

## **ATIVIDADE ECONÔMICA EM CONCORRÊNCIA COM SERVIÇO PÚBLICO**

***Fernão Justen de Oliveira***

*Doutor em Direito do Estado pela UFPR  
Sócio da Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*

### **1. Concorrência assimétrica com serviço público**

Este breve artigo cogita da concorrência entre prestadores de serviço público e outros sujeitos que não prestam serviço público, mas exercem atividades econômicas que são também desempenhadas sob regime de serviço público. Tais são reputadas como atividades materialmente concorrentes com o serviço público, mas desenvolvidas sob regime privado.

Alude-se, então, que tais atividades em regime de direito privado estão em concorrência com aquelas prestadas sob a modalidade de serviço público, em assimetria de regimes jurídicos. Distingue-se assim da concorrência interna no serviço público, na qual todos os sujeitos são delegatários do Estado e estão subordinados ao mesmo regime de direito público de prestação.

### **2. O serviço público como propriedade estatal**

O princípio da titularidade do serviço público pelo Estado tem sido considerado como indutor de uma prerrogativa estatal de disposição das atividades de interesse coletivo definidas por lei como serviço público.

A exclusividade estatal sobre o serviço público manteve-se presa a esse requisito de interdição a terceiros para geri-lo como ativo patrimonial (dele auferindo receita), não sobre a delegação de sua execução (como passivo). Como resultado, quando a prestação (o passivo) do serviço público torna-se mais onerosa para o Estado do que o benefício obtido com a sua exploração (o ativo), o Estado outorga o seu desempenho a sujeitos privados alheios ao quadro orgânico estatal.

Portanto, mesmo que tenha outorgado sua prestação e exploração à iniciativa privada, o Estado continuará, por essa ótica e nessa acepção, como detentor da titularidade do serviço público e fruidor das prerrogativas inerentes a essa condição. Contudo, a oposição à titularidade do serviço público pelo Estado calca-se em óbices de diversas ordens.

### **3. O serviço público restrito a dever jurídico do Estado**

A interpretação que nega a propriedade estatal sobre o serviço público afirma que a Constituição se restringe a determiná-lo como uma obrigação do Estado.

O art. 175, caput, da Constituição, define a prestação de serviço público pelo Poder Público como uma “incumbência” – ou seja, como um dever. Trata-se de um dever positivo de conduta, do qual o Estado precisa se desincumbir por si ou por delegatário. Mais ainda, tal dever remanesce para o Estado ainda que um sujeito privado se disponha a desempenhar a mesma atividade material, por sua conta e risco, sob outro regime jurídico e em regime concorrencial.

Não há no texto constitucional a estipulação de prerrogativa alguma, de privilégio nenhum sobre as atividades econômicas subjacentes (e anteriores) ao serviço público. Por consequência, a formulação doutrinária acerca da ausência de propriedade estatal sobre essas atividades gravadas pelo regime de serviço público recusa que o Estado detenha atributo de exclusividade não emanado da Constituição. Como resultado, a titularidade possível de ser atribuída ao Estado em face do serviço público seria uma titularidade passiva, correspondente a uma posição de sujeição passiva do serviço público, um devedor da prestação desse serviço. Uma prerrogativa de interdição atingiria apenas a prestação por não delegatários sob o regime jurídico de direito público, não a atividade subjacente.

Nesse compasso, a noção de serviço público estará restrita a um regime jurídico especial definido por lei (não pela Constituição) que recai, por conveniência identificada pelo legislador, sobre atividades econômicas destinadas a satisfazer interesses coletivos transitoriamente reputados como fundamentais em face da dignidade humana.

#### **4. A ausência de peculiaridade ontológica do serviço público**

Indo avante, considere-se que uma atividade econômica já estaria configurada como tal (mesmo que jamais exercitada, nem pelo Estado) no momento em que for gravada pelo regime de serviço público.

Assim se afirma por não ser o regime de direito público que determina a relevância daquela atividade para a satisfação de necessidades coletivas qualificadas como fundamentais para a dignidade humana. Ou seja, não terá sido a conversão em serviço público que lhe atribuiu tal essencialidade e nem que lhe conferiu existência. A incidência do regime de serviço público significa, quando mais, o reconhecimento generalizado da máxima importância de sua prestação para a comunidade.

Isso se propõe a demonstrar que, além de não ser atribuída pela Constituição, a propriedade estatal sobre o serviço público não se sustenta em um especial (porque inexistente) substrato de cunho material. Não existe uma peculiaridade ontológica que distinga a atividade econômica passível de desempenho por regime de direito privado e aquela sujeitada ao regime de direito público próprio do serviço público.

Então, a admissão da concorrência entre todos os prestadores de uma determinada atividade econômica (porventura também materializada em serviço público) se assenta na ausência de uma distinção ontológica: o serviço público não é o conjunto de atividades econômicas por ele assumidas. Elas sem dúvida integram o núcleo do serviço público, mas não se confundem com ele. São atividades que não estão, original e necessariamente, abrangidas pelo regime jurídico do serviço público, mas são executadas também pelo Estado ou por seus delegatários. A distinção entre uma e outra será apenas externa, limitada e insuficiente para legitimar as prerrogativas atribuídas (pela doutrina) ao Estado sobre o serviço público.

Isso implicaria a insuficiência da distinção tradicional entre atividade econômica em sentido estrito e serviço público – ao menos para efeito de impedir o livre acesso dos particulares, em regime de direito privado, ao desempenho das atividades econômicas abarcadas pelo serviço público.

## **5. Livre acesso às atividades econômicas sob serviço público**

As atividades econômicas preexistem em relação ao serviço público e são assumidas como tal pelo Estado sem que sobre ela recaia necessariamente um comando de interdição. Ou seja, ainda antes de integrarem o conteúdo do serviço público, tais atividades qualificam-se pela liberdade de acesso pela iniciativa privada. Mais do que isso: elas não se tornariam indisponíveis quando passam a sujeitar-se ao regime de direito público (sob variadas regulamentações) característico do serviço público – o que possibilita o acesso dos agentes privados a determinadas modalidades de atividades desenvolvidas sob serviço público.

Se a Constituição preconiza o serviço público como dever do Estado e nenhuma prerrogativa de interdição lhe atribui a partir dessa relação, decorrentemente as atividades econômicas assumidas como serviço público permanecem acessíveis aos privados – no sentido de que estes poderão ofertar as mesmas atividades materiais, em competição com o serviço público. Tal assertiva deflui de interpretação por meio da qual a Constituição legitima a formação de um ambiente concorrencial, em que os usuários satisfaçam sua necessidade fundamental optando – com base em pressupostos de mercado – entre diversos prestadores da mesma atividade material, independentemente do regime jurídico a que eles se sujeitem para desempenhá-la. A competição sob regimes jurídicos distintos não se impede pela dicotomia tradicional (entre atividade econômica em sentido estrito e serviço público) identificada pelos arts. 173 e 175 da Constituição. Já se apontou a insuficiência do conteúdo desses dispositivos para atribuir prerrogativas ao Estado em face do serviço público, em especial a interdição de acesso aos particulares para executarem as mesmas atividades identificadas como serviço público. O art. 173 exprimiria atividades de cumprimento potencial pelo Estado, enquanto o art. 175 estabelece o modelo de atividade de cumprimento compulsório pelo

Estado. Considera-se impreciso denominar o exercício das atividades do art. 173 pelo Estado como “facultativo”. Rigorosamente, a atuação estatal não se reveste de facultatividade, mas de vinculação condicionada à presença de elementos concretos de decisão mais apta a satisfazer o direito fundamental subjacente.

Todavia, permanecem condicionantes de ordem administrativa para o acesso dos não delegatários ao exercício de atividades materiais sob serviço público. O livre acesso se consuma, portanto, de modo organizado (não indiscriminado) por meio de aprovação estatal, como os denominados títulos habilitantes, que possuem, de regra, conteúdo meramente declaratório (como o alvará). Outra condição para as atividades dispostas nos incisos XI e XII do art. 21 é a autorização sem competência discricionária – se a chancela estatal não for precária, pois onerosa ao agente privado, nem revogável a qualquer tempo, face ao prazo determinado. Tais autorizações, assemelhadas à licença e operacionais em setores fortemente submetidos à regulação, “prestam-se a franquear a um particular a exploração de uma atividade que poderá ser materialmente concorrente de um serviço público, mas prestada em outro regime que não o de serviço público”.

## 6. Conclusão

A titularidade do Estado sobre o serviço público tem recebido tratamento de verdadeiro princípio constitucional implícito. Conquanto não emane diretamente da letra da Constituição, a doutrina praticamente unânime e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal concedem aplicação extensiva a lacônicos dispositivos constitucionais para reconhecer que o Estado detém prerrogativas de exclusividade e interdição em face do serviço público.

É insofismável, entretanto, a emergência de uma robusta crítica a tais formulações. Quanto mais cotidiana e disseminada se torna a ideia de um Estado Contratual, menos sentido parecem fazer os múltiplos privilégios estatais concebidos em outro tempo – dentre eles as restrições à concorrência, inclusive no tocante ao serviço público. Resultado disso é a aceitação majoritária e, ainda mais, a prática da concorrência no serviço público em simetria de regimes jurídicos.

Quanto à concorrência ao serviço público sob regimes assimétricos, o dilema remanesce. Ela risca uma linha tênue entre a atração e a repulsa da iniciativa privada por novos investimentos em serviços públicos. Será juridicamente admissível a introdução da concorrência assimétrica pelo não delegatário apenas quando isso não implicar risco de destruição do serviço público. Caso contrário, a livre iniciativa eliminará a concorrência, ao invés de incrementá-la. Seria precisamente o caso dos serviços portuários, “cujos ônus impostos aos prestadores da atividade em regime de serviço público não suportaria a concorrência com agentes não sujeitos a tais ônus, embora a possibilidade jurídica de grandes usuários construam suas próprias

instalações portuárias não deixe de ser uma forma de concorrência” (SCHIRATO, Livre iniciativa nos serviços públicos, p. 291).

É intuitivo, de outra parte, que o sujeito privado concorrendo com o serviço público em assimetria de regimes não receberá os ônus e nem os bônus decorrentes do regime de direito público. Mesmo frente ao princípio da isonomia (ou justamente por ele), seria questionável atribuir-lhe equivalência de condições à do delegatário, se os respectivos regimes jurídicos não forem intercambiáveis e o seu próprio não a estipular.

**Informação bibliográfica do texto:**

OLIVEIRA, Fernão Justen de. Atividade econômica em concorrência com serviço público. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n.º 105, novembro de 2015, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em [data].