

## Concorrência na prestação dos serviços públicos e seus limites

Vitor Rhein Schirato

SUMÁRIO: 1. Introdução. – 2. Serviço público e mercado. – 3. A estruturação dos mercados relevantes dos serviços públicos. – 4. Conclusão.

### 1. *Introdução*

A regulação dos serviços públicos é tema em constante transformação. Diversos são os fatores que contribuem para essa realidade. Por evidente, a razão primordial para essa constante transformação consiste na inerente mutabilidade dos serviços públicos.<sup>1</sup> Não obstante, para além da mutabilidade das necessidades sociais a serem atendidas pelos serviços públicos, há uma constante transformação decorrente de fatores extrínsecos ao serviço, em função das formas de obtenção dos recursos necessários para sua prestação, da necessidade de preservação do meio ambiente, de desenvolvimento tecnológicos, entre outros.

Nas últimas duas décadas, uma das principais transformações verificadas na prestação dos serviços públicos decorreu da implantação de concorrência<sup>2</sup> entre diversos agentes insertos dentro do respectivo mercado relevante, em contraste ao monopólio tradicionalmente conhecido.

São diversas as razões para essa transformação, como, por exemplo, o desenvolvimento de novas tecnologias que possibilitaram o compartilhamento de redes que geravam monopólios naturais, a transformação do Estado de prestador em

---

<sup>1</sup> Nas precisas palavras de J. Morand-Deville «o serviço deve evoluir em função das necessidades do público e se adaptar às mudanças: evolução tecnológica (evolução informática), crescimento da população etc.». Cf. *Droit Administratif*, 12<sup>a</sup> ed., Paris, 2012, 466.

<sup>2</sup> Aqui, ao falar de concorrência, referimo-nos à concorrência entre agentes insertos no mercado e não na concorrência de agentes *pele* mercado, haja vista que a concorrência *pele* mercado sempre existiu e permanecerá existindo na medida em que o artigo 175 da Constituição Federal expressamente determina que a outorga de concessões e permissões de serviços públicos depende de prévia licitação.

regulador, substituindo-se a prestação estatal monopólica por uma prestação concorrencial privada e a própria revisão da relevância de preservação do conceito de serviço público no campo do direito econômico e da economia.

Todos esses elementos, sem dúvidas, reúnem enorme complexidade e poderiam ser objeto de estudos autônomos. Contudo, há um elemento comum que permeia a totalidade da discussão ora colocada: a relevância de se aproveitar ganhos de eficiência da iniciativa privada econômica para se gerar melhorias na prestação dos serviços públicos e benefícios para os usuários. É dizer, independentemente de qual fator venha a ser analisado para se verificar o que levou a uma prestação concorrencial dos serviços públicos, é fato que em qualquer caso a necessidade de aumento de eficiência aparece como definitivo para a transformação da forma de prestação dos serviços públicos.<sup>3</sup>

Não obstante a pertinência da discussão e a relevância da inserção da concorrência na prestação dos serviços públicos como elemento de transformação dos mercados relevantes desses serviços, fato é que há particularidades nos serviços públicos que não podem ser descuradas. Afinal, não se trata de uma atividade econômica qualquer. Trata-se de uma atividade econômica altamente relevante para a prosperidade de uma sociedade e para os alcances de finalidades de um Estado ainda muito responsável pela garantia do bem estar da população.

Via de consequência, analisar a inserção da concorrência na prestação dos serviços públicos e afirmar sua possibilidade jurídica não encerra a questão. É necessário, também, a nosso ver, analisar até que ponto poderá haver a prestação concorrencial dos serviços públicos em face de suas finalidades juridicamente postas.

Portanto, o objetivo deste estudo é, de um lado, propor uma revisão do conceito de serviço público para assentar a possibilidade – e, até mesmo, a preferência – de uma prestação liberalizada com uma concorrência tão ampla quanto possível entre os agentes insertos nos respectivos mercados; e, por outro lado, apresentar balizas e critérios para controlar a concorrência, sopesando os benefícios de um mercado concorrencial com as necessidades de alcance de finalidades inerentes ao serviço público.

---

<sup>3</sup> Sobre o tema, confira-se: L. Torchia, *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, 2ª ed., Bolonha: 2010, 107.

## 2. Serviço público e mercado

A relação entre serviço público, concorrência, livre iniciativa e, portanto, mercado nunca foi das mais simples. Em quase 150 anos de história de discussões acadêmicas e práticas sobre o serviço público, nunca foi trivial a determinação de como essa atividade interage com o mercado, notadamente no que se refere à livre iniciativa no empreendimento da atividade e na existência de concorrência em sua oferta.

A razão para tanto é simples. Como é cediço, o conceito de serviço público começa a ganhar relevo no mundo jurídico a partir do célebre Arrêt Blanco do Conselho de Estado Francês, proferido em 8 de fevereiro de 1873<sup>4</sup>. Nessa decisão, fica determinado ser de competência do Conselho de Estado a solução de todos os litígios que envolvessem a prestação de um serviço público.

Na esteira do entendimento de Stéphane Braconnier, a relevância do arrêt em questão decorre do fato de que, pela primeira vez, foi proposto um conceito simples e objetivo que determinaria a competência do Conselho de Estado e, pois, de incidência do próprio direito administrativo. E esse conceito tinha um papel de grande relevo para o Estado-providência que emergia àquela época: determinar o abandono da jurisprudência tradicional dos atos de império vs. atos de gestão como elemento ensejador da competência do Conselho de Estado<sup>5</sup>.

Nesse diapasão, o conceito de serviço público terá um papel determinante na separação entre público e privado, na medida em que cria um espaço de ação do público, consubstanciado na prestação de um serviço público, e afirma o espaço de ação privado, consubstanciado em tudo aquilo que não seja um serviço público. Com isso, a dicotomia direito civil / direito administrativo ganha contornos muito especiais com o desenvolvimento da noção de serviço público.

Com o desenvolvimento da ideia de serviço público, consolida-se o entendimento de que esse seria o campo de ação do Estado, enquanto os demais campos seriam reservados à iniciativa privada. Não por outra razão, Gaston Jèze, ao apresentar seu reconhecido conceito de serviço público, esteia-se em três elementos: relevância social da atividade (elemento material), submissão a um regime jurídico especial de direito público (elemento formal) e encampação da atividade pelos órgãos do Estado (elemento orgânico)<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Como elucidam G.J. Guglielmi, G. Koubi, os fundamentos da noção de serviço público antecedem o caso Blanco e, portanto, os debates entre a Escola de Bordeaux e a Escola de Toulouse. 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. Cf. G.J. Guglielmi, G. Koubi, *Droit du service public*, 2ª ed., Paris, 2007, 39.

<sup>5</sup> S. Braconnier, *Droit des services publics*, 2ª ed., Paris, 2007, 106-107.

<sup>6</sup> Cf. G. Jèze, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, vol. II, Buenos Aires, 1949, tradução Juan N. San Millán Almagro, 4 ss.

Esses três elementos encontram-se intimamente entrelaçados e aplicados à separação entre público e privado. Isso porque as atividades de interesse coletivo deveriam ser encampadas pelo Estado e, portanto, estariam sujeitas a um regime jurídico especial. Trata-se da antítese das atividades privadas, eis que essas seriam de interesse individual, explorada livremente por particulares e regime sujeito ao direito comum (i.e., direito civil).

No direito italiano, a incorporação do conceito de serviço público tem itinerário um tanto distinto daquele existente no sistema francês, mas ainda assim caracterizador de uma apartação entre serviço público e mercado. Como narra Sabino Cassese, a ideia de serviço público na Itália tem seu advento no começo do século XX, quando determinadas atividades passaram a ser, por lei, exploradas pelo Estado. Ainda em consonância com as lições do autor, o conceito tradicional de serviço público no direito italiano tem duas características fundamentais: a reserva originária da atividade, segundo a qual a atividade é originariamente reservada ao Estado – e, pois, interdita à iniciativa privada – e a prestação da atividade pelo Estado ou por alguém sujeito ao seu controle (societário ou contratual)<sup>7</sup>.

No direito brasileiro, vê-se que as duas teorias mais difundidas da noção de serviço público têm influência direta das noções francesa e italiana descritas de forma brevíssima acima.

Segundo o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, o serviço público estaria impregnado do tal regime jurídico de direito público e, portanto, estaria diretamente embrenhado no corpo do Estado, distanciando-se de qualquer noção de mercado. É flagrante na noção de serviço público apresentada pelo autor a presença dos três elementos destacados por Jéze, na medida em que o serviço público seria uma atividade material fruível individualmente pelos cidadãos (critério material), prestada pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes (critério orgânico) e sujeita a um regime especial de direito público consagrador de prerrogativas específicas (critério formal).<sup>8</sup>

Já segundo o entendimento de Eros Roberto Grau, a ideia de serviço público emanaria de um campo público da atividade econômica, privativo do Estado. Segundo o autor, as atividades econômicas, segundo a ordem econômica constitucional, seriam divididas entre as atividades em sentido amplo e as atividades em sentido estrito. As primeiras consideram o lado público da atividade econômica (i.e., serviço público) e as segundas são mais estritas e consideram apenas o universo tipicamente privado das atividades econômicas, exploradas, como regra, em regime privado por agentes particulares.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2004.

<sup>8</sup> C.A. Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 29ª edição, São Paulo, 2012, 686.

<sup>9</sup> E.R. Grau, *A ordem econômica na constituição de 1988*, 7ª ed., São Paulo, 2002, 138 ss.

Em todos esses casos, vê-se que a noção de serviço público, segundo a doutrina mais tradicional (e ultrapassada, diga-se), vem apartada das ideias de mercado e concorrência. O serviço público seria o campo típico da ação do Estado e, portanto, apenas por ele ou aqueles por ele designados explorado. Nessa visão, os serviços públicos teriam como premissa a exclusividade e o monopólio, dado que seriam atividade inerentemente infensa à ideia de livre iniciativa.

Como já tive a oportunidade de longa e detidamente analisar em estudo anterior, essa noção parece-me completamente equivocada. Pode ter feito sentido em um momento em que se pretendia afirmar o Estado-providência e garantir a juridicidade de uma ação estatal interventiva, em contraste ao entendimento dominante durante a predominância do raciocínio do liberalismo econômico extremado. Hoje, contudo, à luz da estrutura constitucional predominante, não faz qualquer sentido permanecer repetindo as mesmas ideias de quase um século atrás.<sup>10</sup>

Ao que me parece, os serviços públicos são atividades econômicas como quaisquer outras. Sua única particularidade consiste no fato de que, por sua grande relevância para a satisfação de determinados direitos fundamentais, constitui uma obrigação imposta pela ordem jurídica ao Estado, de forma que este deve ofertar a atividade ou, no mínimo, garantir sua prestação à coletividade.

Explico-me. A estrutura contemporânea de relacionamento entre Estado e cidadãos é construída sobre as bases de certos direitos que o Texto Constitucional determina como fundamentais. Tal estrutura foi inaugurada com o advento da Lei Fundamental de Bonn de 1949, cujo artigo 1º, item 3, determina serem os direitos fundamentais aplicação direta, independentemente de reconhecimento por lei parlamentar, e vinculação vertical sobre os três poderes do Estado.

Em conformidade com as lições de Volker Epping, os direitos fundamentais têm uma dimensão objetiva e uma dimensão subjetiva. Na objetiva, impõem um dever de ação ou inação ao Estado, de forma que este deva fazer ou se abster de fazer algo. Já na subjetiva criam nos cidadãos o direito subjetivo de pleitear a abstenção do Estado e fazer algo ou exigir que faça algo<sup>11</sup>.

Ademais, conforme as lições de Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, os direitos fundamentais têm uma função negativa e uma função positiva. Na função negativa, impõem ao Estado um dever de inação, a fim de proteger certa liberdade dos cidadãos. Na função positiva, impõem ao Estado um dever positivo de agir, fornecendo algo concreto aos cidadãos, a fim de realizar seus direitos.<sup>12</sup>

Assim é que as relações entre cidadão e Estado, no direito público contemporâneo, emanam de direitos fundamentais assim consagrados pela ordem jurí-

<sup>10</sup> As considerações ora apresentadas são detalhadamente expostas no meu *Livre iniciativa nos serviços públicos*, Belo Horizonte, 2012, 97 ss.

<sup>11</sup> V. Epping, *Grundrechte*, 4ª ed., Heidelberg, 2010, 4.

<sup>12</sup> B. Pieroth, B. Schlink, *Grundrechte – Staatsrecht II*, 25ª ed., Heidelberg, 22-23.

dica, de forma que ou há um dever de inação para preservar determinada liberdade ou há um dever positivo de ação para garantir a efetividade de certo direito.

Com os serviços públicos não poderia ser diferente. Referidos serviços existem para garantir a efetividade de certos direitos fundamentais contemplados na ordem jurídica. Isto é, são obrigações de ação do Estado destinadas a assegurar a efetividade de um determinado direito fundamental.

Nesse contexto que me parece deve ser lido o artigo 175 da Constituição Federal. Divergindo da doutrina mais tradicional, parece-me evidente que o dispositivo em questão não contempla uma atividade exclusiva do Estado que deve ser explorada sob um determinado regime jurídico consagrador de prerrogativas, mas, sim, contempla uma obrigação estatal que deve ser cumprida para assegurar a efetividade de certos direitos fundamentais.

Nesse trilhar, ao vincular a prestação dos serviços públicos à satisfação de direitos fundamentais, vê-se que há, potencialmente, um conflito entre tal prestação e o direito fundamental de livre iniciativa, insculpido no inciso XIII do artigo 5º e no caput do artigo 170 da Constituição Federal. Isso porque, ao se determinar que o Estado deverá explorar ou ao menos garantir a prestação de determinada atividade econômica, necessariamente se está reduzindo a participação dos agentes privados em referida atividade, dado que ao menos parcela do mercado será, obrigatoriamente, ocupada pelo Estado ou por seu delegado.

Com isso, verifica-se a existência de um conflito entre direitos fundamentais, eis que a realização de determinado direito fundamental pelo Estado causa uma restrição a outro direito da mesma espécie<sup>13</sup>. Para a solução deste problema, deve ser aplicada a regra<sup>14</sup> de proporcionalidade, segundo a qual uma ação estatal deve passar pelos crivos da legitimidade, da finalidade, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito<sup>15</sup>.

Essas considerações estão muito longe de serem meras divagações teóricas. Têm aplicação prática evidente e de grande relevo, pois sua aceitação leva ao abandono da ideia de que os serviços públicos são infensos a regras de mercado e devem ser explorados em regime de exclusividade, como decorre da doutrina mais tradicional.

---

<sup>13</sup> Importante notar que não descerei à discussão da limitação imanente ou não do suporte fático dos direitos fundamentais, eis que não é relevante para o deslinde do tema ora analisado. Havendo ou não uma limitação imanente a tal suporte fático, a consequência no caso em apreço é a mesma: o dever de observância do crivo de proporcionalidade na restrição de um direito fundamental em relação à satisfação de outro.

<sup>14</sup> Devo mencionar que não me parece correto utilizar a ideia de proporcionalidade como *princípio jurídico*. A razão do meu entendimento repousa no fato de que os princípios devem ter normatividade e expressar uma *norma* a ser aplicada de forma diretiva e subsidiária, ao passo que a proporcionalidade não apresenta normatividade, sendo um critério para aplicação do direito. Sobre o tema, confira-se: M. Klatt – M. Meister, *The constitutional structure of proportionality*, Oxford, 2012, 8 ss.

<sup>15</sup> Cf. M. Klatt, M. Meister, *The constitutional structure of proportionality*, 8-9.

Explico-me.

Ao se entender que a base da obrigação estatal chamada serviço público é um direito fundamental e ao se ter clara a condição do direito de livre iniciativa, verifica-se que deverá ser encontrado ponto proporcional de limitação da livre iniciativa na prestação dos serviços públicos. Vale dizer, apenas se pode afastar a livre iniciativa na prestação de determinado serviço público na medida em que haja uma finalidade legítima, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Como consequência inexorável, tem-se que os mercados em que existem serviços públicos não são necessariamente infensos à livre iniciativa e, pois, afastados da livre concorrência. Bem ao contrário: são mercados em que deve ser garantida a livre iniciativa e provida a livre concorrência. Apenas são aceitas exceções estritamente calcadas em restrições proporcionais do direito de livre iniciativa.

Destarte, a estruturação do mercado em que há um serviço público é uma questão muito mais complexa do que presume o entendimento da doutrina tradicional, eis que não se parte do pressuposto de uma exclusividade estatal (ou do delegatário do Estado). Parte-se do pressuposto da liberdade de iniciativa, aceitando-se restrições, desde que proporcionais às finalidades que se pretende alcançar.

Exatamente nesse sentido, verifica-se a transição do serviço público como prerrogativa do Estado para o serviço público como finalidade pública. Enquanto o primeiro (prestigiado na doutrina vetusta do direito administrativo) é privilégio do Estado, o segundo é uma finalidade pública destinada a realizar direitos dos cidadãos.

Portanto, o que se deve perquirir no encontro de uma relação entre Estado, livre iniciativa, livre concorrência e mercado é a finalidade pública que deve ser alcançada por meio do serviço público e a estrutura de mercado que é necessária para tanto. Com isso, quero dizer que não há que se partir de uma premissa estanque de que o mercado de um serviço público tem uma configuração pré-determinada em função de uma tal titularidade estatal da atividade. Há que se partir da premissa de que o mercado de um serviço público se estrutura a partir de uma avaliação de proporcionalidade entre a finalidade a ser cumprida pelo serviço público e o quanto de restrição à livre iniciativa e à livre concorrência é necessária para se viabilizar o alcance dessa finalidade da forma menos onerosa possível.

E é em relação a este ponto que o tema ganha ainda mais complexidade, eis que é fundamental haver uma definição clara de qual é a finalidade a ser cumprida pelo serviço público vis-à-vis a satisfação dos direitos fundamentais em discussão. Dizendo com outras palavras, na estruturação de um serviço público há que se claramente definir quais são os contornos da prestação ofertada para que ela logre atingir sua finalidade de satisfação de direitos fundamentais.

Nesse passo, concordando plenamente com o raciocínio de Simone Torricelli, os serviços públicos, em função de sua relação direta com a realização de direitos sociais, apresentam uma característica que os diferencia das demais atividades econômicas: eles são permeados por uma lógica mais jurídica do que estritamente econômica, mitigando-se a racionalidade puramente econômica na garantia de sua oferta<sup>16</sup>.

A afirmação do autor é preciosa porque demonstra cabalmente a necessidade de que, na avaliação de proporcionalidade do quanto necessário de restrição à livre iniciativa (e, pois, à livre concorrência) no mercado de um serviço público, sejam considerados elementos não puramente econômicos, mas necessários à finalidade que se pretende instaurar.

Como já consignado, o exame de proporcionalidade deverá considerar os elementos da legitimidade do fim pretendido, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Assim é que a análise do quanto de restrição é cabível à livre iniciativa e à livre concorrência não poderá prescindir de uma verificação da necessidade e da adequação da formatação da oferta de um serviço público em face das finalidades que com ela se pretende alcançar.

Destarte, tem-se um cenário no qual as características da oferta de um serviço público são aquelas definidas pelo mercado relevante em que se encontra (i.e., características da prestação, valores envolvidos etc.), porém ajustadas às necessidades especiais a serem satisfeitas com o serviço prestado. Isso implica inverter completamente a lógica da doutrina mais tradicional em que o regime é público, com aplicação subsidiária de elementos de mercado. O regime é o de mercado, com as adaptações demandadas pelas necessidades dos direitos fundamentais em jogo.

Exatamente nesse sentido afirma Alessandra Pioggia:

«As características fundamentais do serviço são, portanto, aquelas definidas pelo mercado (diga-se bem: existente ou potencial, isso não é importante), ou aquelas da produção econômica. A qualificação pública é agregada, sem modificar as características essenciais da prestação, mas, por assim dizer, corrigi-las de forma limitada aos elementos atinentes às suas características de produto essencial (preço, acessibilidade etc.)»<sup>17</sup>.

Assim é que a estruturação de um serviço público depende sempre de uma análise feita em duas etapas: em primeiro lugar, há que se identificar quais as finalidades que são pretendidas com a prestação do serviço e, em segundo lugar, em função de referidas finalidades, há que se estabelecer qual a proporcionalidade de restrição do direito fundamental de livre iniciativa no respectivo mercado.

<sup>16</sup> S. Torricelli, *Il Mercato dei Servizi di Pubblica Utilità*, Milano, 2007, 328-329

<sup>17</sup> A. Pioggia, *Servizi e disservizi*, in AIPDA – Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo. *Anuario 2016: Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme*, Napoli, 2017, 173 (tradução minha).



Em relação à primeira análise, deve ser considerado o direito fundamental a ser satisfeito com a oferta do serviço público, seu mínimo essencial e o que é necessário para assegurar seu pleno cumprimento. Ressalte-se que essa análise, na esteira das colocações precedentes, não é realizada apenas segundo um racional econômico; há valores jurídicos que mitigam esse racional – trata-se da qualificação pública que corrige os elementos de mercado potencialmente lesivos à capacidade de satisfação do direito fundamental em discussão.

Feita a primeira análise, deve-se encontrar o quantum de restrição deverá haver à livre iniciativa e à livre concorrência para se alcançar as finalidades demandadas pelo caso concreto, sob o crivo da proporcionalidade. Determinado esse quantum há o encontro preciso da conformação do mercado em que se dará a prestação de determinado serviço público.

Não por outra razão, assiste completa razão a Daniel Nallar quando afirma que os serviços públicos nada mais são do que um regime regulatório<sup>18</sup>. Em última análise, o serviço público, portanto, implicará a incidência de um regime específico de regulação sobre determinada atividade que ajusta a forma de exploração econômica de determinada atividade a uma lógica jurídica determinada pelo conteúdo dos direitos fundamentais a serem satisfeitos com tal atividade.

Assim é que, parece-me, a ideia de serviço público não afasta as ideias de mercado, livre iniciativa e livre concorrência. O serviço público nada mais é do que um elemento jurídico que formata determinado mercado segundo as necessidades públicas a serem satisfeitas em função de direitos criados pela ordem jurídica. Exatamente por isso as condições de mercado em que há a prestação de um serviço público variarão conforme cada serviço que se venha a analisar, bem assim conforme os direitos a serem satisfeitos.

### 3. *A estruturação dos mercados relevantes dos serviços públicos*

As considerações apresentadas no tópico anterior têm como consequência a ruptura com o pensamento tradicional segundo o qual a estruturação de um serviço público predica a criação de um monopólio em favor do Estado ou de quem lhe venha a fazer as vezes na prestação da atividade. A livre iniciativa e a livre concorrência continuam a existir e a fazer parte dos mercados em que há a prestação de um serviço público, apenas sendo admitidas restrições que sejam estritamente proporcionais às finalidades públicas a serem realizadas.

---

<sup>18</sup> D. Nallar, *Regulación y Control de los Servicios Públicos – Repercusiones prácticas del fundamento de su impunidad*, Buenos Aires, 2010, 163 ss.

Entretanto, nesse momento, é necessária a identificação dos critérios jurídicos que devem ser utilizados na formatação dos mercados em que há um determinado serviço público. Essa construção é fundamental para se verificar como são realizadas as escolhas públicas e quais suas implicações em cada caso concreto.

Como é cediço, todo e qualquer mercado relevante é qualificado em seus aspectos material e geográfico. O mercado relevante material é aquele em relação ao qual há fungibilidade dos produtos ou serviços oferecidos, de forma que é constituído por todos os fornecedores que possam ofertar produtos ou serviços substituíveis em relação aos consumidores<sup>19</sup>. Já o mercado relevante geográfico corresponde ao território dentro do qual interagem os fornecedores de produtos ou serviços fungíveis do mercado relevante material<sup>20</sup>.

Evidentemente, como ocorre com relação a qualquer prestação de caráter econômico, a oferta de um serviço público predica a existência de formação de mercados relevantes material e geográfico. O mercado relevante material configura-se pela prestação material ofertada pelo Estado ou por seu delegatário. Já o mercado relevante geográfico compreende a área que deve ser atendida pela prestação ofertada. Importante notar que a Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, expressamente determina que uma concessão de serviço público tenha definição clara do mercado relevante material (i.e., serviço público concedido), bem como do mercado relevante geográfico (i.e., área da concessão), conforme se desprende do artigo 23 do diploma em comento.

Pois bem. Essas considerações vestibulares são fundamentais para a construção do conceito que pretendo estabelecer, pois caberá ao Poder Público, em função dos direitos fundamentais a serem satisfeitos, definir as formações dos mercados relevantes geográfico e material conforme as circunstâncias específicas do caso concreto. E essa definição dependerá de elementos jurídicos e econômicos, particulares a cada caso.

No que se refere ao mercado relevante material, poderá haver a estruturação da oferta qualificada como serviço público com unicidade de agente, atuante exclusivamente no regime de serviço público, com pluralidade de agentes sujeitos ao regime de serviço público, ou com pluralidade de agentes sujeitos a diferentes regimes jurídicos. No primeiro caso, há enorme supressão da livre iniciativa, dado que apenas um agente poderá atuar naquele específico mercado. No segundo caso, há restrições condicionadas da livre iniciativa, dado que o ingresso no mercado depende de um título habilitante concedido pelo Estado. E no terceiro caso, há restrições muito menos intensas à livre iniciativa.

---

<sup>19</sup> Cf. M. Kling, S. Thomas, *Grundkurs Wettbewerbs- und Kartellrecht*, Monaco, 2004, 298.

<sup>20</sup> Cf. M. Kling, S. Thomas, *Grundkurs Wettbewerbs- und Kartellrecht*, 299.

Com isso, admite-se a formação do mercado relevante material de um serviço público com diferentes graus de concorrência e diferentes requisitos para sua realização, a variar conforme os graus de barreira de entrada postos pelo serviço público e os regimes jurídicos a que se submetem os agentes econômicos inseridos no respectivo mercado.

Dessa forma, na esteira das considerações do tópico precedente, a estruturação do mercado relevante material com mais ou menos concorrência dependerá de uma análise de proporcionalidade. Contudo, é necessário perquirir-se qual o parâmetro de aferição da proporcionalidade no caso concreto – dado que qualquer exame de proporcionalidade somente pode ocorrer de acordo com o caso concreto.

Uma vez mais repetindo o quanto manifestado, o elemento-chave para a determinação da proporcionalidade é a finalidade precípua a ser realizada pelo serviço público (i.e., a satisfação de um direito fundamental). Todavia, é importante avançar na discussão assentando que essa finalidade será calcada sobre três pedras fundamentais que diferenciam o serviço público das demais atividades econômicas: universalidade, continuidade e modicidade tarifária<sup>21</sup>.

Ou seja, o racional jurídico inerente aos serviços públicos, que mitiga o racional puramente econômico da atividade, consiste no dever inerente a tais serviços de se assegurar a prestação contínua, universal e módica da atividade. Por evidente, o dever de cumprimento estrito dessas obrigações torna a atividade muitas vezes antieconômica, dado que implica a existência de custos que não são recuperáveis em um contexto estrito de mercado (v.g., a extensão da oferta a mercados pouco rentáveis ou a realização de investimentos baseados em planejamentos futuros).

Assim é que a constituição do mercado relevante material dos serviços públicos dependerá de um cálculo de proporcionalidade que leve em consideração os custos a serem incorridos com o cumprimento das obrigações essenciais dos serviços públicos vis-à-vis o retorno econômico que a exploração da atividade proporciona. Caso seja possível assegurar-se universalidade, continuidade e modicidade tarifária em um contexto de plena concorrência, pouco há que se restringir da livre iniciativa e da livre concorrência. A contrário senso, quanto menos possível for o cumprimento dessas obrigações em um regime concorrencial, mais se admite de restrição à livre iniciativa e à livre concorrência.

Retomando-se, pois, colocação precedente, tem-se que o regime de exploração de um serviço público é o regime de mercado, apenas havendo um tempero de obrigações públicas, consistente no quantum necessário para assegurar, da

---

<sup>21</sup> Como já tive a oportunidade de dissertar, prefiro a utilização do termo “regime jurídico de serviço público” à utilização do termo genérico “regime jurídico de direito público”, eis que me parece haver uma multiplicidade de regimes jurídicos de direito público. Sobre o tema, confira-se o meu *Livre iniciativa nos serviços públicos*, 239 ss.

forma mais eficiente possível, o cumprimento das obrigações essenciais do serviço público.

O mesmo ocorre em relação ao mercado relevante geográfico. A área em que será prestado um serviço público poderá ser povoada por diversos agentes em regime de concorrência (com ou sem assimetria de regimes), ou poderá ser dada em regime de exclusividade para apenas um agente, com vistas a lhe garantir condições para o cumprimento de suas obrigações de serviço público.

Nesses quadrantes, é plenamente admissível que haja restrições à livre concorrência na prestação de um determinado serviço público na exata medida do proporcional (i.e., adequado, necessário e proporcional em sentido estrito) para o alcance das finalidades do serviço, quer-se dizer a prestação universal, módica e contínua da atividade<sup>22</sup>.

Dessas considerações extraio elemento fundamental para o raciocínio desenvolvido: a estruturação dos mercados em que há a prestação de um serviço público contempla, de forma inerente, um espaço de discricionariedade<sup>23</sup>. A razão é óbvia: não há uma resposta a priori para delimitar como se deve formatar os mercados relevantes material e geográfico da prestação de um serviço público; é sempre necessário avaliar as condições de desenvolvimento da atividade vis-à-vis as obrigações de serviço público inerentes.

Por vezes, a decisão de como formatar determinado mercado (i.e., manejo da discricionariedade inerente) advém de uma lei parlamentar, que já faz uma pré-ponderação (utilizando o termo muito bem empregado por Alexandre Santos de Aragão para designar casos em que a ponderação necessária ao encontro da solução proporcional advém da lei<sup>24</sup>) dos elementos que levam ao encontro da solução proporcional. É o que ocorre, por exemplo, no setor de portos, em que a Lei Federal nº 12.815, de 5 de junho de 2013, determina como se dará a concorrência na prestação dos serviços portuários de forma quase exaustiva.

Em outros casos, a lei não será explícita quanto à formatação do respectivo mercado, deixando, de forma expressa ou implícita, margem de discricionariedade ao administrador público para que defina como deverá ser estruturado o mercado.

Inobstante, em qualquer caso haverá um instrumento de índole jurídico-normativa que determinará como se estruturará o mercado de oferta de um serviço público. É dizer, sendo o mercado conformado pela lei ou por ato infrale-

---

<sup>22</sup> Aqui expresso minha concordância com Adalberto Costa, quando o autor afirma que nem sempre a concorrência é a forma adequada de maximização das capacidades nas relações econômicas. Completo eu no sentido de que o fato de serem os serviços públicos permeados por uma lógica não estritamente econômica deixa isso muito claro. Sobre o tema, confira-se A. Costa, *Regime legal da concorrência*, Coimbra, 2004, 96-97.

<sup>23</sup> Cf. V. Emmerich, *Kartellrecht*, 11ª ed., Monaco, 2008, 259.

<sup>24</sup> A. Santos de Aragão, "Supremacia do Interesse Público" no *Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo*, in D. Saramento, *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*, Rio de Janeiro, 2010, 5.

gal da Administração Pública sempre deverá haver uma norma jurídica a regular como se dá a entrada de agentes no mercado e os limites de ação de cada agente.

E, pois, fechando-se o raciocínio, é evidente que o instrumento adequado para auferir a correção do manejo da discricionariedade em questão é a proporcionalidade. A escolha pública (legislativa ou administrativa) de formatação de um mercado em que há um serviço público deverá guardar estritíssima proporcionalidade entre o quanto de restrição é imposta à livre iniciativa e a finalidade buscada pelo serviço público a ser prestado.

Como resultado, uma escolha pública que limite indevidamente a livre iniciativa e a livre concorrência, ou que as privilegie em detrimento do alcance das finalidades de serviço público pondo em risco sua realização, será sempre maculada, independentemente do momento em que houver sido tomada a decisão.

Por óbvio, as condições não são estáticas no tempo e no espaço – o que reforça a necessidade de que seja a formatação de um mercado uma decisão discricionária. É perfeitamente possível que o nível de abertura de mercado em uma localidade seja distinto em outra. Basta que as condições de mercado sejam distintas. Da mesma forma, é perfeitamente possível que uma condição de mercado se altere com o tempo, admitindo-se o aumento ou a redução da competição. O que é fundamental é que a relação de proporcionalidade sempre se mantenha.

#### 4. *Conclusão*

As proposições contempladas neste estudo têm como objetivo primário desafiar as doutrinas mais tradicionais do direito administrativo e do direito econômico que afirmam ser o serviço público um monopólio público que deve ser explorado sempre com unicidade de prestador (seja estatal, seja privado agindo por delegação do Estado). Os serviços públicos podem e devem ser prestados em regime de concorrência, eis que essas são a regra da economia. Apenas poderá haver restrições com fundamentos jurídicos claros, na exata medida do proporcional para permitir o alcance de finalidades inerentes ao serviço público (i.e., obrigações jurídicas).

A partir dessa conclusão, tem-se que rever, com urgência, as considerações doutrinárias acerca do que significa e do que implica o serviço público na ordem jurídica. E, por evidente, à luz do quanto expus, a discussão é muito mais complexa, pois deverá sempre levar em consideração inúmeras particularidades do caso concreto. Contudo, apenas tendo-se clara uma nova conceituação jurídica que se poderá chegar a um resultado prático tolerável.

*Concorrência na prestação dos serviços públicos e seus limites*

O objeto deste estudo é analisar a possibilidade de implantação de concorrência na prestação dos serviços públicos e os limites a serem observados para tanto, considerando-se o conceito tradicional desses serviços, seus vínculos com o Estado e as limitações comumente impostas à livre iniciativa. Para tanto, será discutida a pertinência de algumas concepções doutrinárias que não definem se e como pode haver concorrência na prestação dos serviços públicos.

*Competition in the provision of public services and its limits*

The scope of this essay is to analyse the possibility of competition in the provision of public services and the limits that may be imposed by the legal system in relation to such competition, bearing in mind the traditional concept of public service, the boundaries that exist between the public and the state and the limitations normally imposed on economic liberties in relation to the public services. For that purpose, we will discuss the viability of propositions of scholars that do not define whether and how there may be competition in the provision of public services.