romeu Felipe Bacellar Filho
Sérgio Guerra
Walber de Moura Agra

Fórum
CONHECIMENTO JURÍDICO

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012
Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949
www.editoraforum.com.br – editoraforum@editoraforum.com.br

A659d Aragão, Alexandre Santos de

Direito dos serviços públicos / Alexandre Santos de Aragão – 4. ed. – Belo Horizonte : Fórum, 2017.

619 p.

ISBN: 978-85-450-0200-0

1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional. 3. Direito Econômico. I. Título.

CDD 341.3
CDU 342

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017. 619 p. ISBN 978-85-450-0200-0.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 15

CAPÍTULO 1
INTRODUÇÃO 17
1.1 Colocação do tema: "O Jardim e a Praça" 17
1.2 Plano da obra 30

CAPÍTULO 2
A EVOLUÇÃO DAS ATIVIDADES PRESTACIONAIS DO ESTADO 35
2.1 Introdução 35
2.2 Antecedentes remotos 36
2.2.1 Antiguidade 36
2.2.2 Feudalismo 37
2.3 Estado absolutista 38
2.4 Estado liberal 40
2.5 Estado pluriclasse e Constituição econômica 44
2.5.1 Estado social (ascensão e declínio) 46
2.5.2 Estado regulador 50
2.6 Especificidades históricas brasileiras 57
2.6.1 Aspectos gerais 57
2.6.2 Brasil-Colônia e Império 59
2.6.3 A República 61
2.6.4 A estatização 62
2.6.5 A desestatização no Brasil e no contexto latino-americano 67

CAPÍTULO 3
A NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO 71
3.1 Introdução 71
3.2 O "Serviço Público à Francesa" 72
3.2.1 Léon Duguit: a interdependência social 74
3.2.2 Gaston Jèze: o regime jurídico de Direito Público 79
3.2.3 Maurice Hauriou: poder de império e serviço público 82
3.2.4 Balanço das principais posições doutrinárias francesas sobre os serviços públicos: relatividade das divergências 86
3.2.5 A construção da jurisprudência francesa 87
3.3 A *common law* e as *public utilities* 89
3.4 União Europeia: serviços de interesse econômico geral e serviços universais 95

CAPÍTULO 4
O CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO 103
4.1 Advertência preliminar 103
4.2 Metodologia jurídica e a elaboração de conceitos em um direito administrativo em evolução 104
4.3 A busca de um conceito de serviço público 110
4.4 O conceito de serviço público à luz da Constituição Federal de 1988 112

4.4.1 Os dispositivos constitucionais pertinentes à atividade prestacional do Estado 112
4.4.2 Os sentidos de "serviço público" extraíveis da Constituição 120
4.4.2.1 Concepção amplíssima de serviço público (e os "princípios dos serviços públicos") 121
4.4.2.2 Concepção ampla de serviço público 123
4.4.2.3 Concepção restrita de serviço público 124
4.4.2.4 Concepção restritíssima de serviço público 124
4.4.2.5 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF 125
4.4.2.6 O conceito proposto 128
4.5 Institutos afins 135
4.5.1 Funções públicas e poder de polícia 137
4.5.2 Serviços *uti universi* 139
4.5.3 Fomento 142
4.5.4 Atividades econômicas exploradas pelo Estado (em concorrência com a iniciativa privada e como monopólio) 143
4.6 Serviços públicos sociais e serviços compartidos 146
4.7 Conclusões 152

CAPÍTULO 5
ATIVIDADES PRIVADAS REGULAMENTADAS 153
5.1 Natureza jurídica 153
5.2 O direito fundamental de livre-iniciativa 158
5.3 O núcleo essencial da iniciativa privada como limite da regulação 161
5.3.1 Impossibilidade de invocação de "supremacia do interesse público" 164
5.4 Limites e possibilidades de imposição de obrigações positivas 165
5.5 Autorizações administrativas operativas 168
5.6 Autorizações vinculadas 172
5.7 As atividades enumeradas no artigo 21 da Constituição, sujeitas à autorização 177

CAPÍTULO 6
O SERVIÇO PÚBLICO E AS SUAS CRISES 187
6.1 A permanente crise dos conceitos de serviço público 187
6.2 A primeira crise dos serviços públicos 188
6.3 A segunda crise dos serviços públicos 190
6.4 Propostas de superação do instituto 192
6.5 Os múltiplos graus de publicização das atividades econômicas 198
6.6 A manutenção do instituto no Direito brasileiro 201

CAPÍTULO 7
SERVIÇOS PÚBLICOS EM ESPÉCIE 205
7.1 Advertência preliminar 205
7.2 Telecomunicações 206
7.3 Energia elétrica 211
7.4 Serviço postal 222
7.5 Transporte terrestre de passageiros 225
7.6 Portos 230
7.7 Rodovias 233
7.8 Coleta de lixo 235
7.9 Distribuição de gás canalizado 237
7.10 Água e esgoto 238

CAPÍTULO 8
AS FONTES DO DIREITO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS 243
8.1 Conceito e objetivos do marco regulatório 244
8.2 A Constituição 247
8.2.1 Aspectos gerais 247
8.2.2 Constituição e administração pública prestacional 248
8.2.3 Os serviços públicos na Constituição 249
8.2.4 Competências legislativas federativas sobre serviços públicos 250
8.2.5 Competências de iniciativa legislativa 252
8.3 Leis: o princípio da legalidade e regulamentos administrativos 253
8.3.1 Não contrariedade, conformação formal e conformação material 257
8.3.2 Nossa posição: conformidade material de baixa densidade normativa principiológica 258
8.3.3 Princípio da legalidade e reserva de lei 267
8.3.4 O princípio da legalidade aplicado aos serviços públicos e a criação legislativa de serviços públicos não previstos na Constituição 269
8.4 Características das leis reguladoras dos serviços públicos 274
8.4.1 Normas voltadas para a realização de objetivos concretos (instrumentalidade) 275
8.4.2 Abertura à consensualidade (acordos regulatórios) 282
8.4.3 Normas que "dialogam" com os subsistemas regulados (intersistematicidade) 286
8.4.4 Organização em redes normativas (reticularidade) 288
8.4.5 Cautelas necessárias 291
8.5 Normas editadas por entidades reguladoras, independentes ou não 294
8.6 Editais de licitação e contratos de delegação 299
8.7 A Autorregulação dos serviços públicos 304
8.8 Normas dos delegatários de serviços públicos 310

CAPÍTULO 9
SERVIÇOS PÚBLICOS E CONCORRÊNCIA 315
9.1 A permeabilização do regime dos serviços públicos pela concorrência 315
9.2 Elementos que propiciaram a concorrência nos serviços públicos 319
9.3 Fatores de cautela na concorrencialização dos serviços públicos 322
9.4 Proporcionalidade entre concorrência e necessidades de serviço público: concorrência-instrumento 324
9.5 Instrumentos da concorrência 330
9.5.1 Facilitação à entrada no mercado 331
9.5.2 Redução do espaço de titularidade estatal exclusiva 332
9.5.3 Relativa liberdade de preços 332
9.5.4 Assimetria regulatória 334
9.5.5 Desverticalização e desconcentração 335
9.5.6 Separação entre gestão da infraestrutura e prestação dos serviços 338
9.5.7 Competição entre setores distintos de serviços públicos 339
9.5.8 Compartilhamento de infraestruturas 339
9.5.8.1 A Teoria das Instalações Essenciais (*Essential Facilities Doctrine*) 343
9.5.8.2 A aplicação da Teoria das Instalações Essenciais aos serviços públicos no Direito positivo brasileiro 350
9.5.8.3 Natureza jurídica do acesso 355
9.5.8.4 Arbitramento administrativo de conflitos 365
9.6 Competências do CADE e aplicação da Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011) 369

CAPÍTULO 10
SERVIÇOS PÚBLICOS E DIREITO DO CONSUMIDOR 379
10.1 Introdução 379
10.2 A influência da concorrência sobre a aplicação do direito do consumidor nos serviços públicos 383
10.3 A aplicação do direito do consumidor como evolução da noção de interesse público 385
10.3.1 Direito dos consumidores e os serviços públicos como instrumentos de efetivação de direitos fundamentais 387
10.4 As diversas teorias sobre a posição jurídica dos usuários de serviços públicos 389
10.4.1 Teorias privatistas 389
10.4.2 Teorias publicistas 390
10.4.3 Teorias mistas 391
10.5 Os limites da aplicação do CDC aos serviços públicos 393

CAPÍTULO 11
SERVIÇOS PÚBLICOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS 401
11.1 Direito à prestação do serviço público: direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana 401
11.2 Direito à melhoria das condições de prestação do serviço (princípio da adaptação) 408
11.3 Direito à manutenção das condições de prestação do serviço (vedação do retrocesso) 409
11.4 Direitos fundamentais dos usuários não previstos no marco regulatório e garantias dos concessionários 411
11.5 A suspensão do serviço em razão do inadimplemento do usuário 414

CAPÍTULO 12
CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS 421
12.1 Formas de prestação dos serviços públicos 421
12.1.1 Prestação centralizada 422
12.1.2 Prestação descentralizada 422
12.1.2.1 Concessionárias com participação societária estatal minoritária 424
12.2 Breve histórico das concessões 426
12.3 Natureza jurídica das concessões de serviços públicos 429
12.4 Conceito de concessão de serviços públicos 430
12.5 Normas aplicáveis 435
12.6 Licitação 435
12.7 O contrato de concessão 436
12.8 Regulação e fiscalização 445
12.8.1 Direito sancionador das concessões 449
12.8.2 Efeitos positivos do silêncio da administração em relação aos pleitos da concessionária 453
12.9 Responsabilidade civil dos prestadores de serviços públicos 455
12.10 Remuneração da concessionária 459
12.11 Bens reversíveis 467
12.12 Utilização pelo concessionário de bens públicos ou afetados a outros serviços 469
12.13 Elementos modificáveis e imodificáveis da concessão 477
12.14 Equilíbrio econômico-financeiro 479
12.14.1 A insuficiência dos critérios tradicionais de equilíbrio econômico-financeiro: o equilíbrio dinâmico e o compartilhamento de riscos 487
12.15 Extinção da concessão 494

12.15.1 Fim do prazo contratual 494
12.15.2 Encampação ou resgate 495
12.15.3 Caducidade 495
12.15.4 Rescisão 496
12.15.5 Anulação 497

CAPÍTULO 13
PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS – PPPs 499
13.1 A conjuntura do surgimento do instituto 499
13.2 Parcerias público-privadas em sentido amplo e restrito 502
13.3 As parcerias público-privadas na Lei Federal nº 11.079/2004 504
13.3.1 Concessões patrocinadas 504
13.3.2 Concessões administrativas 507
13.3.3 Conceito de PPPs 513
13.4 Leis estaduais e municipais de PPPs 514
13.5 PPPs e responsabilidade fiscal 515
13.6 Financiamento e garantias 518
13.7 Procedimento licitatório 525
13.8 O contrato de PPP 530
13.8.1 Divisão de riscos 530
13.8.2 Sociedade de propósito específico (SPE) 535
13.9 Órgãos planejadores e reguladores 536

CAPÍTULO 14
OUTRAS ESPÉCIES DE DELEGAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS 539
14.1 Introdução 539
14.2 Permissão 541
14.3 Autorizações contratuais 544
14.4 Arrendamento 549
14.5 Franquia pública 552
14.6 Credenciamento 555
14.7 Contratos de gestão 559
14.8 Termos de parceria com OSCIPs 564
14.9 Gerência privada de estabelecimentos públicos 565
14.10 Convênios 566
14.11 Consórcios públicos 570
14.12 Termos de colaboração, termos de fomento e acordos de cooperação com organizações da sociedade civil 574

REFERÊNCIAS 579

OBRAS DO AUTOR 609