

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO DA FUNDAÇÃO
GETULIO VARGAS (FGV DIREITO RIO)

MAÍRA AYRES TORRES

A TRANSIÇÃO PARA A ASSIMETRIA REGULATÓRIA E OS
MECANISMOS DE SUSTENTABILIDADE DESTE MODELO: *UMA*
ANÁLISE DOS AEROPORTOS CONCEDIDOS E DOS AEROPORTOS
AUTORIZADOS

RIO DE JANEIRO

2015

MAÍRA AYRES TORRES

**A TRANSIÇÃO PARA A ASSIMETRIA REGULATÓRIA E OS
MECANISMOS DE SUSTENTABILIDADE DESTE MODELO: *UMA
ANÁLISE DOS AEROPORTOS CONCEDIDOS E DOS AEROPORTOS
AUTORIZADOS***

Dissertação para a obtenção do grau de mestre
apresentada à Escola de Direito
da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro
(FGV Direito - Rio)

Área de Concentração: Instituições, Economia e Justiça

Orientador: Prof. Dr. Fernando Angelo Ribeiro Leal

Coorientador: Prof. Dr. Sérgio Guerra

RIO DE JANEIRO

2015

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Mario Henrique Simonsen/FGV

Torres, Máira Ayres

A transição para a assimetria regulatória e os mecanismos de sustentabilidade deste modelo:
uma análise dos aeroportos concedidos e dos aeroportos autorizados /

Máira Ayres Torres. – 2015.

178 f.

Dissertação (mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas.

Orientador: Fernando Ângelo Ribeiro Leal.

Coorientador: Sérgio Guerra.

Inclui bibliografia.

1. Agências reguladoras de atividades privadas. 2. Concorrência. 3. Aeroportos. I. Leal, Fernando Ângelo Ribeiro. II. Guerra, Sérgio Antônio Silva. III. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas. IV. Título.

CDD – 341.3221



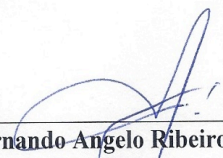
MAÍRA AYRES TORRES

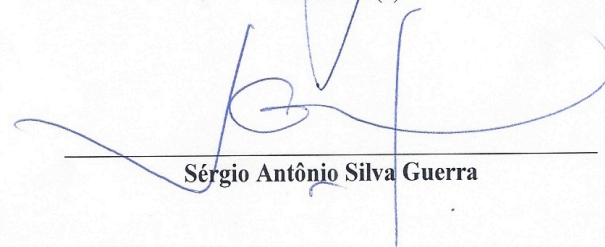
**A TRANSIÇÃO PARA A ASSIMETRIA REGULATÓRIA E OS MECANISMOS DE
SUSTENTABILIDADE DESTE MODELO: UMA ANÁLISE DOS AEROPORTOS
CONCEDIDOS E DOS AEROPORTOS AUTORIZADOS.**

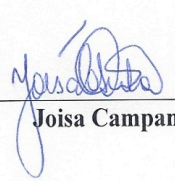
Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito da Regulação da Escola
Direito Rio para obtenção do grau de Mestre em Direito da Regulação.

Data da defesa: 27/01/2016

ASSINATURA DOS MEMBROS DA BANCA EXAMINADORA



Fernando Angelo Ribeiro Leal
Orientador (a)

Sérgio Antônio Silva Guerra

Joisa Campanher Dutra

Vitor Rhein Schirato

Dedico esta dissertação a Deus,
cuja razão repousa nossa missão.
Aos meus pais, Valério e Teresa, irmãos e amigos,
sem os quais o caminho teria sido mais árduo.
Ao meu amado Bernardo, pelas leituras incansáveis,
sugestões ímpares e por seu eterno amor.

RESUMO

O presente estudo destina-se à análise do modelo de assimetria regulatória, a partir de dois problemas pontuais, quais sejam: os mecanismos necessários para se obter um ambiente assimétrico, bem como a maneira pela qual se deve orquestrar tal modelo, de forma a compatibilizar uma convivência sustentável em uma estrutura híbrida de competição.

Observar-se-á a maneira pela qual pode ser promovida a alteração de um ambiente de simetria regulatória para um ambiente de assimetria, resguardando os direitos e obrigações dos prestadores de determinada atividade, inseridos naquela seara.

Ademais, buscar-se-á sugerir instrumentos legais para se permitir a composição de dois meios de exploração de determinada atividade econômica, um que se dê segundo o direito público (*publicatio*); e outro, que se relacione com o direito privado (*ordenatio*); compreendendo assim, a dita assimetria regulatória.

A título ilustrativo, adentrar-se-á na verificação da medida provisória (MP) 656/14 - a qual previa um possível modelo em que se teria duas ofertas de infraestrutura aeroportuária - para melhor exemplificar como, juridicamente, pode-se viabilizar esta disposição de prestação dual, via poder público (ou delegatários), segundo a forma de concessão; e iniciativa privada, segundo a forma de autorização.

PALAVRAS-CHAVE

Regulação de Serviço Público. Assimetria Regulatória. Modelos regulatórios. Atividade Econômica Privada. Ordem Econômica. Infraestrutura Aeroportuária.

ABSTRACT

The present study is developed to analyze the asymmetric regulation model from two specific problems: the mechanisms required to obtain an asymmetric environment, as well as the manner in which to orchestrate such a model, in order to reconcile sustainable coexistence in a hybrid structure of competition. Changing a symmetric regulation environment observed shall be the way can be promoted to an asymmetric environment, safeguarding the rights and obligations of providers of certain activity.

Moreover, it will seek to suggest legal instruments to allow the composition of two ways to undertake an economic activity, one who will take under public law (*publicatio*); and another that relates to private law (*ordenatio*); comprising well, assymetric regulation.

As an illustration, will be verified the provisional measure (MP) 656/14 - which provided a possible model in which they would have two airport infrastructure offerings - to better exemplify how, legally, can make this organization possible dual delivery, via government (or delegatee), in the form of “concessão”; and the private sector, according to “autorização”.

Keywords:

Public Service Regulation. Asymmetric Regulation. Regulatory Models. Private Economic Activity. Economic Order. Airport Infrastructure.

SUMÁRIO

Introdução	8
Objeto e Apontamentos sobre o Tema	8
Problemas de Pesquisa	13
Possíveis Hipóteses	15
Questionamentos e Justificativa sobre a Escolha do Problema de Pesquisa	16
Delimitação do Tema e Revisão Bibliográfica Abordada	22
Metodologia Empregada	23
A Dissertação em sua Composição	24
Capítulo I - Serviço Público e o Poder nas Mãos do Estado: entre a Titularidade Estatal e a Livre Iniciativa.....	26
I.1. Noções sobre os Serviços Públicos	26
I.2. O Serviço Público e a Reserva de Titularidade ao Poder Público	32
I.3. A Compatibilização entre o Serviço Público e a Atividade Econômica Privada - A Convivência de Regimes Público e Privado	38
I.4. Mecanismos de Abertura ao Regime de Exclusividade da Titularidade Estatal e a Aplicação da Proporcionalidade na Assimetria Regulatória	43
Capítulo II - Regulação para Além do Ambiente Simétrico (Como Regular de Forma Desigual Pode Representar Ganhos)	52
II.1. Considerações Iniciais sobre a Assimetria Regulatória - O Argumento Prático	53
II.2. A Noção de Subsidiariedade: O Ente Estatal como Ator Secundário no Desempenho da Atividade Econômica - O Argumento Constitucional	56
II.3. Competição e Concorrência no Ambiente de Assimetria Regulatória - O Argumento Econômico	59
II.4. A Experiência da União Europeia sobre a Introdução da Concorrência nos Serviços Públicos e o Modelo das <i>Public Utilities</i> Norte-Americano - O Exemplo do Direito Comparado	64
II.5. Serviços Públicos, Atividades Econômicas Privadas e seus Respetivos Regimes Jurídicos: Concessão x Autorização	68

Capítulo III - Desafios à Aplicação da Assimetria Regulatória	76
III.1. O Impacto da Introdução da Assimetria Regulatória em Setores de Atividade Econômica Antes Restritos ao Regime de Exclusividade Estatal	77
III.2. Os Avanços Tecnológicos e suas Implicações	83
III. 2. 1. Os Custos de Transação Quando as Mudanças Envolvem o Poder Público	85
III.2.2. As Transformações da Realidade Atual e o Argumento do Planejamento Pró-Futuro	92
III.3. Como Manter de Forma Sustentável o Ambiente Assimétrico	95
III.4. A Análise Regulatória a Longo Prazo como Mecanismo Aplicado ao Ambiente de Assimetria Regulatória	109
 Capítulo IV - O Modelo de Assimetria Regulatória Aplicado ao Setor de Infraestrutura Aeroportuária Brasileira	 120
IV.1.O Modelo de Concessão dos Aeroportos Civis	121
IV.2. O Modelo dos Aeroportos Autorizados: A MP 656/2014	128
IV.3. O Modelo Assimétrico de Aeroportos Concedidos e Aeroportos Autorizados	132
IV.4. Unindo os Elos: Lições da Assimetria Regulatória e o Setor Aeroportuário	143
 Conclusões	 152
 Referências Bibliográficas	 158

INTRODUÇÃO

Objeto e Apontamentos sobre o Tema

O objeto de pesquisa da presente dissertação cinge-se em dois aspectos. O primeiro deles diz respeito ao emprego de possíveis mecanismos jurídicos para viabilizar a mudança de regime de titularidade de atividades caracterizadas como serviço público, passando-se de um ambiente de titularidade, por meio de uma única modalidade de exploração - via delegação ou prestação direta pelo poder público -, para um cenário de assimetria regulatória.

Por assimetria regulatória entende-se um modelo de prestação de atividade econômica, de relevante interesse público, no qual é permitida a inserção da iniciativa privada na titularidade da exploração, paralelamente à atuação estatal direta ou indireta - contrariando a dinâmica, tradicionalmente associada ao universo dos serviços públicos, em que somente o ente estatal ou seus mandatários poderiam prestar as atividades reservadas à titularidade estatal.

É dizer, tem-se como proposta a criação de uma modelagem de interação que permita a introdução de novos competidores, em concomitância com o ente estatal. Admitindo-se assim que concessionários e autorizatários convivam no desempenho de uma mesma atividade, ainda que afetados a regimes jurídicos distintos.

Nessa perspectiva, entende-se que é necessário repensar em que medida ainda se faz relevante atrelar à noção do serviço público¹, ou na hipótese de outra atividade relacionada ao interesse público, uma inerente imposição de exclusividade estatal da titularidade das atividades assim qualificadas, implicando na interdição de sua exploração para os particulares (em regime de livre iniciativa), senão quando na condição de delegatários do serviço público.

Portanto, para que se inicie qualquer discussão em favor da assimetria regulatória, faz-se necessária uma revisitação acerca da noção de serviço público e,

¹ Cumpre, inicialmente, registrar que o emprego da noção de serviço público que será abordada nesse trabalho é para fins de exemplificação das ditas atividades que denotam alguma relação com o interesse público e não somente esse. Destarte, o que se intentará desenvolver ao longo do estudo é uma argumentação voltada para a possibilidade de liberalização da exclusividade da titularidade estatal sobre tais atividades, que, no caso dos serviços públicos, revela-se evidente a reserva de domínio da titularidade pelo Poder Público. Logo, o cerne das discussões tratadas pelo presente estudo é a quebra do exclusivismo de titularidade estatal sobre atividades que denotam interesse público, notadamente, o próprio serviço público.

consequentemente, uma definição quanto ao âmbito de incidência do regime de exclusividade estatal.

Explica-se: tem-se sinalizado ² quanto à premente necessidade de reconfiguração do modelo estatal vigente, como decorrência da adequação do modelo de Estado Provedor, em especial, no que diz respeito à seara dos serviços públicos, dentro de uma lógica própria de um Estado regulador, no contexto da Pós-modernidade³. E esta lógica seria justamente a de o Estado atuar como balizador das relações econômicas travadas pelos agentes econômicos e tão somente, de forma residual, exercê-las, diretamente.

Tal proposta deriva não somente de uma necessidade de redução do espectro da estrutura estatal, mas também de outro, qual seja: o avanço tecnológico proporcionado pela modernidade, a partir da qual superaram-se muitas das barreiras existentes outrora que constituíam verdadeiros monopólios naturais⁴ e, pois, implicavam, de certa forma, uma

² Aponta-se para a mudança de paradigma do Estado brasileiro, passando-se de um modelo de Estado, classificado como Estado Social, em que o ente estatal era tido como interventor na seara econômica e provedor da quase totalidade de demandas sociais, para se chegar a um modelo de Estado Regulador, mais caracterizado pela atuação como agente normatizador e balizador das atividades econômicas desempenhadas pelos agentes econômicos sem, contudo, abandonar, por completo, a interferência no domínio econômico, conforme verificado no caso brasileiro. Dentre os autores nacionais que apontam essa alteração de modelo estatal, encontram-se: MARQUES NETO, Flávio de Azevedo. **Agências Reguladoras Independentes - Fundamentos e seu Regime Jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 29-44; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O Novo Estado Regulador no Brasil: Eficiência e Legitimidade**. São Paulo: Singular, 2006. p. 33-68.

³ Para melhor ilustrar o conceito de Estado Pós-Moderno, que muito será empregado no presente estudo, faz-se necessário situar a noção trabalhada por Jacques Chevallier, ao mencionar que tal modelo de Estado, no que tange à seara econômica, para fins de relevância no debate que aqui se travará, experimentou um dirigismo econômico e migrou para uma concepção estrategista de Estado. Atenuando-se a singularidade na atuação estatal e passando a um modelo de Estado em que os monopólios de Estado passam a ser objeto de contestação. Além das considerações de ordem econômica, o autor ainda trata de delimitar essa nova reconfiguração do papel do Estado, apontando que se trata de termo Estado pós-moderno é tido como um termo plurívoco, mas que, em linhas gerais, intenciona tão somente demarcar uma nova fase de transformações em diversos campos. Pontua assim o autor francês: *“O conceito de Estado pós-moderno tem por função essencial fornecer um quadro de análise das transformações que sofre a forma estatal: ele visa a colocar em evidência, para além da extrema diversidade das configurações estatais, certas tendências marcantes de evolução que operam com maior ou menor intensidade em todos os Estados.”* CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 21-22.

⁴ A existência de monopólios naturais é tratada por diversos autores, sejam estes oriundos da área jurídica ou econômica, como a maior barreira de entrada para setores em que o avanço tecnológico não fora capaz de promover a inserção de uma pluralidade de competidores, notadamente, por questões que envolvem altos custos para dado investimento, ou por meio da criação de um compartilhamento sobre uma infraestrutura já desenvolvida por um dos prestadores de determinada atividade econômica, ou mesmo, ambas as hipóteses. Portanto, os mercados nos quais é verificada a existência de monopólios apresentam certas peculiaridades que, autores como Mark B. Seidenfeld pontuam quanto aos riscos de afetação dos preços e da oferta de produção. Nesse sentido explica o autor norte-americano: *“We still posit that a monopoly, like any other producer, attempts to maximize its profits. The profit on the production and sale of any unit of a good is the additional revenue the firm derives from production and sale of the unit minus the additional cost of such production and sale (...) For a monopoly, however, increasing the number of units produced and sold will decrease the price at which all units can be sold, because the demand curve slopes down as quantity increases.”* SEIDENFELD, Mark. **Microeconomic Predicates to Law and Economics**. Cincinnati: Anderson Publishing Co, 1996. p.39.

inviabilidade de abertura de determinados setores de atividades econômicas, para mais de um único explorador.

Assim, o avanço da tecnologia surgiu como meio de superação dos monopólios naturais, em determinados setores, representando a viabilidade prática de prestação de uma mesma atividade, por mais de um agente que, em tempos pretéritos, limitava-se ao ente estatal ou a seus delegatários, não se permitindo a pluralidade de exploradores.

Nesse sentido, a evolução dos meios tecnológicos conjugada com a constatação da incapacidade estatal de atender, de forma isolada, todas as demandas sociais - dada a complexidade com que passaram a se desenvolver as relações sociais, no que se convencionou denominar de Estado Pluriclasse - resultou em uma desafiadora tarefa aos jusadministrativistas sobre a conveniência de se repensar a noção de serviço público e, pois, o próprio regime de exploração de atividades como tal compreendidas.

Desta forma, pensar a Administração Pública sob uma ótica mais dilargada, mirando-se os fins que se almeja alcançar, como por exemplo, as metas de eficiência e a noção de uma Administração Pública de resultados⁵, implica reestruturar não somente sua composição interna, por meio de seus órgãos, mas também e, primordialmente, importa remodelar a atuação funcional por parte do Estado, já que não mais subsiste a noção de um modelo estatal que sirva como provedor universal da gama de demandas sociais.

Portanto, a dinâmica do Estado Providência⁶ - na qual a máquina pública agigantada se via responsável por suprir todos os anseios da coletividade e intervir quase que na totalidade das esferas da vida econômica e social que denotassem alguma espécie de interesse público - teve de ceder espaço para um Estado de atuação mais parcimoniosa, em um cenário de contingenciamento de seus gastos e austeridade em sua atuação⁷.

Paralelamente, a motivação fática para reservar ao Estado a exclusividade da titularidade de determinadas atividades de notório interesse público começou a se dissipar,

⁵O reposicionamento da Administração Pública como uma instância perseguidora dos resultados, e não somente revestida de burocracia em sua atuação, é tema de relevância na atualidade, notadamente, no campo do Direito Administrativo. Isto porque o controle finalístico passa a ocupar posição privilegiada, por parte dos órgãos de controle da Administração Pública, como meio de assegurar-se uma constante busca por metas e objetivos finais, para além de diretrizes meramente programáticas, como salienta Diogo de Figueiredo Moreira Neto em trabalho sobre o tema. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno - Legitimidade, Finalidade, Eficiência, Resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 135.

⁶MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Regulação e Universalização dos Serviços Públicos - Análise Crítica da Regulação da Energia Elétrica e das Telecomunicações**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 93.

⁷CHEVALLIER, Jacques. **O Estado de Direito**. Tradução de Antonio Araldo Ferraz dal Pozzo e Augusto Neves dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 83.

ante o fim de diversos monopólios naturais, por força dos avanços tecnológicos operados nos variados segmentos econômicos⁸. É dizer: passou-se a manter aquilo que fosse excedente e essencial à coletividade resguardado à reserva da Administração Pública.

Na esteira de tais considerações, o lema da Administração Pública passou a ser não mais obter, a qualquer custo, o inchaço de sua estrutura, mas sim tratar de reter nas mãos do Poder Público, tão somente, atividades de caráter residual, as quais não sejam de interesse da iniciativa privada dedicar-se, ou mesmo, que lhe acarretassem um ônus extremamente dispendioso e pouco rentável quanto à contrapartida - no que diz respeito ao aporte de investimentos para a respectiva exploração.

Ademais, deveria ainda de apresentar também o caráter de essencialidade, ou então atividades cuja titularidade não pudessem ser compartilhadas diante de impossibilidades materiais⁹ de desenvolvimento da competição frente aos seus prestadores.

À luz do cenário narrado, a ideia de exclusividade da titularidade pelo Estado passa a ser mitigada, em especial, em se tratando da temática dos serviços públicos. De forma que sem aquela, o que resta à noção de serviço público é um liame com a essencialidade de certa atividade, em razão do interesse público que lhe seja subjacente.

Ainda que não se possa identificar, claramente, a adoção de um conceito preciso de serviço público pelo Estado brasileiro, fato é que se começa a repensar a própria noção de titularidade exclusiva estatal. É dizer, a noção de serviço público passa a ser encarada muito mais como uma atividade que o poder público tem a obrigação de prestar do que como uma reserva de titularidade do Estado¹⁰.

A partir dessa ótica, a concorrência passa a ser possível em ambientes que, antes, eram tidos como infensos à iniciativa privada, sendo a assimetria regulatória o meio pelo qual a concorrência é introduzida nos contextos de exploração dos serviços públicos. De

⁸ Dentre os segmentos econômicos brasileiros que experimentaram a transição de uma configuração tal qual um monopólio natural (estruturas que demandam altos investimentos cujos custos totais tendem a diminuir a longo prazo), pode-se citar: o setor de energia elétrica e o setor de telecomunicações, os quais tiveram suas fases da cadeia produtiva segmentadas, conforme será tratado em capítulos mais adiante do presente estudo.

⁹ SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre Iniciativa nos Serviços Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 207-209.

¹⁰ Marçal Justen Filho aborda a questão relacionada a uma atividade ser afetada à órbita do Estado, mencionando o fato de que a mesma pode deixar de sê-lo a depender do momento e do contexto analisado. Nesse sentido salienta o autor: *“Até se poderiam imaginar certos serviços que, disciplinados como públicos durante um certo período, passassem posteriormente à exclusiva órbita privada. A hipótese é excepcional, dependendo de modificações estruturais na ordem política e jurídica. Se e quando ocorresse, o serviço deixaria de ser público e seria desempenhável pelos particulares, dentro dos postulados da livre iniciativa.”* JUSTEN FILHO, Marçal. **As Diversas Configurações da Concessão de Serviço Público**. Disponível em: <<http://justenfilho.com.br/wp-content/uploads/2008/12/mjf60.pdf>> Acessado em: 10.01.2015.

modo que ente estatal e agente econômico privado passam a figurar lado a lado, conjugando-se os regimes de concessão e autorização, em concomitância na prestação.

Como forma de ratificar o aludido ambiente de assimetria regulatória, adotar-se-á como elo central a concepção de que aos particulares não se lhes encontra vedada a prestação de atividades classificadas como serviços públicos (salvo quando existir a necessidade material de se manter um regime de exclusividade), por meio, preliminarmente, de uma leitura constitucional, dos dispositivos pertencentes ao Título VII, o qual versa acerca da Ordem Econômica e Financeira.

Isto porque a opção por tal estrutura regulatória conduz à concretização da liberdade econômica, ao assegurar a livre iniciativa (art. 1, IV), bem como cumpre o regramento de atuação subsidiária do Estado brasileiro (art. 173), tudo nos termos da CRFB/88, sendo esta a posição interpretativa adotada pelo presente estudo, muito embora seja conveniente a ressalva da existência de uma linha interpretativa oposta¹¹, a qual aponta para uma vertente de hermenêutica constitucional diversa.

Não menos relevante, é a avaliação da viabilidade, no plano constitucional, da adoção do modelo de regulação assimétrica, ao buscar-se respaldo no mandamento do artigo 174 da CRFB/88. Este salienta que o Estado brasileiro atuará como agente normativo e regulador da atividade econômica e não fazendo as vezes de um agente econômico, hipótese esta que somente se dará na excepcionalidade.

Tem-se ainda, que a disposição do artigo 175 da CRFB/88, interpretado, sistematicamente com os artigos 170, 173 e 174 da Carta de 1988, sugere a compreensão de que o Estado possui o dever de prestar serviços públicos, direta ou indiretamente, sem, contudo, deter a titularidade exclusiva dos mesmos, à semelhança do que ocorre com os serviços de saúde e educação (artigos 196 e 205 da CRFB/88), os denominados *serviços compartilhados* ou *sociais*, como será tratado adiante, em capítulo próprio.

¹¹Na contramão da visão apresentada pelo presente estudo, pode-se citar o artigo de autoria conjunta de Cláudio Pereira de Souza Neto e José Vicente Santos de Mendonça que, segundo os autores, não haveria de se falar em um modelo econômico insculpido no texto constitucional brasileiro. Isto porque, conforme a interpretação apresentada no estudo dos autores, o modelo econômico seria um indicativo ao legislador infraconstitucional para que este sim, opte, em conformidade com as demandas sociais e circunstanciais, de dado momento político, por um determinado modelo econômico capitalista. Sendo assim, o princípio da subsidiariedade, na visão dos referidos autores, não possuiria um *status* constitucional, mas sim ficaria a cargo da eleição do legislador infraconstitucional, de modo a conferir densidade semântica àquele princípio. Noutros termos, o princípio da subsidiariedade não disporia de semântica própria, demandando um exercício de preenchimento e densificação pelo legislador infraconstitucional. SOUZA NETO, Cláudio Pereira; MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Fundamentalização e Fundamentalismo na interpretação do Princípio Constitucional da Livre Iniciativa*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Constitucionalismo Democrático e Governo das Razões: Estudos de Direito Constitucional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 188-189.

Além da explicitação da viabilidade constitucional da criação de um ambiente de assimetria regulatória, a transição de um regime fechado para um regime de exploração dual da atividade econômica será objeto de análise, a fim de se aferir que tal mudança deve se dar de forma concertada, não representando uma alteração abrupta a sacrificar direitos daqueles que atuavam sob o regime vigente no modelo que se pretende superar. Noutros termos, frustrando-se as legítimas expectativas dos exploradores que obtiveram a outorga estatal para a exploração de determinada atividade, segundo o regime de direito público¹².

Esse é o segundo objeto do presente estudo: serão examinadas as condições jurídicas necessárias a manter o modelo de assimetria regulatória hígido, de forma que aquele não venha a representar, em algum aspecto, um cenário de muitas distorções e desequilíbrios entre os exploradores de determinada atividade econômica. O que poderia culminar assim na própria não sustentabilidade do modelo a longo prazo.

Problemas de Pesquisa

Estudar a temática do modelo de assimetria regulatória implica não somente buscar os dispositivos constitucionais de sua validade e expor os mecanismos para se proceder à alteração de uma composição de prestação simétrica para um quadro de prestação assimétrica, mas, sobretudo, perquirir meios jurídicos capazes de se manter a higidez e sustentabilidade de tal modelo.

Isto posto, tem-se que os problemas de pesquisa aos quais se pretende tentar responder podem ser, sinteticamente, divididos mediante as seguintes questões:

(a). Como fazer a transição do regime clássico, em que as atividades caracterizadas como serviço público eram submetidas a um regime de exclusividade¹³ de titularidade estatal para o ambiente assimétrico?

¹²ESTORNINHO, Maria João. **Curso de Direito dos Contratos Públicos: Por uma Contratação Pública Sustentável**. Coimbra: Almedina, 2014. p.16-17.

¹³AMARAL, Diogo de Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. Vol. II, Coimbra: Almedina, 2014. p. 573-574.

(b). Uma vez realizada tal transição, como manter o modelo de assimetria de forma sustentável, a longo prazo?

Uma vez operada a alteração para um regime de assimetria regulatória, o desafio se dá quanto a saber como será capaz de obter-se a manutenção do equilíbrio do ambiente assimétrico, já que as obrigações entre as duas modelagens de prestadores revelam-se diferenciadas, a depender do regime jurídico a que o explorador da atividade encontre-se vinculado.

Dentre as obrigações narradas - às quais os prestadores afetos ao regime de direito público encontrar-se-iam submetidos (concessionários/ delegatários de serviços públicos, por exemplo) -, incidiriam os princípios¹⁴, tradicionalmente, apontados como informadores dos serviços públicos, são, pois:

- (i) universalização do serviço;
- (ii) modicidade tarifária;
- (iii) reversibilidade de bens afetos aos serviços explorados;
- (iv) continuidade ou garantia de prestação sem interrupção do serviço;
- (v) igualdade de tratamento entre os usuários;
- (vi) adaptabilidade do serviço prestado às inovações tecnológicas do setor.

Deve-se atentar, portanto, para o fato de que essa divisão de obrigações e exigências deve ser balanceada entre os dois tipos de prestadores de uma mesma atividade, sob pena de se criar um regime de extrema onerosidade a um prestador e, quanto ao outro, ter-se muitas liberalidades e flexibilizações.

Daí decorre a necessidade de se esmiuçar maiores reflexões quanto ao modo pelo qual esse fracionamento de obrigações para com a exploração de determinada atividade tem de ser estabelecido.

Tudo isso para fins de aplicação das premissas teóricas desenvolvidas pela dissertação, como forma de ilustração prática das ideias dispostas no plano teórico. É neste contexto que poderá ser analisada a exploração de aeródromos civis públicos, ante a abertura

¹⁴ SCHIRATO, Vitor Rhein. As Concessões de Serviços Públicos em Evolução. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). **Direito Público em Evolução: Estudos em Homenagem à Professora Odete Medauar**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 574-577.

da titularidade pela iniciativa privada, diante da emissão de título jurídicos habilitantes de autorização, aos particulares (via consórcios¹⁵ ou grupos econômicos).

Com vistas assim à exploração, lado a lado com o explorador concessionário/permissionário de uma já existente infraestrutura aeroportuária, em simultaneidade a outro aeródromo civil autorizado, configurando-se um verdadeiro modelo de assimetria regulatória.

Os problemas de pesquisa que aqui serão enfrentados conduzirão ao desenvolvimento de uma argumentação para que, ao final, seja possível sugerir ganhos de eficiência aos serviços ofertados à coletividade, ante a introdução do mecanismo de assimetria regulatória, tal qual restará desenvolvido pelos capítulos que se seguirão.

É oportuno aduzir que o termo eficiência por ora é entendido como maior oferta do serviço aos usuários e melhoria nos padrões da atividade prestada, segundo indicadores de satisfação dos próprios utentes e avaliações técnicas¹⁶ levadas a cabo pelas agências reguladoras dos respectivos subsistemas.

Possíveis Hipóteses

Avançando-se na estrutura do estudo, tem-se que como meio de se responder às questões centrais levantadas pelos problemas de pesquisa aqui debatidos, serão abordadas duas respostas provisórias a fim de suprir os apontamentos formulados para a elaboração da presente dissertação. A depender da essencialidade do serviço público prestado, o mesmo permanecerá ou não sendo objeto de reserva de titularidade exclusiva pelo Estado.

Logo, caso se conclua pela possibilidade fática e jurídica de introdução da iniciativa privada na prestação de determinadas atividades econômicas - qualificadas como

¹⁵ V. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos - Lei 8.666/1993**, 18ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 657-659.

¹⁶ Como exemplo do que se está aqui a referir-se, pode-se citar o Regulamento de Aferição de Satisfação e da Qualidade Percebida junta aos Usuários de Serviços de Telecomunicações, instituído pela Resolução n.º 654/2015, aprovada pela Anatel (Agência Nacional de Telecomunicações), o qual prevê as condições gerais para a realização de pesquisas de satisfação do setor regulado, bem como a formulação e o processamento dos resultados dos dados pela mesma obtidos. É importante salientar que tal modelo é seguido, via de regra, pelas demais agências reguladoras de demais subsistemas regulados.

Disponível em:

<http://www.anatel.gov.br/institucional/index.php?option=com_content&view=article&id=576> Acessado em: 14.07.2015.

serviços públicos - ante a criação do modelo de assimetria regulatória, duas são as hipóteses que se pretende testar ao longo deste trabalho:

1). A introdução, sem ressalvas, do modelo de assimetria regulatória não proporcionaria o equilíbrio entre os exploradores das atividades.

O que implica afirmar que será necessário preservar os direitos constantes dos contratos de delegação, que já se encontravam dedicados à exploração dos serviços que forem expostos à abertura pela via do modelo de assimetria regulatória. Ademais, resguardados os investimentos aportados no desempenho de tais atividades, quando ainda regida por outra sistemática.

2). Superado o período de transição do modelo de um único prestador ou de prestadores em um mesmo regime de exploração, faz-se necessária a manutenção de equilíbrio do regime assimétrico.

De modo que deverão ser balanceados os deveres e direitos entres os distintos exploradores, sem que para tanto, incorra-se em um ônus excessivo para quaisquer deles, sob pena de distorção do sistema e não sustentabilidade do mesmo a longo prazo.

Conforme sinalizado por alguns autores¹⁷, uma vez configurada a assimetria entre regimes de prestação de uma mesmo serviço, faz-se imprescindível a instituição de uma política regulatória diferenciada diante de tal ambiente.

Justo para que se tenha, em última instância, uma modalidade de regulação que seja apta a exercer os incentivos¹⁸ e as reações esperados dos *players* envolvidos na dinâmica de determinado nicho econômico.

Questionamentos e Justificativa sobre a Escolha do Problema de Pesquisa

¹⁷SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre Iniciativa nos Serviços Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 139-182; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O Novo Estado Regulador no Brasil: Eficiência e Legitimidade**. São Paulo: Singular, 2006. p.155-191 ; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **A Nova Regulamentação dos Serviços Públicos**. In Revista de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.1, fevereiro, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acessado em: 09/12/2014. p. 10-11.

¹⁸ A atuação estatal pela via da regulação também é denominada de “*soft law*”, a qual não se confunde com um instrumental normativo clássico, mas sim caracterizada pela menor imposição por parte do agente estatal, compreendendo incentivar, orientar, sugerir, fomentar etc. V. JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 46-47.

A escolha do tema deu-se no sentido de se avaliar, nos planos prático e teórico, certos indícios quanto a um arranjo mais eficiente - em termos de ampliação de oferta dos serviços a um maior número de usuários e elevação da qualidade das atividades desenvolvidas - que o regime de assimetria regulatória poderia proporcionar, se comparado ao modelo simétrico, no qual não se possuía uma pluralidade de regimes exploratórios.

Para tanto, elegeu-se o setor aeroportuário, a fim de ilustrar a composição prática do modelo de assimetria regulatória. No que diz respeito à escolha do setor aeroportuário, pode-se considerar que tal seleção deu-se em função de se ter uma necessidade atual de recomposição deste nicho de infraestrutura nacional. Associado ao fato de ainda haver certa dúvida quanto à viabilidade prática de composição da competição, segundo tal modelagem, nos termos em que era proposto por meio da medida provisória 656/2014.

No plano prático, o que se pretende analisar é se havendo, em paralelo ao poder público, a exploração privada de determinados setores econômicos, tal fato poderia resultar maior concorrência a determinados setores, elevando-se a oferta da prestação do serviço.

E ainda se teria o condão de refletir na melhora nos padrões da atividade oferecida aos usuários, seja em termos de preços das tarifas cobradas para sua utilização ou mesmo, ou de maiores facilidades oferecidas aos utentes das atividades, pelo investimento que a iniciativa privada aportaria no aprimoramento de tais serviços.

Já no plano teórico, como já mencionado, a leitura constitucional sugerida e que mais atenderia à orientação de um modelo de Estado Democrático Pluriclasse, consagradora da liberdade econômica - por meio da valorização da iniciativa privada - seria aquela que oportunizasse aos particulares não somente a prestação, mas a titularidade¹⁹,

¹⁹A distinção entre os regimes jurídicos público e privado não deve ser o cerne das preocupações quando da construção de um modelo de exploração das atividades que também possam ser enquadradas como atividades econômicas. O apropriado na escolha de um regime, em detrimento de outro, seria justo o fato de uma razão intrínseca demandar a opção pelo regime de direito público, já que este importa determinadas limitações legais para o exercício de exploração de dada atividade.

No caso dos serviços públicos, tal situação revela-se mais evidente do que em outras áreas, uma vez que sempre atribui-se, na doutrina nacional, à figura do serviço público, a noção de que a reserva de titularidade ao ente estatal decorria do fato de a atividade ostentar um interesse público e, portanto, inviabilizar sua prestação por demais agentes econômicos, segundo o regime de direito privado.

Nesse sentido, vale destacar os apontamentos de Vitor Rhein Schirato que assim dispõe: *“O segundo critério em geral apresentado pela doutrina para diferenciar os serviços públicos das atividades econômicas exploradas pelo Estado seria a titularidade estatal que recairia sobre os serviços públicos. Embora os fundamentos de tal titularidade estatal variem em razão da consideração dos serviços públicos como atividades econômicas ou atividades administrativas, é comum a identificação do afastamento da livre iniciativa das atividades erigidas a serviços públicos, em razão de pertencerem tais atividades ao Estado.”*

quanto ao mais amplo conjunto das atividades que venham a ser desenvolvidas no corpo social, ainda que tais atividades denotem, em algum grau, uma relação mais direta com o atingimento do interesse público é importante já delimitar o conceito de interesse público que será empregado no trabalho.

A despeito das possíveis conceituações existentes na literatura nacional²⁰, para fins do presente estudo, adotar-se-á a compreensão de interesse público, como sendo aquele que mais atenda à realização dos direitos fundamentais²¹, e estes, os direitos assim elencados no corpo constitucional.

Portanto, nem sempre o interesse público será confundido com o interesse da coletividade, visto que dependerá da análise do caso concreto, já que o mesmo não é um conceito estanque e que, de antemão, já se possa formular sua compreensão, como algo pré-definido²².

Com efeito, compreender-se-á interesse público como aquele interesse que realize, de alguma forma, aspirações legítimas relacionados ao indivíduo, analisado de forma singular, e também à coletividade. Naquilo que lhe seja mais inerente à condição de ser

(...) *Esse segundo elemento também não parece ser adequado para divisar serviços públicos e atividades econômicas, conquanto não consideramos haver sobre os serviços públicos a titularidade estatal da forma como ela é entendida pela doutrina.*” SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre Iniciativa nos Serviços Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 130.

²⁰ As principais noções de interesse público abordadas pela doutrina brasileira de direito público possuem como fundamento a tese defendida por Luís Roberto Barroso, apresentando sutis variações: BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010. 70-73. Em sentido diverso, pode-se citar Marçal Justen Filho que, após reconhecer a impossibilidade de se definir um conceito único de interesse público, por entender que essa noção abarca uma pluralidade de situações, opta por conceituar de forma negativa a ideia de interesse público. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 152 e 155-158.

²¹ A noção de interesse público empregada por esse estudo e que guiará todo o raciocínio da análise a respeito das atividades de interesse público e mesmo, acerca da própria compreensão do serviço público ao qual se encontra vinculada à realização do interesse público é aquela apresentada por Gustavo Binenbojm. Segundo o referido autor, o conceito de interesse público não pressupõe a realização de um interesse coletivo, mas pode sê-lo ou não, podendo até mesmo consistir na realização de um interesse individual, a depender do caso concreto, o que demandará a aplicação do método ponderativo de modo a aferi-lo, caso a caso. Nos termos da seguinte passagem, sintetiza o autor: “(...) *Conclui-se que a expressão interesse público consiste em uma referência de natureza genérica, a qual abarca a ambos, interesses privados e coletivos, enquanto juridicamente qualificados como metas ou diretrizes da Administração Pública. Por conseguinte, o interesse público pode, num caso específico, residir na implementação de um interesse coletivo, mas também na de um interesse eminentemente individual* (...)”

(...) *O reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais instituído pela Constituição e a estrutura maleável dos princípios constitucionais inviabiliza a determinação a priori de uma regra de supremacia absoluta do coletivo sobre o individual. (...) impõe ao legislador e à Administração Pública o dever jurídico de ponderar os interesses em jogo, buscando a sua concretização até um grau máximo de otimização.*” BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo - Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.104 -105.

²² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras Independentes - Fundamentos e seu Regime Jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 32-33. p. 24-27.

humano, individualmente considerado e também, sob a perspectiva de sua integração no contexto de grupos sócias diversos, como por exemplo, os agentes econômicos que compõem determinado nicho do mercado.

Logo, adotar-se-á a concepção de interesse público que atenda aos direitos elencados no rol do artigo 5º, da Constituição Federal, mas não somente, acrescentando-se, também, aqueles direitos que abarquem os valores insculpidos no seu artigo 170, de forma a ora atender aos interesses dos indivíduos, ora aos interesses legítimos de demais grupos sociais²³, como por exemplo, a iniciativa privada.

O que se pode assim concluir que o conceito de interesse público é um conceito ajustável ao contexto em que seja empregado. Até mesmo porque, não seria oportuno falar-se em monopólio da concretização do interesse público pelo Estado, mas, ao contrário, a realização daquele é de livre apoderação pelos entes²⁴ que compõem a estrutura social.

Se assim não o fosse, o Estado restaria, praticamente, inviabilizado quanto ao atendimento dos pleitos da coletividade, tendo em vistas as inúmeras demandas sociais e dada a correspondente limitação dos recursos estatais.

Esse entendimento deriva também da aplicação mandamental do princípio²⁵ da subsidiariedade. Princípio este tido como informador da ordem econômica brasileira vigente, segundo a qual, ao Estado incumbe a prestação das atividades econômicas tão somente em caráter subsidiário²⁶, eis que aos particulares é reservada a prevalência na exploração daquelas.

²³ Cf.: SÁNCHEZ, Pedro Fernandez. **Os Parâmetros de Controlo da Privatização Administrativa – Instrumentos de Fiscalização Judicial da Decisão Jurídico-Pública de Privatização**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 73-78.

²⁴ É importante destacar o ponto comentado por Luís Cabral de Moncada, ao discorrer que o interesse público não pode ser previamente densificado e que, portanto, não competiria tão somente ao Estado conferir substantividade material a tal conceito, pela via da prestação exclusiva. Logo, o mais adequado, na visão do professor português seria a interpretação no sentido de considerar que a realização do interesse público tem de ser tarefa conjunta, a envolver poder público e particulares, de modo que se obtenha um resultado mais completo e dinâmico do conceito assim compreendido como interesse público. Nessa linha de raciocínio, expõe o aludido autor: “(...) *Mas a regulação da economia parte do princípio de que o dinamismo privado não é alheio ao interesse público. O interesse público não é monopólio do Estado.*” MONCADA, Luís Cabral de. **Direito Econômico**. 6ª edição. Portugal: Coimbra Editora, 2012. p. 58.

²⁵ Não será objeto de abordagem do estudo o questionamento acerca de a subsidiariedade enquadrar-se como regra ou princípio. Fato é que a mesma trata de orientar a Ordem Econômica constitucional brasileira, segundo a noção de atuação secundária do Estado brasileiro. Pode-se ainda cogitar que seria a subsidiariedade um princípio com natureza de regra, a depender da conceituação que se adote para fins de enquadrá-lo. Cf.: BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 69.

²⁶ É importante destacar que autores como Emerson Gabardo defendem que o princípio da subsidiariedade não determina uma posição de absenteísmo por parte do poder público, ao revés, autorizaria a própria exploração das atividades econômicas, quanto mais em se tratando dos serviços públicos, visto que haveria um interesse

Tal posição, inclusive, não é mera preferência acadêmica por uma leitura do texto constitucional, mas encontra também compatibilidade com a dinâmica das principais economias mundiais²⁷.

Avançando, vê-se, portanto, que a criação de um modelo que pretenda classificar uma vasta gama de atividades que se revelem como essenciais à coletividade, com a rotulagem de serviço público²⁸, se compreendido este como sinônimo de exclusividade da titularidade estatal, pode revelar-se comprometedor de uma formulação mais liberalizante da titularidade frente às atividades de interesse público. Ou seja, tanto o emprego de uma noção muito restrita, quanto de uma noção por demais ampla do serviço público não se revelam adaptáveis ao cenário brasileiro²⁹.

Explica-se: ainda que uma atividade seja tida como de interesse público, nada obsta que a mesma seja prestada pela iniciativa privada, podendo o ente estatal figurar ao

público subjacente a tais atividades, tudo isso em oposição aos argumentos aqui defendidos. Vale destacar o argumento do mencionado autor: *“E parece ser bastante adequado que assim seja, pois a proposição de que a atuação como agente econômico conduziria à necessidade de abstenção de sua atuação como regulador não merece crédito nem mesmo no caso de exploração de atividade econômica em sentido estrito, que se dirá então na realização de atividades que lhe são típicas, tais como os serviços públicos não privativos do Estado. Não há que se contrapor (...) duas formas de atuação estatais diferentes (a sempre necessária regulação e às vezes opcional intervenção). Tais atividades não se misturam nem se atrapalham se realizadas nos contornos constitucionais.”* GABARDO, Emerson. **Interesse Público e Subsidiariedade - O Estado e a Sociedade Civil para Além do Bem e do Mal**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 140-141.

²⁷ A abertura dos mercados à competição e o alinhamento das políticas econômicas mundiais é objeto de consenso por parte dos estudos desenvolvidos no âmbito da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico). Desse modo, a integração das economias dos países tem-se dar de forma que os modelos de política e regulação converjam em finalidades e premissas, sob pena de a integração dos mercados, operada pela globalização, ver-se, por completo, comprometida a longo prazo. Nesse sentido, pode-se salientar as premissas obtidas pelo recente relatório elaborado pela OCDE, que assim pontuam: *“In short, open markets allow resources to be used more efficiently and productively. The efficiency benefits of an open trade and investment regime contribute to economic growth and hence rising incomes (...) By contrast, restrictions on trade and investment, in common with other economic distortions, shift and economy to a less efficient and sustainable mix of investment, production and consumption patterns, thus depressing economic growth prospects and reducing attendant benefits such as job creation and innovation.”* **Open Markets Matter – The Benefits of Trade and Investment Liberalisation**. Disponível em <http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/trade/open-markets-matter_9789264162938-en#page40> Acessado em: 18.06.2015.

²⁸ A noção de serviço público trazida pelo presente estudo é aquela também desenvolvida por Floriano de Azevedo Marques Neto, a qual pode ser sintetizada segundo a passagem a seguir: *“(...) a noção de serviço público na sua acepção restrita, própria, nos termos previstos no art. 175 (...) não como sinônimo de atividade estatal, mas como a produção e oferecimento de utilidades públicas dotadas de valor econômico e, por consequência, passíveis de exploração econômica.”* MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **A Nova Regulamentação dos Serviços Públicos**. In Revista de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.1, fevereiro, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acessado em: 09/12/2014. p. 6.

²⁹ É oportuno proceder-se à distinção que, comumente, encontra-se em discussão quanto ao conceito de concorrência, dividindo-se em duas vertentes: a concorrência no mercado e pelo mercado. No caso do conceito empregado pela dissertação, qual seja, o de concorrência no mercado, o que se entende por tal termo é a própria competição entre os agentes que visa a uma manutenção, a longo prazo, nesse mercado, e não, a competição que visa à entrada no mercado, eis que esta já encontra admissão, de certo modo, pacificada no direito pátrio, conforme observa Vitor Rhein Schirato. SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre Iniciativa nos Serviços Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 30-31.

lado dos particulares, que atuariam em um ambiente de competitividade³⁰, continuando a prestá-la, segundo sua fórmula tradicional de regime jurídico de direito público (*publicatio*). Mantendo-se, assim, a prestação pública e a privada, de forma simultânea.

Tendo-se como base as justificativas apontadas, o presente estudo valer-se-á da exemplificação do modelo dos Serviços de Interesse Econômico Geral (SIEG), oriundo da experiência da União Europeia, somente para fins de ilustração histórica do Direito Comparado, a fim de identificar experiências estrangeiras que procederam à transição para o modelo de assimetria regulatória.

Destarte, também será apresentado o sistema de *Public Utilities* norte-americano, no qual a noção de serviço público muito difere da tradição herdada pelo ordenamento jurídico brasileiro mas que, em dados pontos, encontra certa aproximação.

Logo, recorrer-se-á ao Direito Comparado para analisar se, em alguma medida, aquele modelo comunitário se coaduna com a Ordem Econômica brasileira, a qual trata, expressamente, acerca da valorização da iniciativa privada e da promoção da livre concorrência, em campos outrora reservados ao Estado, com exclusividade na titularidade dos serviços públicos, traçando-se um breve paralelo acerca das experiências de demais países. E ainda, no que a lógica de liberalização das atividades, operada em sede do contexto norte-americano, poderia ser aproveitada.

No entanto, em momento algum pretende-se adentrar com profundidade nos modelos europeu e norte-americano ou mesmo traçar similitudes entre o Direito dos países - dada a limitação do presente estudo -, mas tão somente trazer um substrato histórico do Direito Comparado, de modo a ilustrar a viabilidade para se proceder à transição do regime de simetria para o de assimetria, sempre ressaltando as peculiaridades dos ordenamento jurídico, bem como as condições sociais de cada qual.

Isto porque se possibilita por meio da instituição de um ambiente de assimetria regulatória - em que se tenha a conjugação da prestação por meio da iniciativa privada e da também pela Administração Pública - uma via alternativa ao modelo clássico de prestação de atividades de interesse público, na tentativa de superação dos impasses

³⁰ O tema referente aos denominados “*serviços compartilhados*” ou “*serviços sociais*”, é desenvolvido por estudo de Alexandre Santos de Aragão, ao se referir à modalidade de atividades de interesse público, em que o Estado, via prestação direta ou por seus delegatários trata de prestar, em concomitância com os particulares. Nesse sentido, quando a atividade fosse objeto de prestação pelo Estado, estar-se-ia diante de um serviço público, ao passo que se a mesma fosse objeto de exploração, por direito próprio, pelos demais agentes econômicos, a hipótese seria de atividade econômica privada. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 173.

vivenciados pela prestação tradicional de tais atividades, ante a oferta de uma pluralidade de exploradores, segundo o regime de competição.

Delimitação do Tema e Revisão Bibliográfica Abordada

Para melhor delimitar os desafios à implementação e manutenção do modelo de assimetria regulatória recorreu-se aos ensinamentos da literatura pátria e estrangeira³¹ que se filiam à viabilidade do regime de assimetria regulatória, valendo-se, ademais, da experiência vivenciada por alguns setores de infraestrutura brasileiro, em que vigora o referido modelo - ante a exploração segundo os regimes público e privado -, a fim de ilustrar tal arranjo institucional.

Por fim, far-se-á a uma breve narração da estrutura aeroportuária brasileira, segundo o modelo de outorga de prestação tradicional do serviço público - concessão/permissão -, sugerindo-se a possibilidade de adoção de um modelo de aeroporto autorizado, em concorrência com o modelo delegatário. A sistematização da bibliografia que trata acerca da temática pode ser dividida em duas vertentes.

A primeira composta pelos autores nacionais e estrangeiros que admitem a implementação de uma assimetria de regimes³², no bojo de um ambiente afeto à determinada

³¹Dentre os autores que adotam a linha interpretativa abordada pelo presente estudo, pode-se elencar: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 504-505; GARCIA, Flávio Amaral; FREITAS, Rafael Vêras de. Portos Brasileiros e a Nova Assimetria Regulatória - Os Títulos Habilitantes para a Exploração da Infraestrutura portuária. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Portos e seus Regimes Jurídicos - A Lei 12.815/2013 e seus Desafios**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 221-261; SCHIRATO, Rhein. **Livre Iniciativa nos Serviços Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 139-182; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p.115-194; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O Novo Estado Regulador no Brasil: Eficiência e Legitimidade**. São Paulo: Singular, 2006. p.155-191; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **A Nova Regulamentação dos Serviços Públicos**. In Revista de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.1, fevereiro, 2005. p. 7-11. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acessado em: 09/12/2014; MOREIRA, Vital. **Os Serviços Públicos Tradicionais sob o Impacto da União Europeia**. In Revista de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.1, fevereiro, 2005. p.11-14. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acessado em: 08/12/2014.

³²A despeito de não se tratar de um elenco exaustivo, pode-se identificar como autores que sinalizam em prol de um regime de assimetria regulatória: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 504-505; GARCIA, Flávio Amaral; FREITAS, Rafael Vêras de. Portos Brasileiros e a Nova Assimetria Regulatória - Os Títulos Habilitantes para a Exploração da

atividade econômica, superando-se a noção de reserva de exclusividade da titularidade estatal, em relação a determinadas atividades.

A segunda, integrada por aqueles que entendem ser inconstitucional³³ a configuração de um universo em que se tenha um prestador da atividade econômica submetido a um determinado regime em franca sistemática de competição com outro adstrito a regime jurídico diverso - em regra, mais gravoso - por violadora do princípio da isonomia e do desequilíbrio manifesto entre os prestadores, ante uma suposta violação aos atos jurídicos perfeitos - quais sejam, os contratos de concessão/permissão firmados, previamente, com o Poder Público³⁴.

Infraestrutura portuária. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Portos e seus Regimes Jurídicos – A Lei 12.815/2013 e seus Desafios**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 221-261; SCHIRATO. p. 139-182 Rhein. **Livre Iniciativa nos Serviços Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p.115-194; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O Novo Estado Regulador no Brasil: Eficiência e Legitimidade**. São Paulo: Singular, 2006. p.155-191; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Nova Regulamentação dos Serviços Públicos. In: Revista de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.1, fevereiro, 2005. p. 7-11. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acessado em: 09/12/2014; MOREIRA, Vital. Os Serviços Públicos Tradicionais sob o Impacto da União Europeia. In: Revista de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.1, fevereiro, 2005. p.11-14. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acessado em: 08/12/2014.

³³Referente à parcela da doutrina que possui entendimento contrário ao aqui analisado: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas**. 9ª edição. São Paulo: Atlas. p. 90-96; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p.701-710; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 136-138; GRAU, Eros Roberto, **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 163-167; CRETELLA JR., José. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 145-148; JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de Serviços Públicos: Comentários nº 8.987 e 9.074, de 1995**. São Paulo: Dialética, 1996. p. 122-126; JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Restrições Regulatórias à Concorrência**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 49.

³⁴A assimetria de regimes regulatórios é apontada por Flávio Amaral Garcia e por Rafael Vêras de Feitas como uma das conquistas do setor portuário brasileiro. Pode-se considerar que a despeito de a legislação mais recente do setor portuário prever a instituição do modelo de assimetria regulatória, no passado, antes de sua edição, o tema era objeto de muitas controvérsias e reticências pelos operadores do direito que lidavam com o referido setor, de modo que o debate amadureceu e culminou na aprovação da mencionada lei federal 12.815/2013. Acrescentando-se também que a legislação portuária anterior foi, inclusive, objeto de questionamento no Supremo Tribunal Federal (STF), por meio do ajuizamento da ADPF n. 139.

Conforme os seguintes autores, tem-se que o modelo de assimetria regulatória foi assim recebido como: “Uma das maiores inovações introduzidas pelo Novo Marco Regulatório do Setor Portuário concerne ao desenho da assimetria regulatória estabelecida entre os prestadores de serviços públicos (...)

(...) Diante disso, foi confirmada e acentuada a assimetria regulatória entre prestadores de serviços públicos e exploradores de atividades econômicas reguladas. Em outras palavras, a extinção dos conceitos de “carga própria” e de “carga de terceiro” ratificou o sistema dual de exploração da infraestrutura portuária: o dos serviços públicos e o das atividades econômicas.” GARCIA, Flávio Amaral; FREITAS, Rafael Vêras de. **Portos Brasileiros e a Nova Assimetria Regulatória – Os Títulos Habilitantes para a Exploração da Infraestrutura portuária**. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Portos e seus Regimes Jurídicos – A Lei 12.815/2013 e seus Desafios**. Belo Horizonte: Fórum. p. 241-242.

Metodologia Empregada

O estudo em questão valer-se-á do método analítico, em que serão esmiuçadas a modelagem e os mecanismos pelos quais se obtém o regime de assimetria regulatória diante de certa atividade econômica, a partir daquilo que já fora objeto de estudo e abordagem, por parte da doutrina nacional, bem como da teoria e prática do Direito Comparado.

Para tanto, serão empregados conceitos e definições trazidos pela literatura especializada no tema, a fim de delimitar a compreensão sobre a composição do regime de assimetria regulatória e seus institutos jurídicos.

Logo, será composto por uma estrutura descritiva, à medida em que analisar-se-ão os modelos existentes, o de simetria e o de assimetria regulatória, sugerindo-se mecanismos e institutos jurídicos a fim de operar-se a transição entre os modelos simétrico e o assimétrico de regulação, em especial, quando da análise do caso da composição dual do modelo de aeroportos concedidos e autorizados.

Ademais, apresentar-se-á a modalidade de regulação assimétrica, mediante marcos teóricos já desenvolvidos, que tratarão acerca de sua tendência evolutiva (nos planos nacional e internacional). Serão objeto de maior detalhamento e ilustração frente os setores de infraestrutura e demais, em que esta modelagem foi experimentada, bem como as respectivas consequências decorrentes da opção por tal modelo regulatório.

Em síntese, como desfecho das conclusões exploradas e para melhor orientar as premissas de ordem teórica, será apresentado um brevíssimo estudo de caso do setor aeroportuário brasileiro, no qual se tem o debate frente à proposta de criação de um modelo dual de exploração da atividade econômica dos aeródromos civis públicos, de forma a conviverem em simultaneidade de prestação, por meio de regimes jurídicos diferenciados.

Trata-se, portanto, de uma abordagem acerca da conjugação de um modelo que contemple os ditos aeroportos concedidos, no qual se dará a exploração segundo o modelo tradicional do regime de direito público (*publicatio*); ao lado dos denominados aeroportos autorizados, cuja exploração seja prestada pela iniciativa privada - segundo o regime de direito privado (*ordenatio*) - ante o instituto da autorização, por meio do estudo de caso do setor aeroportuário.

A Dissertação em sua Composição

No Capítulo I, tem-se a apresentação da discussão envolvendo a questão dos serviços públicos, a partir das noções até então desenvolvidas frente a tais categorias de atividades, o que demanda a formulação de noções introdutórias pertinentes ao tratamento conferido pelas literaturas nacional e mesmo, estrangeira, ao longo dos anos.

O Capítulo II destina-se a uma abordagem da conceituação e dos mecanismos que envolvem o modelo da assimetria regulatória. Mencionando-se, por oportuno, as implicações que decorrem da adoção de tal sistema a um conjunto de determinadas atividades.

Para tanto, serão apresentados argumentos das seguintes ordens: argumento de ordem prática; argumento de ordem constitucional; argumento de ordem econômica e, finalmente, o exemplo do Direito Comparado, a fim de se sustentar a viabilidade do modelo de regulação assimétrica.

Neste aspecto, o Capítulo III analisará a maneira pela qual os exploradores de atividades econômicas podem titularizar certa atividade econômica, segundo o modelo de assimetria regulatória. Apontando-se os impactos e os desafios jurídicos ocasionados pela transição de regimes, segundo a ótica dos agentes privados - exploradores de atividade pública, submetidos ao regime de direito público - e dos titulares de atividades econômicas - afetos ao regime privado de prestação.

Já o Capítulo IV ilustrará a questão relacionada ao setor de infraestrutura aeroportuária brasileira e de que maneira, a conjugação de um modelo que contemple aeroportos concedidos e autorizados viabilizar-se-ia, em termos práticos e mesmo, quanto aos instrumentos aptos para se obter a transição de um modelo simétrico para o de assimetria regulatória.

As Conclusões do trabalho pretendem um desfecho preliminar do tema sem esgotá-lo, sugerindo-se uma visão alternativa acerca do papel do Estado e da relação para com os agentes econômicos. Em especial, ante as principais implicações decorrentes da transição para tal modelo, bem como os institutos e incentivos empregados. Percorridas algumas considerações introdutórias, propõe-se adentrar na temática sugerida, segundo os capítulos que se seguem.

CAPÍTULO I

Serviço Público e o Poder nas Mãos do Estado: entre a Titularidade Estatal e a Livre Iniciativa

O presente capítulo tratará acerca de conceitos e noções que se fazem imprescindíveis no decorrer do presente estudo. Inicialmente, abordar-se-á a noção do serviço público com a finalidade de situar sua evolução, ao longo do tempo.

Perpassando os momentos de criação da própria noção do serviço público, a instituição de monopólios legais e o reconhecimento dos monopólios naturais, além da consagração de um ambiente híbrido de atividades de interesse público, as quais também passariam a ser titularizadas pelos particulares.

I.1 - Noções sobre os Serviços Públicos

Pensar o Direito Administrativo sob novos paradigmas é, talvez, um dos maiores desafios lançados à doutrina e à Administração Pública no decorrer da prática diária. Sempre tido como um ramo do Direito atrelado aos ditames legais e revestido de pouca ou quase nenhuma maleabilidade - visto que ao administrador somente é dado fazer aquilo que a lei permite.

Em assim sendo, a evolução da sociedade muito contribuiu para que conceitos e institutos clássicos passassem por uma revisitação. Daí porque refletir acerca de modelos e conceitos que mais se coadunem com os notórios efeitos acarretados pelo avanço da Pós-Modernidade e da globalização³⁵ é tarefa imperiosa para que o mundo das regras não caia

³⁵ A ausência de consenso acerca dos termos empregados para fins de conceituação do movimento mundial de um suposto direito administrativo global ou também denominado de transnacionalismo é tratada por Carol Harlow, quando descreve que: *“But could global administrative law help open space for global politics? In a thoughtful study of the relationship of law with globalization, Aman is optimistic. He sees law ‘not just as a source of remedies or rights, as important as they are, but as a means for the creation and sustenance of politics’.*¹³⁵ *He is optimistic that global administrative law can make a contribution to the creation of a ‘political’ society, by creating space for democratic deliberation. He warns, on the other hand, against approaches and machinery that seek to ‘remove decisions from the political arena for substantial periods of*

por terra frente ao dinamismo dos fatos³⁶. Nessa esteira das discussões que envolvem o ambiente do Direito Público, o conceito ou noção de serviço público revela-se como tema de discussão da doutrina nacional.

Os apontamentos ora trazidos vêm nesse sentido: reapresentar uma nova concepção acerca do serviço público³⁷, a fim de se concluir que mesmo diante daquele, assim como diante de demais atividades que também ostentem alguma relação com o interesse público - este entendido como a realização dos direitos fundamentais (conforme melhor será tratado adiante) - é possível a composição de um ambiente de assimetria regulatória, ante a prestação por meio de distintos regimes de exploração - o público (*publicatio*)³⁸ e o privado (*ordenatio*).

time'.¹³⁶ Yet as this paper has tried to show, this is precisely the approach of those constitutionalists enthusiastic for the development of a global administrative law based on universal principles and moving towards unity. The very real danger is that what will result is a global space in which citizens no longer have 'the freedom – and the forums – to maximize opportunities for experiment and change'.¹³⁷ Instead, they will be presented with juridified institutions and forums in which 'politics become the politics of procedure, a struggle for the power to define, for jurisdiction: the question is not so much whether a weighing of interests has to take place, but rather which authority in the final analysis is empowered to do the weighing'.¹³⁸ This is the clinching argument for pluralism: for diversity as the overarching ¹³² Dahl, 'Can International Organizations be Democratic? A Skeptic's View', in I. Shapiro and C. Hacker-Cordon (eds), *Democracy's Edges* (1999). ¹³³ R. Dehousse, *The European Court of Justice* (1998); Mancini, 'The Making of a Constitution for Europe', 26 *CML Rev* (1989) 595; Weiler, 'A Quiet Revolution – The European Court of Justice and its Interlocutors', 26 *Comparative Political Studies* (1994) 510. For a less favourable account, see H. Rasmussen, *On Law and Policy in the Court of Justice* (1986). ¹³⁴ Slaughter, *supra* note 110, at 132. And see McCrudden, 'A Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights' in K. O'Donovan and G. Rubin (eds), *Human Rights and Legal History, Essays in Honour of Brian Simpson* (2000). The second citation is from M.-A. Glendon, *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse* (1991), at 158. ¹³⁵ A. Aman, *The Democracy Deficit* (2004), at 178. ¹³⁶ *Ibid.*, at 138. ¹³⁷ *Ibid.* ¹³⁸ Koskeniemi, 'The Effects of Rights on Political Culture' in Alston, *supra* note 112, at 114. by guest on December 5, 2015 <http://ejil.oxfordjournals.org/> Downloaded from 214 EJIL 17 (2006), 187–214 value and for subsidiarity as the fundamental principle of global administrative law." HARLOW, Carol. *Global Administrative Law*. In: **European Journal of International Law**. Vol. 17, Firenze, 2006. Disponível em: <<http://ejil.oxfordjournals.org/content/17/1/187.full.pdf+html>> Acessado em 03.06. 2015. p. 213-214.

³⁶ Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, pode-se assinalar o movimento de globalização como uma tendência apta a não somente alterar as bases da economia das nações, mas também como um movimento de dinamização dos ordenamentos jurídicos internos, em especial, no que tange ao Direito Administrativo. Nesse sentido, o autor narra o dito movimento, na passagem transcrita: "Inegavelmente, aí está sobejamente evidenciado esse importante efeito da globalização sobre o Direito Público, pois se verifica que é a sua própria essência científica que necessariamente se altera e se transfigura para adequar-se às exigências de um mundo com suas tradicionais fronteiras políticas, econômicas, sociais e culturais cada vez mais esbatidas." MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 249.

³⁷ A nova concepção de serviço público, como apontado já em linhas anteriores no presente estudo, vai ao encontro de um movimento de vanguarda. Há quem aponte, como Diogo de Figueiredo Moreira Neto que o fenômeno do Direito Administrativo Global seria a causa para as alterações de conceitos e institutos dentro daquele ramo do direito. MOREIRA, NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno - Legitimidade, Finalidade, Eficiência, Resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 95-122.

³⁸ Há quem prefira distinguir os serviços públicos e os serviços de interesse público, prestados por particulares, aos quais corresponderiam os regimes da *publicatio* e da *ordenatio*. Fica a cargo dos apontamentos de Alexandre Santos de Aragão proceder a tal diferenciação, como é possível observar no seguinte trecho: "(...) os

Fazendo-se ainda um apanhado histórico da evolução do tema, ainda que em sucintas linhas, pode-se considerar que os estudos de Léon Duguit alavancaram a criação e o desenvolvimento da noção de serviço público. Isto porque o mencionado autor francês sugeria que os mesmos relacionavam-se à noção de prestação pelo Estado³⁹. O Estado seria uma junção de atividades prestacionais (serviços públicos), dispostas aos particulares.

A fim de mitigar a noção de serviço público atrelada à figura do ente estatal, tal qual concebido por Léon Duguit, a doutrina desenvolvida por Gaston Jèze⁴⁰, em momento posterior, tratou de conferir a ela um incremento, ou seja, passava a atribuir também o consenso social como componente formador daquele conceito. Noutros termos, serviço público seria tudo aquilo que o corpo social assim chancelasse como opção estatal, espécie de opinião comungada pela coletividade (*Communis opinio*) e o Estado como garantidor.

A noção de serviço público contou ainda com o incremento da linha teórica inaugurada por Maurice Hauriou⁴¹, modificando-se o foco abordado pelos autores anteriores, pertencentes à dita Escola do Serviço Público, o qual situou o serviço público no epicentro da figura do próprio Estado. Passando-se, destarte, a confundir Poder Público e atividade pública, algo intrínseco à própria cultura europeia, notadamente, a francesa.

Segundo aquele autor, a essência do serviço público encontrar-se-ia relacionada com a ideia de soberania estatal (*puissance publique*), a qual remonta à própria concepção de Estado. Em assim sendo, visto que somente o Estado seria o ente dotado de soberania, a titularidade do serviço público, confunde-se com a própria ideia de Estado⁴².

Noutros termos, a ideia de serviço público encontrar-se-ia atrelada à concepção de um poder imanente à soberania estatal, todavia, muito mais relacionada a uma concessão - assim entendida como um dever de prestar pelo Estado -, do que, propriamente, uma imposição unilateral daquele. O serviço público, singularmente considerado, seria aquele posto à disposição das necessidades coletivas.

serviços públicos propriamente ditos, exclusivos do Estado, sujeitos à publicatio e de execução transferível apenas por meio de concessão ou permissão, e as atividades privadas de interesse coletivo regidas pelos princípios do serviço público, exercidas por autorizatários e sujeitas à ordenatio, chamadas por alguns de serviços públicos impróprios ou virtuais.” ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. 3ª edição. Rio de Janeiro, 2013. p. 153.

³⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 78.

⁴⁰ Op.Cit. p. 87-88.

⁴¹ MONCADA, Luís Cabral de. **Direito Econômico**. 6ª edição. Portugal: Coimbra Editora, 2012. p. 31.

⁴² HORBACH, Carlos Bastide. Os Princípios do Serviço Público na França e no Brasil. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). **Direito Público em Evolução: Estudos em Homenagem à Professora Odete Medauar**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 551.

É dizer: a noção acerca da essência do serviço público, necessariamente, traria a cogitação sobre quais atividades estatais deveriam ser tidas como de prestação obrigatória à coletividade, e o Estado, por se tratar de um ente soberano, é que deveria prestá-las à gama da coletividade.

Tais traços marcantes da noção do serviço público influenciaram, sobremaneira, os países de tradição europeia e mesmo os de matriz jurídica romano-germânica. O que não se verificou nos países de tradição anglo-saxã, os quais tiveram a oportunidade de vivenciar outra ótica que não a do direito francês. Mais especificamente, o desenvolvimento da ideia de que os serviços a serem prestados à sociedade não necessitariam ser classificados como serviços públicos⁴³ e, portanto, não haveria a reserva de exclusiva titularidade estatal.

Ao revés, todas as atividades desempenhadas, ainda que afetadas ao interesse público - como denominada por eles de *affected with a public interest* - seriam dispostas à titularidade dos particulares, por direito próprio, incumbindo ao Estado, pela via de um intenso poder regulatório⁴⁴ - daí o surgimento também do modelo das agências reguladoras⁴⁵ - o controle⁴⁶ sobre aquelas. Podendo-se, assim, considerar que o movimento operado nestes países deu-se no extremo oposto do que se concebeu pelas tradicionais escolas de direito francesas.

Devido à particular contribuição que o modelo de atividades relacionadas ao interesse público representou, por configurar uma concepção diferenciada daquela que se vivenciou nos países de origem romano-germânica - desenvolvida em países da *common law* -, é que se reservará um tópico, neste trabalho, acerca do regime das *Public Utilities* norte-americanas.

⁴³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 81-82.

⁴⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 277-278.

⁴⁵ A celeuma em torno da existência de um suposto *déficit* democrático, que acometeria as agências reguladoras é explicada por Marçal Justen Filho ao concluir que: “*Em suma, um aspecto do déficit democrático essencial, que estará na essência das discussões pertinentes às agências reguladoras, residirá na pretensão de alterar as relações entre povo e Estado, modificando sem consulta ao cidadão o modelo consagrado na Constituição.*” JUSTEN FILHO, Marçal. Agências Reguladoras e Democracia: Existe um Déficit Democrático na “Regulação Independente”? In: **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. (Coord.). ARAGÃO, Alexandre Santos de. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011.p. 244.

⁴⁶ Parcela da problemática aludida circunscreve-se aos limites de atuação das agências reguladoras, como bem observa Celso Antônio Bandeira de Melo. Confira-se: “*O verdadeiro problema com as agências reguladoras é o de se saber o que e até onde podem regular algo sem estar, com isto, invadindo competência legislativa (...).*” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 176.

Isto para que se possa compreender como uma determinada atividade, ainda que realizadora dos interesses da sociedade, pode não ser afetada à titularidade exclusiva do Estado, mesmo que este detenha a obrigação de prestá-la, conforme pretende-se defender.

Em se tratando da recepção operada no sistema jurídico pátrio, quanto à noção de serviço público, pode-se considerar que o mesmo foi abarcado como uma atividade de características peculiares, submetida, ao que seria, até mesmo, um regime jurídico próprio de princípios e regras, muito distanciado do regime de direito privado e de seus institutos.

O que, de certo modo, tornava quase que inviável a titularidade de tais atividades pela iniciativa privada. Assim sendo, no caso brasileiro, a noção de serviço público sempre foi acompanhada por uma ideia de reserva da titularidade estatal quanto a tal atividade, logo, afeta ao regime jurídico de direito público.

Este fato revela, em última instância, a forte herança cultural do movimento desenvolvido na Europa, como suposta opção político-administrativa do sistema brasileiro⁴⁷, por simples ato discricionário, já que não se teria uma razão mais evidente para se optar por um regime pautado no modelo romano-germânico ou anglo-saxão, a não ser por questões de afinidade cultural.

Pertinente trazer ainda a noção de quem concebe uma possível dualidade na titularidade de atividades que se encontrem relacionados ao interesse público, como no caso dos denominados serviços compartilhados⁴⁸, os quais são objeto de identificação dentro do próprio ordenamento jurídico brasileiro.

Explica-se: segundo quem defende a existência dos serviços compartilhados, estar-se-ia diante de uma titularidade dual - por meio de um titular dos serviços que fosse um ente estatal e os demais titulares como sendo os agentes privados - inexistindo uma suposta reserva de titularidade exclusiva pelo Estado, ou seja, um mesmo serviço titularizado pelo Poder Público e por particulares, simultaneamente.

⁴⁷ Nos termos do que propõe Floriano de Azevedo Marques Neto, a opção por restringir a titularidade sobre os serviços públicos ao ente estatal decorre de uma eleição que não se pauta em razões de ordem prática, mas sim advém da concepção jurídica construída em termos de se entender que a incidência do regime de direito público, por si só, trataria de limitar a competição frente a tais serviços. Nesse sentido, aborda o autor: *“Juridicamente, a ideia de exploração exclusiva pelo Estado decorria da visão de que tendo o Estado, mediante lei, feito recair sobre uma atividade o regime de direito público, impossível seria fragilizar este regime especial, ensejando a oportunidade de esvaziar tal incidência regulatória pela via da competição com outros atores a ela não sujeitos.”* MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Nova Regulamentação dos Serviços Públicos. In: **Revista de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.1, fevereiro, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acessado em: 09.12.2014. p. 9.

⁴⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 177.

Logo, tais atividades podem ser titularizadas pelos agentes econômicos, permitindo-lhes explorá-las de plano - sem a necessária outorga estatal (via institutos da concessão/ permissão) - hipótese em que serão classificadas como atividades econômicas privadas.

Admitindo-se ainda que, ao mesmo tempo que os agentes econômicos detenham a titularidade de tais atividades, o Estado também as titularize e explore, ocasião em que serão tratadas como serviços públicos sociais, uma espécie dos serviços públicos gerais, compreendendo assim os denominados serviços compartilhados.

À luz dessa ideia, o presente estudo sustenta que esta deveria ser a noção aplicada a toda atividade relacionada ao interesse público, qual seja: a de não reserva, *a priori*, de exclusividade de titularidade pelo poder estatal, permitindo-se que os particulares também as titularizem, de modo que a iniciativa privada e a coletividade, conjuntamente, sejam contempladas por esse modelo de titularidade, por assim dizer, dúplice - visto que os regimes público e privado conviverão, em simultaneidade, na titularidade e na prestação de uma mesma atividade.

Portanto, incumbe recapitular algumas noções já desenvolvidas para se consolidar o raciocínio aqui proposto. Prestar um serviço público implica prestar uma atividade econômica, no entanto, balizada por determinadas diretrizes que o livre mercado, não haveria de se ater, dado o premente interesse público que as mesmas possuem, em sua própria essência.

Caso contrário, ao Estado competiria suprir toda e qualquer demanda social manifestada, figurando como um agente garantidor universal dos pleitos coletivos, o que se revelaria insustentável a longo prazo, conforme, anteriormente, abordado.

Superadas tais questões preliminares passa-se a encarar a exploração dos serviços públicos como a de uma atividade disposta na dinâmica dos mercados, todavia, com a parcimônia que aquelas demandam⁴⁹.

⁴⁹ Dentre as peculiaridades tradicionalmente apontadas pelos autores nacionais, no que concerne ao modo de prestação dos serviços públicos, pode-se destacar os apontamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao comentar os princípios que orientam os contratos administrativos, inseridos na órbita do regime de direito público, conforme a seguinte passagem destacada: “*O concessionário fica sujeito a todos os princípios pertinentes à execução de serviços públicos, em especial os da continuidade, mutabilidade do regime jurídico, igualdade dos usuários, além de outros indicados no art. 6º, parágrafo primeiro, da Lei n. 8.987/95, como requisitos para que o serviço seja considerado adequado.*” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas**. 9ª edição. São Paulo: Atlas. p. 80-83.

Ainda segundo a mencionada autora, pode-se citar os princípios, elencados a seguir, como sendo aqueles que tratariam de informar a esfera de delegação dos serviços públicos pelo Poder Público aos particulares, são, pois os princípios dos serviços públicos: *Princípio da Continuidade do Serviço Público; Princípio da*

Note-se assim, que a criação de um cenário próprio para a exploração de certa atividade como serviço público, em nada impede que aos particulares seja conferida a possibilidade de também titularizá-la - e não somente, prestá-la - razão pela qual, não se haveria de cogitar qualquer interdição à livre iniciativa⁵⁰, única e exclusivamente por serem aquelas realizadoras do interesse público.

Em vista das constatações expostas, o que se pretende é a construção de todo um raciocínio que conduza à um modelo de regulação peculiar, observadas as ressalvas de prestação pelo Poder Público e pela iniciativa privada, quanto a uma mesma modalidade de serviço, isto porque se estará diante - admitida tal configuração dual de exploração - de um ambiente de assimetria regulatória.

I.2 - O Serviço Público e a Reserva de Titularidade ao Poder Público

Tradicionalmente, a seara dos serviços públicos sempre foi encarada como a de um ambiente de antítese aos anseios particulares, onde a única finalidade almejada seria a persecução do interesse público - este compreendido como o interesse apto a realização dos direitos fundamentais-, sendo, pois, interditada aos anseios exploratórios por parte dos agentes econômicos - muito embora inexista qualquer disposição constitucional nesse sentido.

Mutabilidade/Adaptabilidade; Princípio da Igualdade perante o Serviço Público; Princípio da Modicidade Tarifária; Princípio da Cortesia; dentre outros que a doutrina brasileira aponta, segundo variações de cada autor.

⁵⁰ Há quem aponte que o grau de abertura na titularidade de atividades disponíveis à iniciativa privada seja um dos fatores para a retração de investimentos estrangeiros. Nesse sentido, pode-se citar um estudo, a nível mundial, elaborados por instituições, tais como o Banco Mundial, no qual se tem a criação de um *ranking* das economias globais, segundo pode ser extraído do seguinte excerto, confira-se: *"Economies are ranked on their ease of doing business, from 1 – 189. A high ranking on the ease of doing business index means the regulatory environment is more conducive to the starting and operation of a local firm. This index averages the country's percentile rankings on 10 topics, made up of a variety of indicators, giving equal weight to each topic. The rankings for all economies are benchmarked to June 2013."*

Dentre os critérios analisados pelo referido estudo são objeto de análise os seguintes aspectos: 1). grau de dificuldade para abertura de um negócio; 2). negociação e permissão para construção, como setores disponíveis aos investimentos privados; 3). facilidade na obtenção de crédito; 4). rede elétrica disponível; 5). proteção aos investidores; 5). nível de tributos e taxas governamentais; 6). burocracia do registro de propriedade; 7). mecanismos de concordata e insolvência civil; 8). grau de coercibilidade e manutenção dos contratos e negócios privados travados. Demonstrando-se que o Brasil encontra-se em posição mais desprestigiada do que os demais países latino-americanos. Disponível em: <<http://www.doingbusiness.org/rankings>> Consultado em: 02/06/2015.

Ocorre, todavia, que, muito embora - durante séculos - haja prevalecido a concepção mais clássica do serviço público, de matriz francesa, fato é que não mais se justifica nutrir a predileção por tal entendimento, em que somente ao Poder Público seria outorgada a prerrogativa de titularizar atividades tidas como serviços públicos, não possibilitando que os particulares também possuíssem direito próprio à exploração dos mesmos.

Nesse sentido, cabe pontuar a confusão existente quanto à noção de serviço público e a de monopólio legal. Explica-se: a reserva da exclusividade da titularidade estatal não pode ser confundida com a noção de monopólio legal, uma vez que este conceito diz respeito a uma verdadeira opção político-estratégica do Estado em relação à abertura ou não de uma determinada atividade a uma pluralidade de prestadores privados.

Em assim sendo, quando o ente estatal opta por considerar certa atividade como monopólio legal, o faz levando-se em consideração razões estratégicas ou fiscais de Estado - de excepcional atuação estatal no domínio econômico, uma vez que representam forte restrição à livre iniciativa.

Assim age a fim de que possa deter maior controle sobre tais atividades, muito embora, tal eleição encontre-se condicionada a questões de espaço e tempo, ou seja, conforme as características e demandas de uma determinada sociedade. Isto implica afirmar que a escolha dos monopólios legais poderá alterar-se em função daquelas variáveis.

Daí porque pode-se citar como exemplos de monopólios legais os jogos de azar (como a hipótese das loterias federais), as atividades relacionadas às riquezas nacionais (tais como a exploração de petróleo e gás natural)⁵¹, dentre outras atividades, a justificar, ao menos em tese, tal reserva de titularidade monopolística ao ente estatal.

Consigne-se que o monopólio natural - e não o monopólio legal, que seria uma espécie distinta de monopólio, conceito este afeto à seara econômica e não, jurídica - seria a hipótese mais evidente de interdição de uma determinada atividade a diversos titulares, por se tratar da existência de uma inviabilidade de ordem prática a se permitir a competição dentro de um mesmo ambiente, com mais de um prestador.

É intuitivo perceber que, na verdade, a noção de soberania subjacente ao conceito de serviço público desenvolvido pela escola francesa relaciona-se muito mais com a caracterização de monopólios do que com atividades que por sua essencialidade revelam forte interesse público.

⁵¹ SANTIAGO JUNIOR, Fernando Antonio. **A Regulação do Setor Elétrico Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 45.

Todavia, não se pode olvidar que, à época em que desenvolvido o conceito de serviço público, as atividades que nele se enquadravam, por variadas razões, se confundiam, na prática, com monopólios naturais e ou legais, o que hoje não mais se verifica. Definir que, dada a impossibilidade de múltipla exploração ou em razão de questões estratégicas do ponto de vista da segurança nacional ou do relevante interesse coletivo, certas atividades estatais são serviços públicos é manifestação de certa confusão entre os conceitos aqui apresentados.

Ocorre que, atualmente, diversas atividades tidas por serviços públicos, embora essenciais, não gozam das características acima descritas. Daí porque parece superada uma noção de serviço público que o confunde como um monopólio, estabelecendo-se assim, um regime de exclusividade de titularidade estatal⁵².

Ademais, é de se frisar que os avanços tecnológicos operados em diversos setores - tais como os de infraestrutura, por exemplo, malhas ferroviárias, redes de distribuição elétrica, rodovias, dentre outros - proporcionaram ganhos, em termos de inovação e criação de outras estruturas, a ponto de até mesmo ver-se superado o obstáculo de ordem prática que limitava os monopólios naturais à lógica de unicidade de titularidade e exploração de determinadas atividades econômicas.

Outro argumento que pode ser acrescido à discussão, agora de ordem jurídica e mesmo prática, é o fato de a própria Lei 8.987/97 (Lei de Concessão e Permissão de Serviços Públicos), prever em seu artigo 16, vedação expressa no sentido que a prestação do serviço público seja levada a cabo com exclusividade, salvo se demonstradas razões de inviabilidade técnica ou econômica a justificar a referida restrição à competição na exploração de tais atividades.

Ora, se a prestação de uma atividade - relacionada à realização do interesse público, tal qual o serviço público o é - não reclama a exclusividade, não seria justificável

⁵² Eduardo Ferreira Jordão pontua que os conceitos de livre concorrência e livre iniciativa somente devem ser aplicados às atividades econômicas em sentido estrito. De modo que em se tratando dos serviços públicos, a interpretação tem de ser no sentido de que a reserva de exclusividade da titularidade ao ente estatal encontrar-se-ia subjacente à própria noção de serviço público, posição esta que não é a referendada pelo presente estudo, conforme as justificativas que serão ao longo do estudo desenvolvidas. Segundo as considerações do autor, seria possível concluir que: *“Portanto, a decisão de submeter ou não determinado serviço público ao modelo concorrencial - e mesmo a decisão correlata de estabelecer o grau de competitividade para cada um destes serviços - cabe ao ente público que detém a sua titularidade. Isso não importa defender que a decisão regulatória em questão é incontestável juridicamente; apenas não se pode cogitar de anulá-la em função da restrição à competitividade. Em outras palavras, o argumento da limitação concorrencial não tem relevância para a verificação da constitucionalidade da lei que estabelece o marco regulatório de um serviço público. Afinal, se é a própria Constituição quem permite ao Poder Público até mesmo a sua prestação monopolística, permitir a anulação de sua regulação sob o argumento da sua anticompetitividade seria desrespeitar a opção do constituinte.”* JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Restrições Regulatórias à Concorrência**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 49.

que a titularidade sobre as atividades encontrassem dita limitação. Portanto, aqui se tem mais um argumento em prol da não reserva de titularidade pelo Estado.

Isto porque, também é necessário aqui trazer uma noção que aproxima as duas categorias tratadas, ou seja, o elenco de um rol de atributos que se apresentam como denominadores comuns entre serviço público e atividade econômica, denotando assim, a umbilical relação travada⁵³ entre as categorias mencionadas, a qual compreenderia as seguintes características:

- (a) A onerosidade da exploração do serviço;
- (b) Possibilidade de aferição de lucro com o desempenho da atividade;
- (c) Escassez do recurso explorado;
- (d) Contraprestação pelo custeio do desempenho da atividade, seja via usuários, seja via subsídios estatais;
- (e) Oferta e demanda do bem explorado;

Enumeradas tais aptidões, pode-se considerar que, ao menos em sua essência, os serviços públicos não são assim tão antagônicos às atividades econômicas, como defendido⁵⁴, dadas as peculiaridades ora narradas.

⁵³ Sobre o tema, pode-se citar os apontamentos de Floriano de Azevedo Marques Neto que ressalta o fato de os serviços públicos, a despeito de se relacionarem com a realização do interesse público, possuírem as características mais assemelhadas como uma atividade econômica comum, sendo esta uma dentre as razões que serão aqui desenvolvidas, para defender que tais atividades não sejam afastadas da prestação pelos demais agentes econômicos, ainda que demandem a prestação, em paralelo, pelo poder público. Nesse sentido, observa o autor, conforme destacado no seguinte trecho: *“Entendo que o fato de uma atividade ser considerada serviço público não extrai dela o seu conteúdo econômico, a possibilidade de ser esta atividade explorada em termos econômicos, com a possibilidade de geração de lucros. Mesmo quando estas atividades são exploradas diretamente pelo Estado, isso não retira o conteúdo de atividade econômica em sentido amplo. Tanto é assim que mesmo quando o Estado reservava para si a prestação (em regime de exclusividade) de serviço público, delegava a empresa estatal tal mister, deixando patente a natureza econômica de sua proteção. E à vista desse entendimento, o fato das atividades consideradas serviços públicos tratarem-se de atividades econômicas (passíveis, pois, de exploração econômica) acarreta duas consequências: i) sua exploração pode ser objeto de delegação à iniciativa privada, ainda que sob regime público (concessionários ou permissionários); ii) nada interdita, por si só, a existência de competição na sua exploração, seja entre prestadores submetidos ao regime público de prestação, seja entre estes e outros prestadores submetidos ao regime de mercado (regime privado). É nestas duas linhas que vão surgir as transformações vividas no âmbito dos serviços públicos.”* MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Nova Regulamentação dos Serviços Públicos. In: **Revista de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.1, fevereiro, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acessado em: 09.12.2014. p. 7.

⁵⁴ Deve-se aqui elencar os autores que não comungam do entendimento acerca da não reserva de titularidade estatal frente aos serviços públicos. Dentre eles, encontram-se: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas**. 9ª edição. São Paulo: Atlas. p. 90-96; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 701-710; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 136-138; GRAU, Eros Roberto, **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 163-167; CRETELLA JR., José. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 145-148;

Nesse sentido, não haveria razão de ordem prática que justificasse encarar um determinado serviço público como algo tão diverso de qualquer atividade econômica, já que ambos trazem consigo a marca de uma exploração que encontra limitações bem específicas e custos intrínsecos ao seu desenvolvimento⁵⁵.

Noutros termos, devido ao fato de os serviços públicos possuírem a marca de uma atividade que admita sua exigibilidade em face do ente público, dado o elevado grau de interesse público que a mesma apresenta, parcela da doutrina⁵⁶ entende que tão somente a Administração Pública poderia deter a titularidade de tais atividades, ainda que não haja qualquer disposição constitucional ou infraconstitucional nesse sentido.

Ocorre, todavia, que a manutenção da titularidade de certa atividade classificada como serviço público nas mãos, unicamente, do Estado não representa, por si só, a proteção do interesse público⁵⁷ - o que, justamente, é o fundamento alegado na defesa de um regime que seja de exclusividade do Estado como titular.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de Serviços Públicos: Comentários nº 8.987 e 9.074, de 1995**. São Paulo: Dialética, 1996. p. 122-126; JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Restrições Regulatórias à Concorrência**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 49.

⁵⁵ Diz-se que os serviços públicos são passíveis de exigibilidade perante o Estado, uma vez que possuem estreita correlação com os direitos fundamentais dos indivíduos. Ocorre, todavia, que muitas são as tendências no sentido de categorizar a amplitude do que seria considerado serviço público ou não. Daí porque, Dinorá Adelaide Musetti Grotti propõe um panorama evolutivo acerca das transformações que a noção de serviço público foi submetida nas últimas décadas, segundo a doutrina do Direito Administrativista brasileira, como no trecho selecionado: *“A partir do processo de transformação do Estado, diante das várias técnicas de reversão do estatismo, em um marco ideológico que tende a reduzir a categoria do serviço público, o conceito tradicional de serviço público se encontra diante de uma nova crise. Em face dessas circunstâncias estão desde autores que seguem aferrados ao critério clássico até os que propõem diretamente sua supressão – por não necessária – ou substituição por categorias do Direito Anglo-Saxão – como o serviço universal – ou buscam uma combinação dos elementos originários e suas notas complementares com os princípios de uma nova realidade econômica e social assumida como tal pela política legislativa.”* GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação. In: **Direito Administrativo Econômico**. SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.). São Paulo: Malheiros, 2000. p. 44.

⁵⁶ Deve-se aqui elencar os autores que não comungam do entendimento acerca da não reserva de titularidade estatal frente aos serviços públicos. Dentre eles, encontram-se: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas**. 9ª edição. São Paulo: Atlas. p. 90-96; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p.701-710; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 136-138; GRAU, Eros Roberto, **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 163-167; CRETELLA JR., José. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 145-148; JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de Serviços Públicos: Comentários nº 8.987 e 9.074, de 1995**. São Paulo: Dialética, 1996. p. 122-126; JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Restrições Regulatórias à Concorrência**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 49.

⁵⁷ É oportuno trazer as considerações de Vitor Rhein Schirato a respeito do tema, demonstrando que a concepção clássica sempre acompanhou a doutrina do serviço público, ainda que desprovida de muitas justificativas e norteadas pela lógica de reserva na exclusividade de titularidade estatal. Nesse sentido aborda o autor: *“Vale dizer, em decorrência do regime jurídico de direito público aplicável aos serviços públicos no Brasil (tal como esse regime jurídico é construído), que tais serviços são sempre infensos à livre iniciativa e acarretam uma série de privilégios. Para resumir, a construção de serviços públicos no Brasil, com base no regime jurídico de direito público, que não contém uma disciplina jurídica clara, fez de tal serviço uma*

Conceber um modelo de titularidade do serviço público que acarrete, sobremaneira, a privação da liberdade de iniciativa sugere certa contrariedade aos mandamentos constitucionais, conforme será analisado na sequência.

Por tais razões é que o intuito do presente trabalho é revisitar o conceito de serviço público, visto ser inservível a concepção tradicionalmente empregada daquele, frente ao cotidiano mutável da pós-modernidade - já aqui delimitada - a qual tende a impor ao Estado novos desafios e exigir soluções inéditas, tais como o avanço da tecnologia e a crescente gama de outros meios de prestação de atividades. O que termina por rever o grau de essencialidade das mesmas⁵⁸.

Expostas estas razões, não seria desejável comungar de uma visão que não enquadrasse os serviços públicos como atividades alheias ou frontalmente opostas, à órbita das atividades econômicas⁵⁹, encarando-os como outro segmento que não mais um afeto a

prerrogativa do Estado e não um direito dos cidadãos, haja vista que o foco do regime jurídico sempre é visto da perspectiva do Estado, e não dos cidadãos." SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre Iniciativa nos Serviços Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 119.

⁵⁸ O grau de essencialidade de certa atividade é apontado como o traço que trataria de distinguir uma atividade econômica simples de uma atividade classificada como serviço público. Nesse sentido, diante do avanço tecnológico que se opera rotineiramente, o que se tem como consenso é que tal evolução termina por substituir a essencialidade de uma atividade por outra, dada a superação das tecnologias. Para fins de exemplificar tal fenômeno - que cada vez mais é observado na atualidade - é oportuno citar o recente caso do serviço público de telefonia fixa brasileira, em relação ao qual o Conselho Diretor da Anatel (Agência Nacional de Telecomunicações), no mês de junho de 2015, determinou que fosse desenvolvido estudo pela área técnica da agência acerca da atratividade do serviço de telefonia fixa aos investidores e, portanto, a avaliação da manutenção da referida atividade para os próximos anos. No caso de o resultado obtido pelo estudo ser tido como negativo, a agência reguladora do setor incumbir-se-á de propor alterações ao tradicional modelo de concessão do serviço de telefonia fixa vigente, o que demonstra a franca necessidade de revisão, a todo momento, da essencialidade de um serviço para fins de enquadramento como serviço público, em virtude da evolução tecnológica de cada setor.

Segundo a nota sugestiva do Conselho Diretor da Anatel encaminhada à área técnica, vale destacar: "*Nota técnica n.4.2.183 (...) No entanto, verificou-se que o mero acompanhamento do equilíbrio econômico-financeiro não é suficiente para subsidiar o pleno exercício das competências legais da Anatel no Página 52 de 54 do Voto no 85/2015-GCIF, de 5/6/2015. A4A6A16A19 777ª Reunião do Conselho Diretor que se refere à gestão dos contratos de concessão do STFC e à formulação de propostas de alteração das políticas públicas de telecomunicações. Com efeito, observou-se que, independentemente da identificação de eventos desequilibrantes, pontuais e extraordinários, processos graduais de mudança associados a evoluções tecnológicas, comportamento do consumidor e dinâmicas de mercado podem alterar substancialmente as condições de execução do contrato ao longo de sua vigência. Esses fenômenos, por sua própria natureza, nem sempre poderão ser identificados como eventos de desequilíbrio do contrato, vez que fazem parte do risco empresarial expressamente assumido pelo concessionário. Não obstante, tais alterações podem comprometer a capacidade de atração de capitais da concessão, ameaçando o cumprimento das metas e objetivos das políticas públicas associadas ao serviço concedido. Por essa razão, é pertinente que, de forma sincronizada com os ciclos de alteração do contrato de concessão e do PGMU, sejam feitas avaliações prospectivas da sustentabilidade da concessão, de forma a subsidiar não só a formulação de propostas de novos condicionamentos e metas de qualidade e universalização, como também eventuais sugestões de alteração das políticas públicas de telecomunicações a serem encaminhadas ao Poder Executivo.*" Disponível em <<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=32935>> 1> Acessado em 12.07.2015.

⁵⁹ A interpretação mais aplicada ao tema dos serviços públicos é aquela desenvolvida por Eros Roberto Grau, segundo a qual as atividades econômicas seriam bipartidas em: atividades econômicas *lato sensu* e atividades

uma engrenagem similar à aplicada aos mercados econômicos, nos quais se desenvolvem as atividades econômicas privadas.

A uma, porque não representaria, na realidade, a verdadeira similitude entre ambos, como já descrito. A duas, porque os ganhos e acertos que a dinâmica proporcionada pelo mercado⁶⁰ e que a liberdade econômica poderiam representar, encontrar-se-iam - em sua completude - obstaculizadas à experimentação pelo Poder Público, acarretando, assim, a perda de uma considerável chance de melhoria dos serviços.

E a considerável chance aqui referida seria justamente, ante a composição de uma pluralidade de titulares frente a uma mesma atividade, operar-se maior eficiência do serviço - eficiência, no contexto do presente estudo entendida como maior oferta do serviço aos usuários e melhoria nos padrões da atividade prestada, segundo indicadores de satisfação dos próprios utentes e avaliações técnicas levadas a cabo pelas agências reguladoras dos respectivos subsistemas regulados.

I.3 - A Compatibilização do Serviço Público e da Atividade Econômica Privada - Convivência de Regimes Público e Privado

Superada a conceituação da própria noção de serviço público, faz-se necessário prosseguir com uma análise mais esmiuçada frente ao papel do Estado na ordem

econômicas *stricto sensu*. No âmbito das primeiras encontrar-se-iam os serviços públicos e os monopólios legais, enquanto que as segundas diriam respeito às atividades econômicas propriamente ditas, ou seja, aquelas que somente seriam exploradas pela iniciativa privada. Assim, o Estado exerceria atividades econômicas, no caso dos monopólios legalmente instituídos e quando da prestação dos serviços públicos. Já as atividades puramente econômicas somente seriam passíveis de exploração pelos particulares, sendo vedadas ao poder público exercê-las. GRAU, Eros Roberto, **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 100-101.

⁶⁰ A fisiologia dos mercados é disciplina complexa no âmbito econômico, dada suas matizes e diante de muitas variáveis que determinariam seus resultados, motivo pelo qual, na atualidade, tem-se uma série de teorias acadêmicas a fim de tentar decodificar esse campo de papel ímpar para o desempenho da Microeconomia, tais como: a teoria dos jogos, a teoria da escolha e da demanda do consumidor, a teoria da oferta, a teoria da precificação de ativos, dentre outras. É sobremaneira volumosa a literatura a respeito, razão pela qual se faz breve menção aos ensinamentos de Robert Cooter e Thomas Ulen acerca de um dos aludidos temas, em especial no que diz respeito à eficiência dos mercados. Confira-se no seguinte trecho: “(...) *O equilíbrio geral só será alcançado quando as forças competitivas tiverem levado à igualdade do benefício marginal e do custo marginal no mercado para cada mercadoria e serviço. (...) Entretanto, há duas razões práticas para se saber quais condições precisam vigorar para que o equilíbrio real talvez não obedeçam a essas condições, muitos deles o farão. Em segundo lugar, a especificação das condições que levam ao equilíbrio geral oferece um referencial para avaliar vários mercados e fazer recomendações sobre políticas públicas.*” COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Tradução: Luis Marcos Sander; Francisco Araújo da Costa. 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 60-61.

econômica brasileira, desde o modelo pensado, em termos teóricos, até a maneira pela qual o ente estatal passou a ser alocado diante do cenário econômico⁶¹.

No contexto jurídico-econômico atual, pensar em um Estado regulador⁶² remete a uma forma de comportamento, por parte do ente estatal, não de atuação marcante pelos seus próprios meios, mas sim de um ordenador na busca pela melhor disposição e obtenção de um ponto quase que ótimo da dinâmica dos mercados, segundo uma eficiência de viés não somente alocativa, mas também distributiva⁶³.

Visa-se, com essa delimitação precisa de como o Poder Público deve portar-se, diante da seara econômica, um propósito evidente: o de que o Estado não aniquile demais interesses dispostos no seio da sociedade, visto que ainda que privados, são legítimos de preservação, por meio de seu poder de tutela.

Daí porque a interferência do ente público na condução da exploração da atividade econômica, por titularidade própria e em regime de exclusividade, não corresponderia ao modelo pensado pela própria Constituição de 1988.

Para tanto, e considerando a demarcação entre os campos do público e do privado⁶⁴, pode-se ter em conta que o balizamento para se frear os ímpetus estatais, e mesmo,

⁶¹ André Cyrino aborda as questões referentes à interpretação da ordem constitucional brasileira e as diversas compreensões que a Carta de 1988 comportaria, dentre as leituras hermenêuticas possíveis, o autor assim narra: *“Em síntese, buscou-se demonstrar que, em cada caso, a depender da categoria normativa, será mais ou menos legítimo o controle judicial dos atos normativos ou administrativos efetivadores da Constituição econômica. Quanto maior a ductibilidade, maior deverá ser o respeito pela deliberação da maioria. Assim, numa escala de deferência saudável, o controle de constitucionalidade econômica deverá ser mais forte quando se estiver diante de regras e das zonas de certeza positiva. (...) Pensamos que, via de regra, a análise econômica da Constituição será útil principalmente quando se estiver diante de intervenções do Estado na economia fundadas em princípios ou conceitos jurídicos indeterminados, em suas zonas de incerteza. Com efeito, o raciocínio econômico pode ajudar a compreender a Constituição econômica, sem que se afaste dos seus elementos justificadores.”* CYRINO, André Rodrigues. **Direito Constitucional Regulatório -Elementos para uma Interpretação Institucionalmente Adequada da Constituição Econômica Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 136-138.

⁶² JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p.20-21.

⁶³ O conceito econômico de eficiência alocativa, o qual, usualmente, é empregado pela Teoria Econômica Neoclássica é assim descrito por Robert Cooter e Thomas Ulen, no seguinte trecho: *“A outra espécie de -, chamada de eficiência de Pareto, em homenagem a seu criador ou, às vezes, designada como eficiência alocativa, diz respeito à satisfação de preferências pessoais. Diz-se que uma determinada situação é Pareto eficiente ou alocativamente eficiente se é impossível mudá-la de modo a deixar pelo menos uma pessoa em situação melhor (na opinião dela própria) sem deixar outra pessoa em situação pior (mais uma vez, em sua própria opinião) (...).”* COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Tradução: Luis Marcos Sander; Francisco Araújo da Costa. 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 38.

⁶⁴ O dilema vivenciado pelas economias de mercado, nas quais os objetivos de mercado devem ser conciliados com a busca pela realização dos direitos e garantias assegurados nos corpos constitucionais, também é objeto de reflexão por Fausto de Quadros, no contexto da União Europeia, ao mencionar que: *“(...) é legítimo afirmar-se, insistimos, que hoje, pela letra do Tratado UE, o sistema econômico da União é um sistema em que o mercado e a livre concorrência se entrecruzam com o social, isto é, estão subordinados ao primado da Pessoa Humana e da Justiça Social, cabendo à União (e também aos Estados, neste caso por respeito pelo princípio da subsidiariedade) assegurar a coerência deste sistema. Como bem anotam Priollaud e Siritzky, foi intenção dos*

as interferências privadas que não sejam legítimas, é incumbência das mais delicadas. Até mesmo porque, nem tudo que ostenta um caráter intrínseco de interesse público é, por tal razão, excluído da titularidade pelos agentes econômicos privados.

Explica-se: não se poderia cogitar de um suposto monopólio da realização do interesse público pelo ente público⁶⁵, assim como as noções de liberdade econômica e a prática competitiva não revelam qualquer incompatibilidade com a seara dos serviços públicos.

Muito pelo contrário, como já exposto anteriormente, a própria estrutura estatal também deve valer-se dos benefícios colhidos pela maior oferta de prestadores que a livre concorrência oferece na exploração de atividades, com vistas à persecução de seus resultados⁶⁶.

De forma coerente com toda a Teoria da Regulação passou-se a admitir o influxo de uma série de mecanismos próprios às atividades econômicas⁶⁷, afetando-os à

autores do Tratado compor, com aqueles elementos, o modelo social europeu. Isto significa que a Economia Social de Mercado, começando por dar corpo ao sistema económico da União, acaba por definir também o modelo social da União Europeia (...)." QUADROS, Fausto de. **Direito da União Europeia – Direito Constitucional e Administrativo da União Europeia**. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2013. p. 151-152.

⁶⁵ João Pacheco de Amorim tece apontamentos acerca do conceito de regulação pública econômica que hoje é difundido com larga aceitação no contexto comunitário da União Europeia, na qual o Estado empresarial passaria a regulador de atividades econômicas, cada vez mais integradas em um mercado global. Segundo o próprio autor: "*Sendo pois a regulação (económica) hoje dominante, obviamente, uma forma de intervenção do Estado na economia, ela diferencia-se bem do paradigma antecedente de planificação e do dirigismo estatais, na medida em que (ao invés destes) pressupõe um contexto de economia de mercado e de livre concorrência. Não se demitindo o Estado da prossecução de fins de interesse geral – porquanto, garante, através do exercício dos poderes públicos regulatórios, o funcionamento de uma sã e leal concorrência, os direitos dos utentes/consumidores dos bens e serviços de interesse económico geral (através sobretudo das chamadas obrigações de serviço público) e determinados interesses coletivos (prevenindo certos riscos próprios da economia de mercado) – enquadra-se o dito exercício de poderes estaduais na lógica própria de um sistema económico baseado na livre formação de preços e na descentralização do processo de decisão económica.*" AMORIM, João Pacheco de. **Direito Administrativo da Economia**. Volume I (Introdução e Constituição Económica). Coimbra: Almedina, 2014. p. 252.

⁶⁶ O controle de resultados sobre a atuação da Administração Pública tem sido repetido como a máxima dos novos tempos vivenciados pelo Direito Administrativo, de forma que não mais se sustenta a proposta de mera observância aos escopos legais. Diogo de Figueiredo Moreira Neto discorre acerca do assunto, propondo um repensar na atuação finalística do Estado, em especial, no que diz respeito à superação da forma pela obtenção de resultados. Nas palavras do autor, tem-se que: "*Porém, um novo avanço só adviria com o ressurgimento contemporâneo de mais dois princípios em reforço: o da legitimidade e o da eficiência, ambos formulados já com vistas ao exercício de um controle finalístico em macroescala do agir administrativo, para superar a tradicional microescala da análise de ato por ato, instituindo-se um procedimento que, finalmente, permitia alcançar um novo patamar de vinculação jurídica para a Administração, desta feita, à realização efetiva de um resultado determinante.*" MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, Direito e Estado: o Direito Administrativo em Tempos de Globalização**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 105.

⁶⁷ O traço distintivo entre os denominados serviços públicos e os ditos serviços sociais - ambas atividades econômicas que estariam relacionadas à órbita de prestação pelo poder estatal - residiria no fato de que em se tratando dos primeiros, ao Estado, com reserva de exclusividade na titularidade, incumbiria sua prestação, ao passo que no que diz respeito aos segundos, aos particulares ser-lhes-ia conferida, por direito próprio, a titularidade da atividade. Assim comenta Carlos Ari Sundfeld ao definir os serviços sociais: "*A prestação de tais serviços é dever inafastável do Estado, tendo os indivíduos o direito subjetivo de usufruí-los. O objetivo do*

órbita do Poder Público⁶⁸, com o fim, justamente, de conferir ganhos - os quais não seriam auferidos, caso ainda se permanecesse com a mentalidade da fisiologia que rege a Administração Pública -, em sua modalidade mais tradicional.

O que se verifica, na atualidade, é o Poder Público indo beber em outras fontes que não somente aquelas próprias do Direito Público. Não se olvidando que a cooperação com os ditos entes intermédios (distintos grupos sociais) e a prática consensual (entre órgãos e mesmo entre órgãos e particulares)⁶⁹, são conquistas de um novo século do Direito Administrativo.

Reafirma-se, assim, a premissa de que a participação e a atuação colaborativa com os agentes econômicos, segundo o binômio Poder Público-iniciativa privada, deve ser estimulada, a exemplo do que se deu ante o próprio surgimento de um novo segmento da Administração Pública - que compreenderia toda essa lógica de participação e colaboração -, a atuação de forte relevância, no cenário atual, do dito terceiro setor⁷⁰.

Constituinte ao outorgar tais competências ao Poder Público não foi o de reservá-las, mas sim o de obrigar a seu exercício.

(...) Os particulares exploram os serviços sociais independentemente de qualquer delegação estatal. Tais serviços se desenvolvem, portanto, em setores não reservados ao Estado, mas livres aos particulares. Daí uma importante consequência: quando prestados pelo poder público, submetem-se ao regime de direito público; quando prestados pelos particulares, sujeitam-se ao regime de direito privado. Tal dualidade se justifica, porquanto os serviços sociais são, ao mesmo tempo, atividade estatal e atividade dos particulares.” SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 5ª edição, 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 84.

⁶⁸ Conforme aborda Patrícia Batista, o Direito Administrativo atual clama por intensa participação dos atores sociais, de modo que não mais há de se cogitar de uma concretização dos interesses sociais, alijada da integração com os particulares. De forma que a leitura constitucional desejada seja no seguinte sentido: *“Pelo contrário, a interpretação sistematizada de vários dispositivos da Constituição de 1988 autoriza, desde logo, a afirmação de um direito genérico de participação dos administrados com estrutura constitucional, independentemente de qualquer concretização pelo legislador ordinário.”* BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 153-154.

⁶⁹ A dita Administração Pública Consensual é destaque no estudo de Jessé Torres Pereira Júnior, apontando a transição entre os tradicionais métodos de resolução de controvérsias e negociações da Administração Pública por mecanismos mais atuais de incorporação da lógica privada aos quadros do poder público. Assim observa o autor: *“No manejo desses instrumentos, a consensualidade surge como “técnica de coordenação de ações e de interesses, prestigiando, simultaneamente, a autonomia da vontade e a parceria que potencia a ação do Estado e da sociedade”* O número de parcerias cresce, pois a Administração Pública cria, permanentemente, atrativos para que os agentes da sociedade civil tenham interesse em investir, expandindo cada vez mais a gama de acordos e contratações administrativas.

(...)

A vasta gama de celebração de acordos, substituindo os tradicionais atos unilaterais, não significa a disponibilidade do interesse público pelo Estado. Ao revés, esses atos são, em regra, mais eficientes e menos sujeitos a transgressões, além de valorizarem igualmente, a proteção do interesse público e a concretização dos direitos fundamentais.” PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Presença da Administração Consensual no Direito Positivo Brasileiro. In: **Direito Administrativo e Democracia Econômica**. FREITAS, Daniela Bandeira de; VALLE, Vanice Regina Lírio do. (Coords.). Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 298.

⁷⁰ Muito se tem abordado acerca do surgimento do denominado terceiro setor e a influência que tal segmento tem representado na contribuição para a realização de iniciativas em prol da coletividade. Ainda que se trate de uma experiência, relativamente, recente no modelo de administração pública gerencial brasileira, fato é que na Europa, tal modalidade de gestão tendo como aliado os grupos intermédios que compõem o núcleo social

Numerosas seriam as ilustrações apropriadas para se exemplificar que o setor público vale-se dos instrumentais do campo privado; a própria concepção de governança corporativa⁷¹, atualmente, vem sendo repetida como um mantra no âmbito governamental, orientando a condução de diversas entidades componentes da Administração Pública Direta ou Indireta, havendo quem até denomine de uma pretensa “*fuga para o Direito Privado*”⁷².

É necessário acrescentar que a importação de metas e objetivos próprios da iniciativa privada, aliados com o emprego de mecanismos oriundos dos mercados econômicos, ao campo da prática administrativa proporciona a criação de um ambiente

coletivo é uma modalidade já amadurecida de gerenciamento da coisa pública. Em estudo desenvolvido pelo *Third Sector Research Centre*, da Universidade de Birmingham, a análise das organizações que compunham o terceiro setor em matéria ambiental passaram até mesmo a influenciar políticas regulatórias e o comportamento social dos indivíduos frente a diversas questões ambientais, de modo que tais organizações podem ser consideradas como de relevância ímpar na composição do cenário social. Nesse sentido, aponta o estudo mencionado: “*General claims about the third sector as a whole are likely to be relatively meaningless. Given the highly diverse nature of the third sector, it is important to better understand the impact of factors such as size, financial and organisational capacity, geographical scope and scale, core mission and ‘philosophy’, etc. on the effectiveness of interventions. One example of a particularly pertinent debate here is that over the philosophical or theoretical assumptions guiding behaviour change interventions. For example, an initiative that assumes behaviour change is driven by extrinsic motivations such as financial or status rewards is likely to differ in terms of its setup and implementation from an initiative that assumes behaviour change will be deeper and more long-lasting if it is intrinsically motivated* (Lindenberg and Steg 2007, de Groot and Steg 2009, Crompton et al.2010) (...)” Disponível em:

<http://eprints.soton.ac.uk/339808/1/tsrc_working_paper_81_tsos_and_practices_change.pdf> Consultado em: 12.07.2015.

⁷¹ VALLE, Vanice Lírio do. Governança: Nova Fronteira do Direito Regulatório. In: **Direito Administrativo e Democracia Econômica**. FREITAS, Daniela Bandeira de; VALLE, Vanice Regina Lírio do. (Coords.). Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 252.

Na linha das proposições mencionadas, tem-se que o modelo de atuação estatal tem de ser no sentido de buscar instrumentais aptos a possibilitar uma maior interrelação com os agentes econômicos e os atores sociais em geral, quando da implementação da gestão regulatória. Daí as ressalvas de Floriano de Azevedo Marques Neto: “ (...) Portanto, o caráter de imposição da vontade da autoridade estatal (que impõe o interesse público selecionado pelo governante) dá lugar, na moderna regulação, à noção de mediação de interesses, no qual o Estado exerce sua autoridade não de forma impositiva, mas arbitrando interesses e tutelando hipossuficiências.

(...)

Por fim, difere nos instrumentos porque a regulação vai demandar a construção de mecanismos de intervenção estatal que permitam efetivar essa nova forma de relacionamento com os agentes econômicos. Os espaços de exercício da regulação deverão ser aptos ao exercício da mediação e da interlocução com os agentes envolvidos no setor regulado (...).” MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras Independentes – Fundamentos e seu Regime Jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 32-33.

⁷² É oportuno registrar as considerações de Pedro Sánchez Fernandez, ao expor que diversas noções do Direito Privado foram transportadas para o Direito Público, tal qual verificado na própria concepção da Justiça Administrativa. Assim comenta o autor: “Assim, a evolução do Direito Administrativo Processual e (apenas subsequentemente) do Direito Administrativo Substantivo permite esclarecer o que levou a que a “fuga para o Direito Público” fosse substituída pela “fuga para o Direito Privado”. Essa substituição resulta, em primeira linha, do advento daquilo que já se classificou como os “milagres” da Justiça Administrativa: o Direito e os Tribunais Administrativos. Contudo, ao contrário do que pretendia significar a doutrina francesa com tal expressão, não é a simples existência de um Direito Processual Administrativo e, subsequentemente, de um Direito Administrativo Substantivo que pode ser atribuída a um milagre – esses não são mais do que os frutos da imunidade judicial do executivo e da criação de uma “privata lex” da Administração.” SÁNCHEZ, Pedro Fernandez. **Os Parâmetros de Controlo da Privatização Administrativa – Instrumentos de Fiscalização Judicial da Decisão Jurídico-Pública de Privatização**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 25-26.

composto por técnicas e conhecimentos que, em última instância, desembocam na realização não de um, mas de diversos e múltiplos interesses públicos⁷³ - estes compreendidos como a realização dos próprios direitos fundamentais, como já discorrido em momento anterior.

I.4 - Mecanismos de Abertura ao Regime de Exclusividade da Titularidade Estatal e a Aplicação da Proporcionalidade na Assimetria Regulatória

Avançando-se, resta ainda ser abordado pelo estudo uma leitura que compatibilize a titularidade das atividades qualificadas como serviço público com a não interpretação automática e imediata de que as mesmas tenham de ser também entendidas como de titularidade exclusiva pelo ente estatal, pelo simples fato de apresentarem alguma correlação com o interesse público, em sua essência⁷⁴.

Até mesmo porque, o próprio texto constitucional vigente não explicita qualquer vedação para que os agentes econômicos venham a titularizar as atividades tidas como serviços públicos. E mais, sequer pode-se deduzir que pelo fato de um serviço público ostentar, intrinsecamente, um grau de essencialidade, restaria afastada a titularidade da mesma atividade pela iniciativa privada. É dizer: não se trata de uma decorrência lógica ou de um mandamento enunciado na Constituição Federal⁷⁵.

⁷³ A interface entre os setores público e privado, bem como o momento de transição da lógica que passou a nortear as economias mundiais é comentada por Paulo Márcio Cruz, ao salientar esse específico movimento econômico, conforme é possível destacar no seguinte trecho: “*Também é importante ressaltar que a tendência socializante dos meios de produção sofreu um processo visível de atenuação nas últimas duas décadas do século XX.*”

(...) Com a emergência das propostas neoliberais, a ênfase foi sendo deslocada para a maior eficiência da iniciativa privada e nos perigos que a acumulação do poder econômico e político nas mãos do Estado representam para a liberdade individual. A derrocada das experiências de economias coletivizadas do Leste europeu foi outro elemento determinante na tendência para a desestatização da economia”. CRUZ, Paulo Márcio. In: CASTRO Jr., Oswaldo Agripino de; PASOLD, Cesar Luiz. **Direito Portuário, Regulação e Desenvolvimento**. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 296.

⁷⁴ No contexto da realidade europeia, a temática dos direitos fundamentais e do direito à concorrência é tratada segundo tais aspectos, como observa Antônio Menezes Cordeiro identificando que: “*Os direitos e liberdades fundamentais de base comunitária visam um objetivo muito concreto: a consecução de um mercado único - artigo 14º./II do Tratado da União. Não se podem considerar, à partida, como procurando a tutela humana - embora o façam: um fator que tem vindo a ganhar importância. Devemos, todavia, manter o discurso europeu no âmbito que lhe é próprio: o da harmoniosa integração económica. Este sentido económico é, naturalmente, mais vincado no tocante às liberdades fundamentais: intervêm em situações de natureza pecuniária.*” CORDEIRO, Antônio Menezes Cordeiro. Concorrência e Direitos e Liberdades Fundamentais na União Europeia. In: ALBUQUERQUE, Ruy de; CORDEIRO, Antônio Menezes. **Regulação e Concorrência - Perspectivas e Limites da Defesa da Concorrência**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 16.

⁷⁵ GARCIA, Flávio Amaral; FREITAS, Rafael Vêras de. *Portos Brasileiros e a Nova Assimetria Regulatória - Os Títulos Habilitantes para a Exploração da Infraestrutura portuária*. In: **Portos e seus Regimes Jurídicos -**

O que já não se pode considerar, em se tratando da instituição dos monopólios constitucionais⁷⁶, em relação aos quais a Constituição Federal de 1988 foi categórica ao reservar o papel de agente econômico somente ao Estado brasileiro - ante a eleição de razões de cunho estratégico, político, econômico, financeiro e de qualquer outra ordem - que o constituinte julgou, por bem, assim reservar à exclusividade de domínio do estatal⁷⁷.

Sendo assim, pode-se considerar que a técnica da proporcionalidade, muito embora não seja um meio infalível na obtenção de soluções aos impasses entre os preceitos constitucionais, permite a otimização dos valores⁷⁸ consagrados na Ordem Econômica, de

A Lei 12.815/2013 e seus Desafios. (Coord.). MOREIRA, Egon Bockmann. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 246.

⁷⁶ Acerca da dinâmica dos monopólios naturais, Alexandre Santos de Aragão afirma que: “*A atividade econômica lato sensu destina-se à circulação de bens e/ou de serviços do produtor ao consumidor. O serviço público é a atividade econômica lato sensu que o Estado toma como sua em razão da pertinência que possui com necessidades ou utilidades coletivas. Há atividades econômicas exploradas pelo Estado, em regime de monopólio ou não, que possuem, naturalmente, interesse público, mas que não são relacionadas diretamente com o bem-estar da coletividade, mas sim com razões fiscais, estratégicas ou econômicas (p.ex., o petróleo e o gás, a energia nuclear, as loterias, em alguns países o tabaco, os cassinos etc).*” ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. 3ª edição. Rio de Janeiro, 2013. p. 148.

⁷⁷ Um olhar em prol da aplicação das premissas econômicas, tendo como parâmetro o arcabouço constitucional é o foco do ensaio de Jairo Saddi, ao salientar a necessidade de se revisitar uma leitura clássica para um novo modelo interpretativo que concilie as premissas e os institutos jurídicos com demais áreas do conhecimento, em especial, a seara econômica. Veja-se: “*O objetivo de aproximar a análise econômica da Constituição é procurar reduzir a distância entre os conceitos e a aplicação dos institutos jurídicos à teoria econômica; ou, como preferimos, alargar a fronteira entre a Ciência do Direito e da Economia. A teoria de Law & cuida da aplicação de princípios econômicos – como os da racionalidade e da eficiência alocativa – com vistas a explicar a conduta humana e como a legislação estimula, ou não, tais comportamentos na formação, estrutura e processos das relações sociais. E, se não houvesse outra razão, o tema, por si só, já é amplamente constitucional.*” SADI, Jairo. É Possível a Análise Econômica da Constituição? In: **Direito da Regulação e Políticas Públicas**. SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. (Coords.). São Paulo: Malheiros, 2014. p. 81.

⁷⁸ À luz da Teoria dos Princípios, desenvolvida por Robert Alexy, pode-se sintetizar que aquela seria uma verdadeira teoria da ponderação, na qual se entende que por se tratarem os princípios de mandamentos de otimização, estes exigem sua máxima realização, diante de situações jurídicas concretas, diversamente das regras, as quais se aplicam sob a forma da subsunção, por se tratarem de mandamentos definitivos, ou seja, ou são aplicáveis ou não são aplicáveis ao caso concreto, não demandando qualquer grau de ponderação. Isto posto, para Robert Alexy, a proporcionalidade somente poderia ser efetivada por meio de uma teoria própria que compreenderia uma análise de otimização dos princípios relacionados ao caso concreto, a partir de três etapas necessárias de percurso, são elas: a máxima da análise de adequação, seguida da análise de necessidade e, por fim, a análise da proporcionalidade em sentido estrito. Somente após percorridas as etapas narradas é que, segundo o autor, poder-se-ia obter uma otimização adequada frente à hipótese de princípios concorrentes. Assim pontua o autor: “*As submáximas da adequação e da necessidade demandam uma otimização relativa às possibilidades fáticas. Não se trata aqui de ponderação, mas de impedir restrições em direitos fundamentais evitáveis sem custos para outros princípios, ou seja, trata-se de uma otimalidade de Pareto (Alexy, 1996b:149). A máxima da proporcionalidade em sentido estrito diz respeito à otimização relativa às possibilidades jurídicas. As possibilidades jurídicas são determinadas, afora regras, essencialmente por meio de princípios concorrentes. Esse é o campo da ponderação, já que a ponderação consiste em nada mais do que a otimização relativa a princípios concorrentes. A teoria dos princípios é, por isso, uma teoria da ponderação.*” ALEXY, Robert. *Principais Elementos de uma Teoria da Dupla Natureza do Direito*. Tradução de Fernando Ribeiro Leal. In: **Revista de Direito Administrativo**. v. 253. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010. p. 26.

modo a não se proceder a uma escolha em detrimento de outra. Daí porque o tal método revela-se como um mecanismo de conciliação dos interesses nela envolvidos⁷⁹.

Noutros termos: se de um lado a própria Constituição prevê que o atendimento do interesse público pressupõe a realização de direitos fundamentais e, portanto, o Estado deve manter-se presente na prestação dos serviços públicos, também é de se considerar o contraponto existente quando a Carta de 1988 trata de prestigiar a livre iniciativa ao patamar de fundamento da República⁸⁰ e de princípio informador⁸¹ da Ordem Econômica.

Portanto, nem a livre iniciativa tem de ser alçada a um princípio supremo, nem os direitos sociais da coletividade também devem sê-lo. Isto porque direitos não são absolutos e, pois, comportam mitigações, quando cotejados com outros direitos, diante de um determinado caso concreto⁸².

Nesse contexto, o método da proporcionalidade é o instrumento que aqui se sugere para dirimir uma possível colisão existente frente aos interesses elencados: os direitos fundamentais da coletividade - o qual justificaria, segundo alguns⁸³, a opção pela exclusividade na titularidade do Estado diante de atividades que ostentem algum grau de interesse público - e o direito fundamental à livre iniciativa.

⁷⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 128.

⁸⁰ V. SCHMIDT, Gustavo da Rocha. Uma Proposta de Releitura da Ordem Econômica na Constituição de 1988. In: GUERRA, Sergio. (Org.). **Teoria do Estado Regulador**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 217-224.

⁸¹ Cf.: CHEVALLIER, Jacques. **O Estado de Direito**. Tradução de Antonio Araldo Ferraz dal Pozzo e Augusto Neves dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 93-95.

⁸² Carlos Roberto Siqueira Castro pontua com clareza a constatação de que conferir um caráter absoluto a determinados direitos conflitaria com a própria ideia de que os mesmos devem ser exercidos em sociedade, é dizer, numa interação constante com outros direitos de demais membros do copor social. Nas palavras do autor: *"(...) Algumas dessas liberdades acham-se inclusive qualificadas pelo expresse repúdio constitucional contra ingerências do Poder Público, a exemplo da liberdade de manifestação do pensamento e de associação. Contudo, considerando que praticamente inexistente direito individual ou coletivo absoluto, ou de fundamentação absoluta, isto é, revestido de ilimitação plena, e que a grande maioria das liberdades individuais consubstanciam liberdades sociais, ou seja, existem para serem exercidas em sociedade, há que haver limites para que essas liberdades possam ser igualmente exercidas por todos os membros da comunidade em regime de concomitância e de respeito recíproco."* CASTRO, Carlos Roberto Siqueira Castro. **A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais: Ensaio sobre o Constitucionalismo Pós-Moderno e Comunitário**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 62.

⁸³ A interpretação mencionada pode ser encontrada no seguinte elenco de autores da literatura nacional: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas**. 9ª edição. São Paulo: Atlas. p. 90-96; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 701-710; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 136-138; GRAU, Eros Roberto, **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 163-167; CRETELLA JR., José. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 145-148; JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de Serviços Públicos: Comentários nº 8.987 e 9.074, de 1995**. São Paulo: Dialética, 1996. p. 122-126; JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Restrições Regulatórias à Concorrência**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 49.

Isto tudo a fim de se analisar as atividades que apresentam algum grau de relacionamento com o interesse público - ante a possibilidade de realização de direitos fundamentais - a partir das três etapas que compõem o exame da técnica da proporcionalidade; para que se obtenha uma posição que mais atenda ao perfil compromissório da Constituição Federal de 1988, uma vez que esta tratou de albergar tanto os direitos fundamentais da coletividade, quanto direitos fundamentais relacionados a certos grupos sociais, como mesmo direitos individuais.

Em outros termos, a aplicação da proporcionalidade ocupa-se de testar a juridicidade concreta de determinada medida, a fim de verificar se a mesma prestigiou mais um princípio em detrimento de outro e se a justificativa para tanto pode ser aceitável ou não, à luz do ordenamento vigente.

Uma vez percorrida a análise das três sub-regras da proporcionalidade - que também são tratadas como etapas do aludido método -, será possível analisar se a restrição existente quanto aos particulares também deterem a titularidade de atividades de interesse público seria admissível ou não, segundo o ordenamento jurídico brasileiro.

São três as etapas do método da proporcionalidade: o exame da adequação, seguido do exame da necessidade e, por fim, o da proporcionalidade em sentido estrito⁸⁴, a fim de se testar a validade do argumento aqui exposto, segundo o qual, a opção pela exclusividade da titularidade nas mãos do Estado deve ser ponderada com o direito fundamental à livre iniciativa, conforme prescreve o texto constitucional.

É de se ressaltar que embora a aplicação da proporcionalidade demande um caso concreto a ser analisado, no presente momento, será realizada tão somente partindo-se de linhas teóricas, ou seja, sem que se tenha como paradigma a observação específica de uma determinada determinada situação.

Portanto, ainda que, nas próximas linhas, discorra-se acerca de uma possível proporcionalidade aplicada à hipótese da assimetria regulatória - em termos teóricos e hipotéticos - o tema será retomado no último capítulo, oportunidade esta em que será analisado o caso da assimetria regulatória aplicada ao setor aeroportuário, daí será possível a aferição mais fidedigna da técnica da proporcionalidade.

Feita tal ressalva, passa-se à análise proposta. Em primeiro aspecto, no que diz respeito à análise da sub-regra da adequação, pode-se considerar, ao menos em tese, que a opção pela titularidade exclusiva de atividades de interesse público restrita ao Estado seja

⁸⁴ JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Restrições Regulatórias à Concorrência**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 75-76.

adequada ao cumprimento do interesse público, confirmando-se a interpretação que consagra a vedação da iniciativa privada também figurar como titular da exploração das atividades relacionadas ao interesse público.

Isto porque o ente estatal possui como finalidade precípua de sua constituição a própria realização dos interesses públicos e privados⁸⁵, sendo presumível que a reserva da titularidade para a exploração de atividades relacionadas à realização do interesse público, possa ser um meio de assegurar que os direitos fundamentais relacionados ao conceito de interesse público sejam, efetivamente, satisfeitos e não deixados a segundo plano.

Subsequentemente, quanto à segunda etapa de análise pelo viés da necessidade da medida de reserva de exclusividade do direito de exploração pelo Estado brasileiro, tem-se que a mesma não se faz imprescindível, ou ainda, há outros meios jurídicos aptos a se garantir que o interesse público seja satisfeito, sem que para tanto, a iniciativa privada tenha de ser alijada de titularizar também o direito à exploração de atividades de interesse público, classificadas como serviços públicos.

Explica-se: ainda que pudesse ser adequado que ao Estado brasileiro seja reservada, com exclusividade, a titularidade das atividades relacionadas à concretização do interesse público, como meio de se garantir a persecução dessa finalidade, visto se confundir com a própria noção da criação de um modelo de Estado - a realização do bem comum - não se pode considerar que seria tal medida a única possível para se conseguir alcançar tal fim.

Um dos meios possíveis a se cogitar para que as atividades de interesse público sejam objeto de proteção ainda quando também disponíveis à titularidade dos agentes econômicos seria manter a obrigação de o Estado brasileiro - quando tais atividades

⁸⁵ As considerações sobre a tradicional dicotomia entre a realização dos interesses públicos e privados, como função finalística na concepção do modelo de Estado, é muito bem observada por Humberto Ávila, a quem este estudo filia-se, conforme é possível compreender a partir da seguinte passagem: *“O interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. Elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado (...) Em vez de uma relação de contradição entre os interesses privado e público há, em verdade, uma conexão estrutural (...) Se eles – o interesse público e o privado – são conceitualmente inseparáveis, a prevalência de um sobre o outro fica prejudicada, bem como a contradição entre ambos. A verificação de que a administração deve orientar-se sob o influxo de interesses públicos não significa, nem poderia significar, que se estabeleça uma relação de prevalência entre os interesses públicos e privados. Interesse público como finalidade fundamental da atividade estatal e supremacia do interesse público sobre o particular não denotam o mesmo significado. O interesse público e os interesses privados não estão principalmente em conflito, como pressupõe uma relação de prevalência (...)”* ÁVILA, Humberto. Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular. In: **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. n. 11. Salvador, 2007. p.13-14.

Disponível em:

<<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>

Acessado em: 10.07.2015.

apresentarem uma característica intrínseca de essencialidade - permanecer prestando-a, a fim de garantir que os direitos fundamentais a tais atividades relacionadas sejam atendidos.

E tal prestação, inclusive, pode se dar em concomitância com a iniciativa privada, isto porque a prestação pelo ente estatal ou por seu delegatário dar-se-á segundo as diretrizes do regime de direito público (*publicatio*), ainda que o regime afeto aos particulares seja o de direito privado (*ordenatio*), exatamente nos termos de como proposto pelo modelo de assimetria regulatória - em que dois regimes de titularidade de exploração de atividades passam a conviver em simultaneidade - o qual será melhor desenvolvido nos capítulos seguintes.

Por fim, segundo a análise da proporcionalidade em sentido estrito - a qual seria o verdadeiro momento em que se procederia à ponderação, ante a análise de possibilidades jurídicas⁸⁶ -, traduz a relação de custo-benefício, ou seja, quando as desvantagens ocasionadas por uma determinada restrição passam a compensar os benefícios que da mesma serão advindos. A qual deve ser aferida também e, no caso ora tratado, parece não ser atendida por uma interpretação que consagra a interdição imposta à iniciativa privada, a fim de que essa não possa vir a titularizar, lado a lado com o ente estatal, a exploração de atividades de interesse público qualificadas como serviços públicos.

A uma, porque os custos advindos de tal restrição sugerem não compensar os ganhos que a mesma poderia acarretar, já que limitar a iniciativa privada de prestar uma determinada atividade não representa, por si só, uma segurança maior ao interesse público, ao revés, restringe a possibilidade de que outros prestadores venham a ofertá-la segundo sua expertise e técnicas que ao Estado, não é possível deter a gama de conhecimentos aplicáveis.

Em outros termos: a experiência ao longo dos anos sugere, em certa medida, que o Estado, por si só - visto não ser esta sua função primordial - revelar-se-ia incapaz de acompanhar todos os avanços tecnológicos a que as atividades econômicas encontram-se submetidas.

A duas, porque uma vez não havendo competição dentro do universo das atividades relacionadas ao interesse público - tidas como serviços públicos, reduzidas serão as oportunidades de se, ao menos, tentar um maior número de exploradores capazes de competir entre si.

Esses competidores, por sua vez, empenhados na disputa por mais usuários, ante a oferta de uma prestação mais eficiente - compreendida como a disposição do serviço

⁸⁶ ALEXY, Robert. Principais Elementos de uma Teoria da Dupla Natureza do Direito. Tradução de Fernando Ribeiro Leal. In: **Revista de Direito Administrativo**. v. 253. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010. p. 25-26.

aos usuários e melhoria nos padrões da atividade, conforme indicadores de satisfação dos utentes e avaliações técnicas dos agentes reguladores dos subsistemas.

Portanto, ao que a análise até aqui desenvolvida, sob a ótica da proporcionalidade, o que não se confunde com a análise de razoabilidade⁸⁷, indica, que não se revela proporcional, segundo a aplicação do referido método, sustentar a interpretação no sentido de que à iniciativa privada seja vedado titularizar, por direito próprio - sem que se faça necessária a outorga pelo ente estatal - a exploração de atividades de interesse público.

Toda a argumentação trazida até o presente momento é no sentido de salientar que as razões de resguardo do interesse público não justificam, por si só, a restrição à livre iniciativa, no tocante ao exercício de atividades que possuam algum grau de relacionamento com o interesse público, sejam aquelas serviços públicos ou qualquer outra modalidade de serviço.

O que implica afirmar que o modelo de assimetria regulatória seria constitucional, uma vez que é o mais proporcional à realização dos valores consagrados na Constituição Federal, sobretudo aqueles contidos em sede da Ordem Econômica, por ora analisados.

Considerando-se assim que as premissas que envolvem a promoção da livre iniciativa e da oferta de concorrência, pelos argumentos trabalhados, mais atendem à proporcionalidade de um modelo a ser implementado, se comparado à opção pelo regime de simetria regulatória, em que somente se teria o prestador público, seja este o prestador direto ou o delegatário do serviço prestado.

⁸⁷ Revela-se imprescindível trazer ao presente estudo, a análise de Virgílio Afonso da Silva ao discorrer a respeito da regra da proporcionalidade e sua usual consideração de sinônimo de razoabilidade. Nesse sentido, o autor observa que a forma pela qual a jurisprudência e a doutrina brasileiros costumam tratar como sinônimos, em realidade, é sintoma de uma má compreensão acerca de ambos os institutos. Tal tal descrito na seguinte passagem: *“A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim. Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma estrutura racionalmente definida, com sub-elementos independentes – a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito - que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência da razoabilidade.”* (...) *A regra da proporcionalidade é, portanto, mais ampla do que a regra da razoabilidade, pois não se esgota no exame da compatibilidade entre meios e fins (...).*” DA SILVA, Virgílio Afonso. O Proporcional e o Razoável. In: **Revista dos Tribunais**. v. 798, 2002 p. 30-33.

Resta ainda, analisar outro argumento apontado em desfavor da assimetria regulatória, qual seja, a alegação de um demasiado prejuízo à isonomia entre os competidores⁸⁸.

Fato é que a criação de um ambiente assimétrico exige do ente regulador uma expertise para manejar as eventuais intempéries do setor, com o fito de ofertar os incentivos adequados aos agentes econômicos envolvidos, o que significa que a afirmação genérica de ofensa à isonomia⁸⁹ entre os competidores pode ser rebatida por outros argumentos, igualmente válidos.

Em primeiro lugar, deve ser aqui reafirmado que a regulação tem de ser constantemente revisitada de modo que seus intentos sejam efetivamente verificados na prática do ramo econômico em que vier a ser empregada, de modo que a restrição imposta à isonomia possa justificar-se.

Tal justificativa tem de ser aferida como o meio adequado, necessário e proporcional em sentido estrito, ou seja, ante todas as etapas do exame da proporcionalidade,

⁸⁸ A concepção de um ambiente assimétrico de regulação proporcionaria considerável incremento na oferta dos serviços, razão pela qual Calixto Salomão Filho comenta que a noção de concorrência seria essencial para tal intento, desde que não se revele como fator de exclusão dentre os exploradores de determinado setor: “*A garantia de difusão dos serviços deve ser aqui compreendida em sentido material, e não apenas formal. Isso significa que ela tem dois componentes fundamentais. Em primeiro lugar, a garantia de acesso aos consumidores. Essa deriva diretamente das garantias constitucionais da concorrência e da defesa do consumidor (art. 170, IV e V), que, coerentemente interpretadas, significam a não-exclusão de qualquer consumidor.*

Entretanto, o simples provimento formal dos serviços a todos sem que muitos tenham condições materiais não é também suficiente. Isso não significa dizer que a regulamentação possa ou deva substituir as políticas sociais. Significa que a regulação, como também o direito antitruste, não pode e não deve ser instrumento de criação de desigualdades sociais e especialmente de exclusão. Novamente aqui essa é a maneira de compatibilizar materialmente os ditames constitucionais da livre concorrência e da justiça social (...)” SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica (Princípios e Fundamentos Jurídicos)**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 159-160.

⁸⁹ Interessante discussão que pode ser trazida para o presente debate diz respeito ao risco existente sobre o desvirtuamento das empresas estatais quando se procede à regulação de tais entidades. Isto porque dissociada de um intento de melhor arranjo e funcionamento da economia como um todo, pode-se ter a ingerência política sobreposta aos interesses da regulação, por parte do Poder Público, ao se conferir tratamento não isonômico entre os competidos do mercado financeiro, por exemplo. Tal segmento econômico é interessante de ser analisado e traçado um paralelo com os setores de infraestrutura aqui tratados, uma vez que, no caso brasileiro, há a figura dos ditos bancos públicos, os quais competem com os demais bancos privados. O que revela um *trade-off* para o agente regulador, pois, quanto maior o grau de interferência regulatória sobre tais entidades, a fim de intervir no domínio econômico, maior será o risco de se desvirtuar a finalidade das empresas estatais, muito embora também haja um *trade-off* entre regular entidades estatais ou regular entes privados. Armando Castelar Pinheiro comenta o problema narrado segundo a análise no caso dos bancos públicos: “*Os bancos públicos não são a única, nem a melhor forma de promover o acesso ao sistema financeiro, sendo que a forma ótima de intervenção se dá por meio de bancos privados com regulação não discricionária; no caso, um subsídio às instituições privadas que queiram se estabelecer nessas localidades, concedidos, por exemplo, por meio de leilão público. Isso não apenas reduziria o risco de desvio dessa intervenção para fins políticos, como também seria uma alternativa mais barata (...)*” PINHEIRO, Armando Castelar. **Bancos Públicos no Brasil: Para Onde Ir?** Artigo Apresentado no III Seminário ANBID de Mercado de Capitais. p. 40.

Disponível em: <<http://www.ie.ufrj.br/datacenter/ie/pdfs/seminarios/pesquisa/texto0104.pdf>> Acessado em: 19.06.2015.

frente aos princípios colidentes, já que opera uma redução na promoção dos direitos dos exploradores.

Isto porque tais prestadores - os que se encontrem submetidos ao regime de direito público - terão o dever de buscar o cumprimento das exigências impostas a uma atividade que ostente relação direta com o interesse público, tal qual se dá com uma atividade que seja enquadrada como serviço público. O que não se verificará no caso de prestadores de atividade que sejam meros agentes econômicos, visto que explorarão a atividade como se uma atividade econômica fosse.

Diante de tal cenário, deve-se, portanto, avaliar se os resultados advindos de um ambiente em que se desenvolva a assimetria regulatória revela-se recompensador ao certo grau de ônus que a mitigação da isonomia entre os competidores acarreta. Caso contrário, não haveria de se justificar tal modelo híbrido de regimes exploratórios⁹⁰.

⁹⁰ Indubitavelmente, a regulação opera, no mais das vezes, instituindo, ora restrições, ora promoções aos próprios direitos de propriedade, em prol da criação de um cenário mais competitivo. Nesse sentido, Marcos Juruena Vilela Souto traz algumas considerações, ao comentar o instituto do compartilhamento de infraestrutura ocorrente em diversas modalidades de atividades econômicas, notadamente, nos setores de ocorrência de monopólios naturais. Assim ensina o autor: *“Alguns setores (notadamente, os de infraestrutura) são tradicionalmente tratados como monopólios naturais, nos quais a competição seria inviável; entretanto, as normas regulatórias têm procurado criar um espaço para introduzir a competição por meio do “princípio da obrigatoriedade de interconexão” ou do livre acesso às redes, por força dos quais os operadores devem facilitar aos demais o acesso às redes, sem discriminações, desde que obedecidos os aspectos técnicos e de segurança; as redes dos operadores são tratadas como vias públicas, de modo que os demais podem utilizá-las para prestarem seus serviços desde que (atendidas as citadas condições técnicas e de segurança) paguem por isso um “pedágio” (acordado entre as partes ou fixado pelo órgão regulador por mediação ou arbitragem).”* SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 114-115.

Capítulo II

Regulação para Além do Ambiente Simétrico (Como Regular de Forma Desigual Pode Representar Ganhos)

O capítulo que se segue abordará, em linhas gerais, os argumentos que guiarão o presente estudo, a fim de se conduzir a um raciocínio que exprima a viabilidade do regime de assimetria regulatória. Para tanto, serão desenvolvidos argumentos que remontam à justificação do modelo de assimetria regulatória.

Primeiramente, avaliar-se-á a possibilidade fática de criação de um ambiente de assimetria regulatória e como tal composição faz-se possível operar, em termos de viabilidade prática de sua composição.

Em seguida, serão percorridos os dispositivos da Constituição Federal de 1988 a fim de analisar o argumento jurídico em prol desse modelo regulatório, o qual representaria uma medida proporcional - esta entendida segundo a terceira etapa do exame da proporcionalidade, em relação a custo-benefício, se comparado ao modelo de simetria regulatória.

Posteriormente, seguir-se-á pela seara econômica, como forma de aferir de que modo introdução da competição operada pelo modelo de assimetria poderia acarretar benefícios aos usuários de tais serviços, bem como estimular a inovação das tecnologias empregadas.

Tudo isto para, brevemente, realizar-se um apanhado das experiências vivenciadas no Direito Comparado, a título ilustrativo, sem se cogitar de qualquer comparação entre ordenamentos jurídicos - dada a limitação desse estudo -, apenas com o

fito de exemplificar a possibilidade de transição de um regime de simetria para o de assimetria regulatória.

Para tanto, serão trazidos os exemplos do modelo da União Europeia - ante a introdução do conceito de Serviço de Interesse Econômico Geral (SIEG) -, bem como no regime das *Public Utilities*, desenvolvido ao longo de décadas no ordenamento jurídico norte-americano. Obtendo-se assim, um conjunto de pressupostos para se construir uma justificativa em prol da composição da assimetria regulatória.

II.1 - Considerações Iniciais sobre a Assimetria Regulatória - O Argumento Prático

A princípio, pode-se considerar que a realidade brasileira - tomando-se por base as últimas duas décadas - pôde vivenciar de forma mais sensível, os efeitos da regulação⁹¹ em variados setores, mais especificadamente, no contexto das privatizações, ante a experimentação do que seria uma modalidade de intervenção estatal na economia, de forma indireta⁹². Diversamente da interferência mais imediata a qual se estava acostumado a observar no Estado brasileiro.

Nesse sentido, a atuação regulatória por parte do Estado passa a ser o cerne das políticas de interferência⁹³ nos domínios econômicos dos países, de forma que a

⁹¹ Cf.: MONCADA, Luís Cabral de. **Direito Econômico**. 6ª edição. Portugal: Coimbra Editora, 2012. p. 44-52.

⁹² Quando o governo, por intermédio de sua atuação visa a adentrar em certo setor da economia, tem de estar alinhado à política regulatória desempenhada sobre aquele nicho, frente aos riscos que determinada atuação não prospectiva pode representar diante de determinado mercado. Sendo assim, as políticas públicas não podem ser aleatórias ou mesmo desvinculadas de um contexto. Nesse sentido, Elena Carletti e Xavier Vives comentam acerca das políticas de auxílios estatais, notadamente, as políticas de subsídios, tomando por base a conjuntura do mercado bancário, alertando para o seguinte aspecto: “(...) *In this respect, it is important to evaluate also the future effects of state aid in terms of risk taking and moral hazard problems for the institution receiving the subsidy as well as for its competitors for which (...) this negative potential effect seems to be even more severe.*” VIVES, Xavier; Elena Carletti. **Regulation and Competition in the Banking Sector**. p. 27.

Disponível em: <<http://blog.iese.edu/xvives/files/2011/09/Carletti-Vives-prot.pdf>> Acessado em: 13.05.2015.

⁹³ Conforme aborda André Rodrigues Cyrino, há de se atentar para a necessidade de uma modelagem das instituições de controle que sejam capazes de interagir de forma dinâmica e constante com a Administração Pública sem, contudo, imiscuir-se e substituir-se à escolha do administrador público, já que ambos possuem mundivisões diferenciadas frente aos cenários em que se situam. Em especial, quando se está diante da seara econômica e, sobretudo, frente às medidas regulatórias que se destinam a promover incentivos aos agentes nela envolvidos. A respeito do tema, observa o autor: “*Trata-se de um interesse de aperfeiçoamento institucional recíproco. Por meio do diálogo institucional, torna-se mais viável o desenvolvimento de parâmetros cada vez mais claros para o controle da intervenção do Estado na economia. Não basta a lei genérica. Não é suficiente a fixação de políticas pela Chefia do Executivo, como também não é satisfatória a simples deferência judicial*

verticalidade da relação da Administração Pública para com os particulares passa a uma configuração horizontal⁹⁴. Os agentes econômicos são demandados a atuar, em colateralidade com o Poder Público, de forma colaborativa, associativa, participativa, para fins de procedimentalização dessa nova função regulatória⁹⁵.

Deve-se admitir, contudo, que o cenário nacional ainda não é de profundo amadurecimento da disciplina. Se comparado ao segundo e terceiro quartos do século, pode-se considerar que, nos dias de hoje, muitas modalidades de interferência e ingerências pelo ente estatal tiveram de ceder espaço para a atuação regulatória dos mercados econômicos.

Opção esta não decorrente da voluntariedade estatal, mas que deriva do fluxo da ordem mundial das economias⁹⁶. Por esse prisma, o desafio regulatório presente consiste na busca pela conciliação entre os distintos interesses envolvidos nas categorias de agentes da cadeia tripartite desse sistema, a qual compreende: agentes regulados (dentre públicos e privados), agentes políticos e, em sua extremidade, os usuários dos serviços prestados.

Abre-se, assim, o ensejo para a consolidação de um disciplinamento da temática da regulação atento às peculiaridades de cada nicho sobre o qual venha incidir. Daí porque ser imprescindível adotar-se um formato de regulação que se pretenda - em última instância - em consonância com o setor que se esteja aplicando, bem como com as

ao que foi decidido pelo legislador ou pela agência reguladora. As instituições precisam se comunicar, num processo paulatino de aperfeiçoamento da intervenção do Estado na economia e do seu controle". CYRINO, André Rodrigues. **Direito Constitucional Regulatório: Elementos para uma Interpretação Institucionalmente Adequada da Constituição Econômica Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 254.

⁹⁴ Interessante citar as considerações de Cass Sunstein e de Richard Thaler ao abordarem que o Estado paternalista deve ceder espaço a uma atuação de incentivos e respostas aos agentes econômicos, extinguindo a intervenção social em substituição à vontade do administrado. Tal ideia é aqui abraçada a fim de embasar as políticas regulatórias. SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. **Libertarian Paternalism Is Not An Oxymoron**. University of Chicago Law Review, Forthcoming. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=405940>> Acessado em: 02.03.2015. p.15-17.

⁹⁵ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 215.

⁹⁶ Julia Black comenta o movimento mundial em prol da regulação procedimental, a qual seria uma tendência inevitável a ser percorrida nas últimas décadas que, segundo a própria autora, deve ser encarada com certa parcimônia e não tida como uma panaceia para todos os males regulatórios: "(...) *Procedimentalização em sentido amplo, pode significar, mais do que integração, uma coordenação discursivamente produzida e, desse modo, focalizar como criar coordenação e interdependências, por exemplo, através de estruturas institucionais de associativismo, ou reconhecer diferenças e se concentrar no desenvolvimento de políticas de tolerância. A lista de questões só aumenta. Em si mesma, essa lista é testemunha da necessidade de demandas por participação e deliberação como ponto de partida, não como ponto final do debate. E é um aviso de que, embora a procedimentalização possa parecer uma cura atraente para os males da modernidade, não pode ser, ainda, livremente ou não-problematicamente prescrita.*" BLACK, Julia. Procedimentalizando a Regulação. In: **Regulação Econômica e Democracia: O Debate Europeu**. MATTOS, Paulo Todescan L. (Coord.). São Paulo: Singular, 2006. p. 202- 203.

finalidades que se pretenda atingir, de modo que tais aspectos é que determinarão os incentivos⁹⁷ que serão direcionados aos *players* envolvidos.

Nesse sentido, tem de se levar em conta os objetivos pretendidos para fins de avaliação sobre se em determinado setor será ou não empregado o modelo de composição regulatória assimétrica, permitindo-se a introdução de outros exploradores⁹⁸, em disparidade de regimes. Ou se somente a pluralidade de exploradores segundo um mesmo regime é que será o visado ou mesmo se a única opção seria a singularidade de explorador.

Isto posto, em se tratando de uma atividade que seja classificada como serviço público, o que primeiro deve ser considerado é que a busca por outras finalidades - tais como competição, eficiência na prestação e na oferta, disputa real de redução de custos etc - não deve implicar a perda das garantias ínsitas à noção de serviço público, trazidas na Constituição Federal de 1988, qual seja, a que vincula o ente estatal à garantia de oferta aos indivíduos, segundo os limites objetivos (qual nível deve uma determinada atividade ser prestada) e subjetivos (para quais indivíduos as mesmas devem ser prestadas), a variar conforme cada atividade.

É oportuno acrescentar que a especial finalidade a qual o regulador de um ambiente de assimetria pretende atingir tem de ser o norte que orientará a política regulatória de determinado setor. Assim sendo, o agente regulador necessita avaliar se a dualidade, e não a uniformidade, será a medida apta a obter os resultados esperados⁹⁹.

No caso da composição de um regime de assimetria regulatória, o que se visa, ante a permissão de uma multiplicidade de prestadores, é a ampliação de oferta e disputa entre os exploradores de certo mercado. Portanto, uma vez introduzida a assimetria, o regulador deve perseguir uma atuação que não crie ingerências onerosas sobre os

⁹⁷ FERREIRA, Eduardo Paz; MORAIS, Luís Silva. A Regulação Sectorial da Economia - Introdução e Perspectiva Geral. In: **Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?** FERREIRA, Eduardo Paz; MORAIS, Luís Silva; ANASTÁCIO, Gonçalo. (Coords.). Coimbra: Almedina. p. 33.

⁹⁸ ESTORNINHO, Maria João. **Curso de Direito dos Contratos Públicos: Por uma Contratação Pública Sustentável**. Coimbra: Almedina, 2014. p.167-171.

⁹⁹ Em se tratando do controle acerca dos atos emanados pelo agente regulador, deve-se considerar as ponderações feitas por Juarez Freitas, o qual aponta para a imperiosa necessidade de um controle de evidências, ao invés de um controle que se paute pela mera formalidade. Enuncia o autor: "*O controle das políticas públicas requer escrutínio em novos moldes, que dê conta da inteireza do processo de tomada das decisões administrativas, desde a escolha do agir (em vez de se abster) até culminar na pós-avaliação dos efeitos primários e secundários, no encalço (baseado em argumentos e, sobretudo, em evidências) do primado empírico dos benefícios líquidos, a longo prazo*". FREITAS, Juarez. O Controle das Políticas Públicas e as Prioridades Constitucionais Vinculantes. In: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Vol. 5, n. 8. Curitiba, 2013. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista9/controlerJuarez.pdf>>. Acessado em 21.03.2015. p.11.

participantes de determinado setor¹⁰⁰, o que seria uma política própria de intervenção direta e não indireta¹⁰¹.

Até mesmo porque, se estará diante de agentes econômicos privados e - ainda que afetos à prestação de um serviço que ostente interesse público, tal como os serviços públicos - o regime ao qual se encontram inseridos é o de direito privado¹⁰².

Logo, a viabilidade prática na composição de um regime de assimetria regulatória requer uma análise prévia e prospectiva das metas que se pretende buscar, acompanhada de uma política regulatória que trate de separar os incentivos que serão aplicados aos prestadores que se encontram submetidos à órbita do regime privado e aos exploradores que estejam vinculados ao regime público. Respeitando-se, assim, as exigências e os limites correspondentes a cada uma das esferas a qual o prestador encontre-se submetido, se de direito público ou de direito privado.

II. 2 - A Noção de Subsidiariedade: O Ente Estatal como Ator Secundário no Desempenho da Atividade Econômica - O Argumento Constitucional

Uma vez aferida a viabilidade no sentido prático de criação de um modelo de assimetria regulatória - ante a convivência dos regime público e privado - faz-se primordial analisar a posição que a Carta Magna de 1988 outorgou ao Estado brasileiro no campo econômico, segundo as balizas e as expectativas depositadas diante do ente estatal e a forma pela qual o mesmo relacionar-se-ia com os demais agentes econômicos.

O destaque inicial é o fato de a Constituição Federal de 1988 haver prestigiado uma atuação de viés secundário ao ente estatal já no *caput* do artigo 173, tecendo de maneira categórica que o Estado brasileiro fará as vezes de agente econômico na excepcionalidade, observadas as hipóteses descritas em sede do texto constitucional, ainda que as mesmas sejam tidas como conceitos jurídicos indeterminados, ou seja, à espera de

¹⁰⁰ A tipologia das crises e os mecanismos de intervenção estatal disponíveis para lidar com as mesmas é objeto de interessante estudo por parte de Davide Furceri e Annabelle Mourougane, os quais apontam que a ingerência do modelo estatal deve estar reservada a momentos específicos e a atuações pontuais, na esteira de um modelo de Estado Regulador Gerencial. Nesse sentido: MOUROUGANE, Annabelle; FURCERI, Davide. Financial Crises: Past Lessons and Policy Implications. In: **OCDE Economics Department Working Papers**. p.17-19. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/226777318564>> Acessado em: 13.05.2015.

¹⁰¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras Independentes – Fundamentos e seu Regime Jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 31.

¹⁰² MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda. **Autoridades Reguladoras Independentes: Estudo e Projecto de Lei-Quadro**. Portugal: Coimbra, 2003. p.15.

maior detalhamento, uma vez que ausente, até o presente momento, lei complementar que disponha em tal sentido.

Demais disso, não se pode, de igual modo, olvidar a enumeração ditada pela CRFB/88, ao dispor que dentre os princípios que informam a ordem econômica nacional - no rol trazido pelo artigo 170 e seus incisos - encontrar-se-ia o respeito à livre concorrência¹⁰³ - esta entendida como a disputa entre competidores, na qual aquele que detenha certo poderio não possa valer-se desse a fim de restringir a pluralidade de participantes, segundo uma lógica de manutenção dos mercados.

Daí é mandamental concluir que seria inadmissível qualquer tentativa de se empreender a leitura da Constituição de 1988 no sentido de restringir a titularidade das atividades - como ocorre quando se utiliza a noção tradicional de serviço público, atrelada à exclusividade estatal - por implicar violação à livre concorrência.

Isto é, a interpretação dos dispositivos que se relacionam à prestação de atividades econômicas pelo Estado, tais como a prestação do serviço público, no artigo 175, deve vir acompanhada da noção de livre concorrência, já que esta informa a orientação da própria Ordem Econômica constitucional, como um todo.

Assim, adota-se a posição manifestada por aqueles autores que entendem ser também o campo dos serviços públicos aberto à livre competição¹⁰⁴. A bem dizer o próprio artigo 1º da Norma Fundante alocou a livre iniciativa como fundamento da República brasileira, de maneira a consolidar, a opção do constituinte pela fixação a um modelo econômico de livre mercado, no bojo do qual o protagonismo nas atividades econômicas é reservado, como regra, aos particulares.

¹⁰³ O conceito contido no princípio da livre concorrência aqui empregado pauta-se na definição dada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) que ao tratar acerca do princípio da livre concorrência, assim dispõe: *“O princípio da livre concorrência está previsto no artigo 170, inciso IV da Constituição Federal e baseia-se no pressuposto de que a concorrência não pode ser restringida por agentes econômicos com poder de mercado. Em um mercado em que há concorrência entre os produtores de um bem ou serviço, os preços praticados tendem a manter-se nos menores níveis possíveis e as empresas precisam buscar constantemente formas de se tornarem mais eficientes para que possam aumentar os seus lucros. À medida que tais ganhos de eficiência são conquistados e difundidos entre os produtores, ocorre uma readaptação dos preços, que beneficia o consumidor. Assim, a livre concorrência garante, de um lado, os menores preços para os consumidores e, de outro, o estímulo à criatividade e à inovação das empresas.”* Disponível em: < <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?9d9061a878ad42c154e172c599bf>> Acessado em: 03.07.2015.

¹⁰⁴ A abordagem dos cenários de competitividade, pressupõe, via de regra, a atuação orientada do Estado não apenas com o fim de promover a competitividade dos mercados, mas também com o intuito de criar mercados, onde eles não existam, sendo estas as principais funções do Poder Público em garantir a dinâmica da economia de mercado. Assim traduz Egon Bockmann Moreira, ao analisar em seu estudo, a função conferida ao ente estatal no domínio econômico. MOREIRA, Egon Bockmann. O Direito Administrativo da Economia e a Atividade Interventiva do Estado Brasileiro. (Orgs.). Cuéllar, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. In: **Estudos de Direito Econômico**. Volume 2. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 162-168.

Ante as razões referidas, pode-se considerar condizente com o entendimento aqui apresentado o raciocínio de que às atividades econômicas, sejam estas de relevante interesse público ou não, encontra-se vedada a restrição de titularidade aos particulares - salvo em casos excepcionais, caso dos monopólios legais ou naturais - como disposto pela subsidiariedade, insculpida em sede do artigo 173 da Constituição Federal¹⁰⁵.

Isto porque, segundo tal princípio, o Estado brasileiro situar-se-ia em uma categoria de atuação secundária, quando exercesse determinadas atividades na qualidade de agente econômico, de modo que a regra geral seria a exploração do ambiente econômico pelos particulares e, subsidiariamente, a atuação pelo ente público, nas hipóteses descritas em lei específica, ou seja, cuja previsão fosse previamente definida pelo legislador.

Não é por outra inspiração que a Constituição Federal ocupou-se de tecer, com riqueza de detalhamentos, um título especial em matéria pertinente ao domínio econômico, até mesmo com a intenção de explicitar o modelo de regime econômico, o qual o Estado brasileiro elegeu.

Tal rigor pelo constituinte não pode ser suposto como mera aleatoriedade, mas deve ser atribuído ao fato de as nações globalizadas não mais sustentarem a manutenção de modelo econômico que se encontre alijado de uma ordem econômica global¹⁰⁶.

Ora, difícil seria cogitar de um Estado que ditasse suas regras econômicas e que se autossustentasse quanto à sua capacidade de produção e consumo próprios,

¹⁰⁵ Alude-se ao princípio da subsidiariedade, conforme propõe Silvia Faber Torres, como um norteador para a nova configuração do modelo de atuação estatal, segundo o qual: *"Não parece caber dúvida, portanto, que o Brasil cedeu à inevitável transformação do paradigma estatal, adotando um novo modelo de Estado subsidiário com ingressar, "em termos mais incisivos, no real regime da economia de mercado, tendo, conforme gizado, a livre iniciativa como fundamento da ordem econômica, e como princípios desta a propriedade privada e a livre concorrência, consagrando a legitimidade do poder econômico não abusivo e do lucro não arbitrariamente aumentado."* TORRES, Silvia Faber. **O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 159.

¹⁰⁶ A sociedade de riscos e os perigos advindos da dita cultura de riscos é exposta na obra de Ulrich Beck, *"Sociedade de Risco: Rumo a uma Outra Modernidade"*, na qual o autor expõe o surgimento da mercantilização dos riscos como mote da globalização e dos tempos modernos e a manipulação decorrente de um nicho do mercado que vale-se dos riscos difundidos na sociedade como forma de auferição de lucros. Observe a seguinte passagem: *"É justamente ao lidar com riscos que se origina uma multiplicidade de novos conflitos e diferenciações. Estes não se atém mais ao esquema da sociedade de classes. Eles surgem sobretudo da ambivalência dos riscos na sociedade de mercado desenvolvida: os riscos não são nesse caso apenas riscos, são também oportunidades de mercado. E precisamente com o avanço da sociedade de risco que se desenvolvem como decorrência as oposições entre aqueles que são afetados pelos riscos e aqueles que lucram com eles. Da mesma forma, aumenta a importância social e política do conhecimento, e consequentemente do acesso aos meios de forjar o conhecimento (ciência e pesquisa) e disseminá-lo (meios de comunicação de massa). A sociedade de risco é, nesse sentido, também a sociedade da ciência, da mídia e da informação. Nela, escancaram-se assim novas oposições entre aqueles que produzem definições de riscos e aqueles que as consomem."* BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: Rumo a uma Outra Modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. 2ª edição. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 56.

independente de relações com outros países¹⁰⁷. Assim, a concretização da ideia de que o Estado brasileiro portar-se-ia como um agente normatizador e regulador¹⁰⁸ das relações econômicas (artigo 174, da Constituição Federal), ao que tudo indica, relaciona-se com uma suposto modelo neoliberal, operado frente aos modelos econômicos dos países em desenvolvimento¹⁰⁹.

Portanto, em recapitulação aos argumentos apresentados, pode-se simplificar o que aqui se expôs: a opção do Estado brasileiro pelo sistema capitalista de produção econômica¹¹⁰ - em consonância com a ordem econômica mundial - contribuiu para que, primariamente, fosse ele consagrado como um agente regulador, no que tange ao modo de interferência estatal sobre o domínio econômico.

Nesse contexto, tem-se que o Estado como agente normativo das relações econômicas e, subsidiariamente, um agente econômico explorador de atividades econômicas, tal qual a própria Constituição Federal dispõe, passa a demandar atenção especial frente aos ambientes econômicos, sobretudo, aqueles em que as atividades não são afetadas à dinâmica da livre iniciativa e da ampla competição entre os agentes econômicos.

¹⁰⁷ A onda neoliberal de reflexo sobre as economias mundiais tratou de operar efeitos não somente sobre as economias dos países, como também sobre os próprios ordenamentos jurídicos, operando forte alteração no papel do Estado, conforme observa Paulo Todescan Lessa Mattos no trecho a seguir: *“O Estado regulador é uma consequência da crise do modelo de Estado capitalista liberal do laissez-faire, não-intervencionista, baseado na auto-regulação das relações econômicas pelo mercado, segundo a lógica do equilíbrio de preços dada pelo mercado concorrencial puro (...)”*

A tendência à concentração e centralização do capital conduz, a partir de uma análise histórica, ao capitalismo monopolista de Estado, tendo “como sua superestrutura jurídica o surgimento do Estado capitalista regulador. Nesse contexto, o Estado capitalista regulador seria um novo modelo de organização jurídico-administrativa do sistema econômico capitalista que combinaria regulação administrativa e mercado (...)” MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O Novo Estado Regulador no Brasil: Eficiência e Legitimidade**. São Paulo: Singular, 2006. p. 70.

¹⁰⁸ Luís Cabral de Moncada a respeito das modalidades de regulação existentes. Muito embora haja uma série de nomenclaturas para designar os diversos tipos de regulação, fato é que se pode chegar a um consenso acerca das espécies principais que, segundo o autor: *“Regular é, em sentido estrito, fazer normas, disciplinar. Pode ter a sua origem na órbita do Estado, directa ou indirectamente, ou até na entidade independente ou privada, desde que para tanto capacitadas.*

(...)As entidades reguladoras podem ser públicas, semi-públicas ou privadas.

(...)Mas o que se tem generalizado, como se viu, é a regulação por entidades públicas independentes, à medida da divulgação do modelo de economia liberal e de mercado. A necessária disciplina do mercado evita as malhas do Estado e passa a ser da responsabilidade das entidades independentes, como é mais vulgar.”

MONCADA, Luís Cabral de. **Direito Econômico**. 6ª edição. Portugal: Coimbra Editora, 2012. p. 54.

¹⁰⁹ GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 131-132.

¹¹⁰ Em sentido diverso ao desenvolvimento pelo presente estudo: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Fundamentalização e Fundamentalismo na interpretação do Princípio Constitucional da Livre Iniciativa. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Constitucionalismo Democrático e Governo das Razões: Estudos de Direito Constitucional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 188-189.

II.3 - Competição e Concorrência no Ambiente de Assimetria Regulatória - O Argumento Econômico

Desenvolvidas as premissas de ordem prática e jurídica para se viabilizar a composição do regime de assimetria regulatória, cumpre ainda analisar outro aspecto que diz respeito à introdução da competição em tais ambientes. Já que a intenção primeira para que a titularidade do ente estatal frente uma gama de atividades relacionadas ao interesse público é a própria introdução de uma pluralidade de titulares para a exploração de determinada atividade.

Nesse sentido, a fim de melhor trabalhar esse conceito, recorrer-se-á a algumas noções básicas da Economia, que muito se relacionam com o campo do Direito - em se tratando da exploração de atividades econômicas - e que trazem na ideia de competição e concorrência dos mercados, como redução de preços, aumento de lucros, estímulo à criatividade e incentivo à inovação das empresas¹¹¹.

Em primeiro plano, deve-se ter em conta que quando se está diante de um contexto de exploração de determinada atividade econômica é desejável questionar-se o motivo pelo qual tal atividade encontra-se submetida a um único explorador (como sendo um monopolista, no sentido econômico do termo).

Ou mesmo se destinada a múltiplos prestadores, uma vez que tal escolha, de introduzir ou não a concorrência nos mercados, não pode decorrer de um fato aleatório, mas sim tem de ser calculado, em conformidade com as especificidades¹¹² da atividade desempenhada. Isto porque a depender do ramo da atividade envolvida, razões de ordem prática podem mesmo sugerir que somente seja desejada a figura de um prestador singular para aquela atividade.

¹¹¹ As informações aqui reunidas podem ser encontradas no sítio oficial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?9d9061a878ad42c154e172c599bf>> Acessado em: 03.07.2015.

¹¹² Oportuno o trabalho desenvolvido por Leandro Zanitelli, quando o autor trata de ressaltar que a regulação levada a cabo sobre determinado setor deve ser de caráter responsivo, ou seja, atenta aos efeitos gerados por sua atuação, sob pena de se configurar verdadeiro efeito solapador sobre o setor que determinação política regulatória venha incidir, uma vez desconsideradas as peculiaridades de determinado nicho econômico. Assim conclui o autor: *"A regulação responsiva distingue-se, em primeiro lugar, pela sensibilidade às particulares circunstâncias e ao comportamento dos atores regulados (...) Sua ideia central é que a diversidade dessas circunstâncias e comportamentos demandam da autoridade reguladora diferentes respostas, umas mais e outras menos intrusivas."* ZANITELLI, Leandro Martins. *Regulação Responsiva e Efeito Solapador das Sanções*. In: PORTO, Antônio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia (Orgs.). **Direito e Economia em Dois Mundos: Doutrina Jurídica e Pesquisa Empírica**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014. p. 268.

Explica-se: via de regra, o monopolista¹¹³ atua segundo a seguinte lógica - uma constante tentativa de diminuir sua produção, a fim de elevar preços, até o patamar no qual obtenha certo montante da produção, que quando multiplicado pelo preço praticado no mercado - tenderá à busca pela maximização de lucros.

Todavia, em função das peculiaridades de determinada atividade, o monopolista poderá valer-se da condição de se tratar de um explorador singular para tornar sua produção mais eficiente, ou seja, será mais eficiente porque poderá produzir em maior quantidade, a um custo mais acessível aos usuários, desde que não se encontre disposto em um ambiente de demais exploradores em frontal concorrência ao seu modo de produção.

Daí porque afirmar-se que, em tais hipóteses, - ante a existência de monopólios naturais, por exemplo - ter-se-ia uma espécie de monopólio tido como não nocivo¹¹⁴ aos interesses de demais exploradores e dos próprios consumidores daquela atividade, visto que em havendo competição, os custos de produção poderiam revelar-se extremamente elevados nestes cenários¹¹⁵.

¹¹³ MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico. A Intervenção do Estado na Economia à Luz da Razão Pública e do Pragmatismo**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 286-294

¹¹⁴ A configuração de monopólios em determinados mercados nem sempre é tida como algo contrário aos interesses dos agentes nele envolvidos. Por outro lado, diante de determinados setores econômicos, a existência de um monopólio pode acarretar consequências das mais variáveis. Nesse sentido, se tomarmos o caso da política monopolista do mercado de resseguros brasileiro, tem-se a mesma como sendo um verdadeiro fator de retrocesso ante a perpetuação infundada, por parte do Estado, ao longo dos anos. Sobre o tema, Ilan Glodberg enumera as desvantagens de uma política de intervenção monopolista no ramo: "(...) principais desvantagens decorrentes da exploração do setor de resseguro em regime monopolista, são, pois: (i) Criação de ineficiências no mercado de seguros, por inibir que o ressegurador único recuse atuar com seguradoras com deficiências de subscrição ou operacionais, gerando maiores custos em última medida ao próprio segurado, decorrentes do aumento dos prêmios praticados; (ii) Desestímulo à competitividade entre seguradoras, já que, independentemente das circunstâncias, estas poderão recorrer ao único ressegurador nacional; (iii) Inibição para a entrada de novas seguradoras no mercado (nacionais e estrangeiras) e (iv) Inibição para o desenvolvimento de novos produtos, principalmente aqueles não padronizados." GOLDBERG, Ilan. **Do Monopólio à Livre Concorrência: A Criação do Mercado Ressegurador Brasileiro**. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008. p. 46-47.

¹¹⁵ Richard Posner desenvolveu um clássico trabalho na década de 70 que ainda hoje, tem sido objeto de referência para os estudos da área econômica e jurídica. Em tal análise, o autor norte-americano comenta que os custos de transação em uma economia de escala, na qual se verifique a ocorrência de monopólios naturais tem o avanço tecnológico, por meio da redução de seu custo ou da superação por uma nova tecnologia, como um fator primordial para a superação de tal cenário. Ainda em relação à situação dos monopólios naturais, Posner aduz que o preço obtido em tais mercados deve-se a uma necessidade real de se conseguir manter um preço a um nível desejável em tais cenários, que caso a competição fosse introduzida, restaria prejudicado. Assim expõe o autor: "*The first is whether other firms can serve the market in question. If so, then initially there will be a possibility of competition for (rather than in) the market. The second factor is how long it would take another firm to enter the market in the event that the seller who wins the initial competition to serve charges a monopoly price. That period defines the first firm's ability to charge a monopoly price in the absence of contracts with customers requiring it to sell at a lower price. The third factor is the cost at which the consumer could protect himself in advance against being charged a monopoly price during the vulnerable period by a suitable contract with the supplier.*" POSNER, A. Richard. **Natural Monopoly and Its Regulation**. In: Stanford Law Review, v.21, n.3, p. 548-643, Feb. 1969. p. 545.

Diante do exposto, a afirmação, em termos econômicos, de que toda situação de prestador monopolista é indesejável e contrária a outros legítimos interesses não é verdadeira, devendo, portanto, ser aferida à luz das particularidades do caso concreto.

Incorporando tais premissas ao contexto de prestação das atividades que se relacionam com o interesse público, o que se pode assentar é que, em havendo a oferta da atividade, ante o asseguramento das premissas intrínsecas que o serviço público tradicional comporta - continuidade, atualidade, modicidade tarifária e assim por diante, a depender da literatura filiada - faz-se necessário que se implemente uma política regulatória visando a tal perseguição¹¹⁶.

Importa aqui perceber que, se, como dito anteriormente, o serviço público surge atrelado a uma noção de exclusividade da titularidade estatal, como expressão de sua soberania¹¹⁷, se essa manifestação soberana fazia sentido ante uma questão prática, qual seja, a impossibilidade material de prestação de atividades essenciais por múltiplos exploradores, então é fácil constatar que na origem, serviço público e monopólio estavam intrinsecamente vinculados.

Com efeito, se a lógica da noção de serviço público foi construída fundada na ideia de monopólio e se esta vem sendo profundamente alterada ante o avanço tecnológico - que supera os monopólios naturais - frente a uma reconfiguração da atuação dos Estados na economia¹¹⁸ - restringindo os monopólios legais - não há razão para se insistir em manter

¹¹⁶ Douglass North é o mentor da denominada Nova Teoria Institucionalista, a qual trata de afirmar o imprescindível papel das instituições na interações dos indivíduos, revisitando-se premissas tradicionais da Teoria Neoclássica, à medida em que aponta as instituições como fator primordial para o desenvolvimento econômico dos mercados. Nesse sentido, pode-se traçar um paralelo entre os mecanismos jurídicos e a eficiência da dinâmica dos mercados. Em assim sendo, no caso dos regimes regulatórios aplicáveis, o que o estudo aqui propõe é que a busca pela modelagem mais apta a realizar uma dinâmica que confira fluidez ao desempenho das atividades econômicas, como sendo esta o norte da atuação dos agentes reguladores. Logo, institutos jurídicos são mecanismos que compõem o direito, este encarado como a instituição que reflete, diretamente, sobre o grau de desempenho dos mercados, ainda mais em se tratando de mercados que sofrem a incidência de constantes políticas regulatórias.

Nas palavras do autor, tem-se que: "*Não seria exagero dizer que embora a teoria neoclássica se concentre na operação de mercados eficientes, poucos economistas ocidentais compreendem as exigências institucionais para a criação de tais mercados; eles simplesmente aceitam as instituições como um dado problema (...) aplico-as aos problemas do desenvolvimento econômico (...).*" NORTH, Douglass Cecil. **Custos de Transação, Investimentos e Desempenho Econômico**. Instituto Liberal, São Paulo, 1994. p. 10-11.

¹¹⁷ SÁNCHEZ, Pedro Fernandez. **Os Parâmetros de Controlo da Privatização Administrativa - Instrumentos de Fiscalização Judicial da Decisão Jurídico-Pública de Privatização**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 150-151.

¹¹⁸ Convém lembrar que, à época do surgimento dos serviços públicos, a exploração de determinadas atividades só era possível de ser realizada pelo Estado, não apenas por inviabilidades técnicas de atuação plúrima, mas, inclusive, porque os agentes econômicos privados não possuíam capital suficiente para suportar os investimentos necessários, na medida em que se vivia um tempo em que o Estado ocupava a centralidade da vida econômico-social e o desenvolvimento da iniciativa privada era, ainda, incipiente.

essa mesma lógica de outrora que já não mais encontra correlação na realidade atual, por todos os fundamentos desenvolvidos.

Por conseguinte, o fato de uma atividade ostentar um caráter público não acarreta a titularidade única e exclusiva pelo Poder Público. O que não se confunde com se deixar de aferir o cumprimento de metas e finalidades, as quais o Estado encontra-se, invariavelmente, vinculado, eis que deve promover o acompanhamento da oferta de determinada atividade, segundo os padrões já delineados para a mesma - dado seu viés público.

É dizer: ainda que muito se argumente em desfavor da assimetria regulatória, alegando-se uma afronta à isonomia entre os competidores, fato é que a criação de um ambiente assimétrico exige do ente regulador aptidão técnica para manejar as eventuais intempéries do setor, com o fito de ofertar os incentivos adequados aos fins pretendidos frente aos agentes econômicos de determinado setor.

Em suma, a regulação tem de ser constantemente revisitada¹¹⁹ de modo que seus intentos sejam, efetivamente, verificados na prática do ramo econômico em que for empregada. De tal modo que a restrição imposta à isonomia possa justificar-se, em outras palavras, a regulação tem de apresentar-se proporcional no caso concreto, em conformidade com as peculiaridades e as circunstâncias de determinado setor econômico.

Isso porque opera-se uma redução na promoção dos direitos de alguns exploradores - pois, os prestadores que se encontrem submetidos ao regime de direito público - terão o dever de buscar o cumprimento das exigências impostas a uma atividade

¹¹⁹ O fenômeno embora não seja assim tratado de forma tão recorrente na experiência regulatória brasileira, pode ser associado ao que alguns autores já buscaram apontar frente a uma possível relação intrínseca existente entre regulação econômica e regulação social. O que se pretende nessa associação é estabelecer que a regulação econômica depende um ambiente social propício para seu desenvolvimento, daí a necessidade de se estabelecer algum tipo de regulação social.

Nesse contexto, pode-se associar ao cenário narrado, em que a política regulatória tenha de ser atenta à criação de um ambiente de confiança e, consequente, de redução dos respectivos custos de transação dos agentes econômicos envolvidos, de tal modo que os mercados econômicos sejam capazes de desenvolver-se. Segundo tal linha de entendimento, dispõem Eric Windholz e Graeme A. Hodge: *“Our examination of these three modern regulators reveals that one can be properly conceptualised as either purely economic or purely social in nature. While each broad type or regulator seeks to achieve aims according to its primary values, it also operates within a system constrained by the other values in context specific. It also revealed that the balance being struck with respect to different policy areas, and at different points of time in light of changing needs and circumstances (...)”* WINDHOLZ, Eric; HODGE A., Graeme. *Conceptualising Social and Economic Regulation: Implications for Modern Regulators and Regulatory Activity*. In: **Monash University Law Review**. v.38, n.2, 2012. p.233. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2215334> Acessado em: 23.06.2015.

que ostente relação direta com o interesse público¹²⁰, tal qual se dá em se tratando de uma atividade que seja enquadrada como serviço público.

De modo diverso, dar-se-á a dinâmica frente aos prestadores de atividade que sejam meros agentes econômicos, visto que explorarão a atividade como uma atividade econômica ordinária - afetada à órbita do regime de direito privado.

Conclui-se, portanto, pela necessidade de se avaliar também os ganhos, sobretudo econômicos, advindos de um ambiente em que se desenvolva o modelo assimétrico para se aferir se os mesmos revelam-se justificantes ao ônus que a mitigação da isonomia entre os competidores impõe, sob pena de não se manter a motivação para a manutenção deste modelo regulatório¹²¹.

II.4 - A Experiência da União Europeia sobre a Introdução da Concorrência nos Serviços Públicos e o Modelo das *Public Utilities* Norte-Americano - O Exemplo do Direito Comparado

Ultrapassados os argumentos narrados, resta ainda pesquisar a maneira pela qual se deu a transição do regime de simetria regulatória para o de assimetria regulatória na experiência estrangeira, tal qual no caso da União Europeia; e ainda, perquirir como a experiência norte-americana, desde sua origem, pautou-se em um modelo de assimetria de

¹²⁰ Marcos Juruena Villela Souto aponta que mesmo na hipótese dos serviços públicos delegados, precedidos do procedimento licitatório, o qual assegura a disputa e isonomia entre os licitantes, ainda assim tem-se uma dificuldade na promoção da concorrência, razão pela qual o modelo de regulação a ser implementado sobre dada atividade deve estar atento a tais aspectos. SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 82-83.

¹²¹ Maria Manuel Leitão Marques tece considerações acerca dos cuidados dos quais o regulador deve revestir-se para com a política que se pretenda aplicar e a não menos imprescindível a instituição de uma forma de monitoramento daquela política, objeto de implementação. Isto porque, conforme já delimitado, anteriormente, por este estudo, as políticas regulatórias tornam-se antiquadas frente à mutação da sociedade e do momento em que as mesmas foram vislumbradas, de forma que somente a análise periódico dos ambientes regulados é que seria capaz de manter a renovação necessária dos institutos empregados, ainda mais em se tratando de atividades econômicas que se encontrem sujeitas à dinâmica dos mercados. No caso da assimetria regulatória, tal necessidade de monitoramento torna-se ainda mais premente, uma vez que haverá, como já analisado, uma mitigação do tratamento isonômico entre os exploradores de atividades que se encontrem em competição dentro de determinado setor. Observe-se, assim, a conclusão da autora portuguesa na seguinte passagem: “*Na verdade, em certos domínios, como o dos licenciamentos de atividades económicas com impactos de natureza variável, aliviar os controlos ex-ante, incentivando uma cultura de confiança e responsabilização, depende da nossa capacidade de incentivar controlos administrativos ex-post eficazes e suficientemente penalizadores. E isso exige uma fiscalização administrativa eficiente e/ou um sistema judicial com capacidade de dar uma resposta rápida e eficaz. Sem eles ficaremos presos no dilema de ser acusados por excesso de controlo ex-ante ou por tolerância com a fraude.*” MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Serviço Público, que Futuro?** Coimbra: Almedina, 2009. p. 41.

regimes, sem mesmo necessitar operar tal alteração, ou seja, a lógica das *public utilities* sempre baseou-se na pluralidade de titulares de uma mesma atividade.

Frise-se que a breve explanação acerca do modelo de assimetria regulatória vivenciada pela União Europeia, bem como pelos Estados Unidos não atuam no presente estudo como meio de uma argumentação com base no Direito Comparado, até mesmo porque, em função da própria dimensão do estudo, não seria possível realizar um cotejo entre ordenamentos jurídicos e sugerir a adoção de um modelo pautado na realidade de demais modelos jurídicos estrangeiros.

O que se pretende com a visitação - ainda que muito sucinta - da experiência de tais países é tão somente ilustrar a possibilidade de se operar a transição entre o regime de simetria regulatória para o de assimetria regulatória, tal qual se deu em tais nações.

Até mesmo porque, diversos fatores, tais como: condições sócio-econômicas, níveis de desenvolvimento, aspectos culturais, modelagens jurídicas são somente algumas das variantes que devem ser objeto de consideração, quando se está diante de um modelo de regulação e os possíveis efeitos advindos da transição para outro regime. Razão pela qual, não se está aqui a cogitar de qualquer argumento comparativo entre as ordens jurídicas dos países, mas apenas exemplificativo de como tal transição operou-se.

Consignada tal ressalva, cumpre situar o contexto em que se deu o modelo de assimetria regulatória na União Europeia. O regime de exploração das atividades de interesse público, em território europeu contava com uma concepção de exploração mais relacionada à prestação das atividades - tidas como de interesse público - vinculadas à figura da oferta pelo ente estatal.

Todavia, o próprio movimento de liberalização da economia dos países comunitários fez surgir a necessidade de revisitação dos conceitos de outrora¹²² - tais como: a ideia de reserva de titularidade estatal frente a atividades de interesse público -, no bojo das reformas econômicas liberalizantes.

A ponto de não estremecer somente a tradição pátria - mas a cambiante jurisprudência da Corte Europeia¹²³, tendo sido, inclusive, aspecto a levantar diversas

¹²² Ver JUSTEN, Mônica Spezia. **A Noção de Serviço Público no Direito Europeu**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 45.

¹²³ A recepção da alteração dos padrões do serviço público na prática comunitária da União Europeia é ilustrada por Vital Moreira, ao salientar que: “*Como se viu, depois de uma primeira fase assaz agressiva contra os serviços públicos tradicionais, seguiu-se uma nova fase de temporização e de compromisso. As razões devem-se por um lado à resistência de alguns países, mais apegados à “cultura do serviço público”, nomeadamente a França, e por outro lado a um certo esfriamento do entusiasmo neoliberal dos anos 80. A mudança de atitude começou pelo próprio TJCE. As decisões Corbeau (1993) e Commune d’Almelo (1994),*

discussões no cenário modernizante da União Europeia¹²⁴, tendente a uma consolidação de um mercado europeu mais unificado.

O que levaria à comunidade europeia até mesmo a instituir o que seria uma espécie de verdadeiro mercado aplicado aos serviços públicos¹²⁵, desvinculando-se, em definitivo, da noção de monopólio ou reserva de titularidade estatal.

Afora as descrenças de cunho ideológico, cumpre esclarecer que alguns países-membros daquela adesão político-econômica tiveram de ceder às pressões¹²⁶ que a própria economia de mercado capitalista eleita e as disposições comunitárias assim o exigiam superar. Em especial, o conservadorismo de sua população, que trazia consigo uma tradicional noção acerca do serviço público¹²⁷ e sua modulação -, ante a liberalização de setores à iniciativa privada¹²⁸, operada frente a determinadas atividades econômicas e mesmo

hoje justamente célebres, vieram admitir exclusivos públicos para a salvaguarda de SIEG. Depois seguiram-se diversos pronunciamentos da Comissão Europeia em favor dos SIEG (1996, 2000, 2001). Finalmente é de assinalar o Tratado de Amsterdã (1997), que procedeu a uma nova revisão do Tratado de Roma, tendo acrescentado no capítulo dos “princípios” uma “disposição” especificamente dedicada aos SIEG (...)”. MOREIRA, Vital. Os Serviços Públicos Tradicionais sob o Impacto da União Europeia. In: **Revista de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.1, fevereiro, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acessado em: 08.12.2014. p.10.

¹²⁴ A fim de demonstrar a afirmação sugerida, Mônica Justen comenta acerca do movimento operado no bloco europeu,. Segundo a autora: “Em conclusão, parece claro que a tendência atual do direito administrativo italiano é de coadunar-se ao modelo proposto nos ditames da UE. A adoção, pelo direito interno, de um sistema de gestão de serviço público privado e regulamentado indica a tomada de posição quanto ao modelo econômico neoliberal intrínseco à União Européia.” JUSTEN, Mônica Spezia. **A Noção de Serviço Público no Direito Europeu**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 101.

¹²⁵ Op. Cit. 173-176.

¹²⁶ Cf.: MAJONE, Giandomenico. Do Estado Positivo ao Estado Regulador. Causas e Consequências na Mudança do Modo de Governança. In: **Regulação Econômica e Democracia: O Debate Europeu**. MATTOS, Paulo Todescan L. (Coord.). São Paulo: Singular, 2006. p. 62-63.

¹²⁷ A posição mais divergente por parte da nação tida como o berço do serviço público, a França, assim como por aqueles que não internalizam, substancialmente, o conceito do Serviço de Interesse Econômico Geral (SIEG) é objeto de síntese por Ana Maria de Almeida Ribeiro, ao analisar que: “A União Europeia é composta, hoje, por vinte e sete países, sendo, marcada, portanto, pela heterogeneidade de tradições jurídicas e culturais. A noção de serviço público, tal como concebida na França, não é conhecida em todos os Estados-membros; alguns desconhecem a expressão, enquanto os países tributários da construção francesa não lhe conferem a mesma importância e o mesmo alcance.” RIBEIRO, Ana Maria de Almeida. **Serviço Público: Aproximações entre o Tratamento da Noção no Direito Francês e no Direito da União Europeia**. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/87579/000911172.pdf?sequence=1>> Consultado em: 03.01.2015. p. 91.

¹²⁸ A consagração do princípio universal da concorrência, no quadro normativo comunitário europeu é aqui trazida, para fins de ilustração, a partir do seguinte trecho do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, pertencente ao capítulo atinente às regras de concorrência aplicáveis aos agentes econômicos em geral:

“Artigo 101.o (ex-artigo 81.o TCE):

1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em: a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção; b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento; d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações

a própria consagração da supremacia da concorrência como princípio universal, funcionando como premissa para uma regulação pró-competição¹²⁹.

Realizadas as referidas alterações, que foram de profunda magnitude em países como Portugal e França¹³⁰, à guisa de exemplo - dado o forte peso da tradição do serviço público - as readequações nos Estados-membros tiveram de ocorrer de maneira gradual, de modo que os integrantes pudessem realizar as mudanças essenciais dispostas pelas normas comunitárias, sob pena de não manutenção dos mesmos na comunidade.

Em realidade, o modelo comunitário tratou de suceder os institutos e as práticas individualizadas dos respectivos ordenamentos jurídicos dos países integrantes, ao conferir maior ductibilidade aos meios de exploração de atividades tidas como serviços públicos, permitindo a introdução da competição. Dentro de um cenário que, antes, operava segundo o modelo de simetria regulatória de regime segundo a lógica monopolística de prestação simétrica pelo Poder Público.

Experimentou-se, assim, a transposição para uma pluralidade de regimes de exploração dos serviços públicos, que não aquela de exclusividade de titularidade pelo ente estatal. Verificando-se a ampliação da oferta dos serviços e a elevação da qualidade da atividade prestada, impulsionados pelo incentivo da concorrência - a qual se proporcionou aos setores da economia que se relacionavam ao serviço público - como bem demonstra a experiência em continente europeu¹³¹.

equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.”

Em relação à introdução da concorrência na seara dos serviços públicos, pode-se citar o seguinte dispositivo comunitário:

“1. No que respeita às empresas públicas e às empresas a que concedam direitos especiais ou exclusivos, os Estados-Membros não tomarão nem manterão qualquer medida contrária ao disposto nos Tratados, designadamente ao disposto nos artigos 18.o e 101.o a 109.o, inclusive. C 83/90 Jornal Oficial da União Europeia 30.3.2010 PT 90 Tratados consolidados 2. As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto nos Tratados, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afectado de maneira que contrarie os interesses da União. 3. A Comissão velará pela aplicação do disposto no presente artigo e dirigirá aos Estados -Membros, quando necessário, as directivas ou decisões adequadas.” Disponível em: <http://europa.eu/pol/pdf/qc3209190ptc_002.pdf>; Consultado em: 10/01/2015.

¹²⁹MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os Serviços de Interesse Econômico Geral e as Recentes Transformações dos Serviços Públicos. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). **Direito Público em Evolução: Estudos em Homenagem à Professora Odete Medauar**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 538.

¹³⁰ Ver JUSTEN, Mônica Spezia. **A Noção de Serviço Público no Direito Europeu**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 74.

¹³¹ Muitas foram as resistências vivenciadas em território europeu, no entanto, conforme aponta Mônica Justen, países como a Itália trataram de operar essa transição, segundo o modelo previamente estabelecido pelo bloco

Já em se tratando do modelo norte-americano das *Public Utilities*, o que ocorreu foi a operação de uma lógica inversa àquela dos países de tradição francesa e mesmo, de tradição romano-germânica do serviço público.

Em sendo assim, os Estados Unidos, fortemente influenciados pela estrutura de sociedade inglesa - cujo liberalismo experimentou o seu apogeu -, pôde vivenciar o desenvolvimento de atividades econômicas, ainda que relacionadas a algum grau de satisfação do interesse público, relacionando-as à titularidade da iniciativa privada, como regra geral e, excepcionalmente, a reserva de titularidade pertencente ao Estado¹³².

Deste modo, pode-se considerar que o regime das *Public Utilities* muito mais prestigia a livre iniciativa e o exercício dos particulares frente à gama de atividades a serem prestadas em face da coletividade - sejam aquelas atividades de interesse público ou não - do que, o suposto resguardo da realização do interesse público ao domínio exclusivo pelo Poder Público, ante uma reserva de titularidade do ente estatal, *a priori*, como sinônimo de garantia dos interesses¹³³ da coletividade.

Daí porque a noção desenvolvida na experiência norte-americana sequer ter se valido do termo francês “serviço público”, mas sim, ter preferido nomear tais atividades como de utilidade pública. O que não implica afirmar que as mencionadas atividades possam ser prestadas livremente e conforme o parâmetro de conveniência do mercado.

Muito pelo contrário, foi justo a partir da criação do modelo das *Public Utilities* que a regulação desenvolve-se com vigor naquele país, vindo a incidir de forma mais intensa sobre o desempenho das atividades econômicas privadas, as quais passaram a sofrer intenso poder regulatório.

Isto porque, o Estado em permitindo tal liberdade econômica viu-se diante da necessidade de balizar o avanço dos interesses de mercado¹³⁴ - notadamente diante dos serviços relacionados ao interesse público - e mais ainda, frente a setores que conviviam com os impasses de ordem prática proporcionados pela existência de falhas de mercado, tais

européu. Observa a referida autora: “*Em conclusão, parece claro que a tendência atual do direito administrativo italiano é de coadunar-se ao modelo proposto nos ditames da UE. A adoção, pelo direito interno, de um sistema de gestão de serviço público privado e regulamentado indica a tomada de posição quanto ao modelo econômico neoliberal intrínseco à União Européia.*” JUSTEN, Mônica Spezia. **A Noção de Serviço Público no Direito Europeu**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 101.

¹³² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 97-98.

¹³³ **Agências Reguladoras Independentes – Fundamentos e seu Regime Jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 36.

¹³⁴ Op.Cit. p. 99.

como a presença dos monopólios, onde concorrência - como já abordado pelo estudo - resta, comprometida, a longo prazo.

II.5 - Serviços Públicos e Atividades Econômicas Privadas e seus Respectivos Regimes Jurídicos: Concessão x Autorização

Avançando-se um pouco mais, o que se pode concluir até aqui é quão importante revela-se perceber que a diferença de regimes jurídicos decorrente da classificação de determinada atividade de interesse público como serviço público em sua concepção tradicional e como atividade econômica não é meramente teórica, mas possui notória repercussão prática.

Conforme já tantas vezes frisado, a noção clássica de serviço público - com a qual não se concorda - trazia em si a ideia de exclusividade da titularidade da atividade, ou seja, implicava na reserva das atividades assim classificadas ao Estado, que poderia exercê-las diretamente ou delegá-las a particulares, eleitos, via de regra, por meio do procedimento licitatório.

Não prevê, porém, esse regime, a possibilidade de um particular pretender exercer por si só - e não na condição de delegatário do Estado¹³⁵ - qualquer atividade

¹³⁵ Deve-se consignar, em tal momento de evolução do estudo, que a opção pelo emprego do termo “concessão”, para fins deste trabalho deu-se em razão de se conceituar de forma genérica, os tradicionais institutos de delegação dos serviços públicos, nos termos da Lei 8.987/95. Não se olvidando, todavia, que o instituto da permissão não se confunde com o da concessão, conforme é possível aferir mediante a mera leitura das disposições do diploma legal acerca do tema.

De um modo geral, a despeito de ambas possuírem natureza contratual, haja vista que não se está a tratar, no campo dos serviços públicos, de permissão no sentido de ato administrativo, mas sim de contrato de delegação de tais serviços. As permissões diferenciam-se das concessões, uma vez que as primeiras são empregadas para fins de delegação de um serviço público à pessoa física ou jurídica e não somente à pessoa jurídica ou a consórcio de pessoa jurídica, tal qual se dá no caso da concessão de serviço público.

Ademais, a concessão exige a modalidade de concorrência, no que tange ao procedimento licitatório a ser empregado, o que não se exige para fins de permissão de serviço público, permitindo-se a lei o emprego de quaisquer modalidades licitatórias. Por fim, na permissão não possui prazo determinado do contrato, sendo ainda tratado como um contrato de adesão, destinado a empreendimentos de menor vulto financeiro, em contraposição às características da concessão.

Acrescendo-se ao debate, tem-se ainda que autores como Marcos Juruena Villela Souto entendem a permissão como sendo um ato administrativo precário, confundindo-se ato com contrato administrativo, entendimento este com o qual não se filia no presente estudo. Mais adiante, Alexandre Santos de Aragão dispõe que a permissão não pode ser formalizada por prazo determinado, haja vista ser a mesma precária e não havendo qualquer direito à prévia indenização do permissionário, conforme dicção legal. Destarte, complementa o autor, destina-se a mesma a serviços em que o permissionário possa assumir o risco a qualquer tempo, não demandando investimentos vultosos, tal qual se dá frente às concessões.

qualificada como serviço público. Não se pode negar que essa regra contempla exceções, notadamente os chamados serviços compartilhados, que no ordenamento pátrio são exemplificados pelos serviços de educação e saúde - conforme os dispositivos constitucionais 206, inciso III e 198, inciso III, respectivamente - já, devidamente, detalhado no capítulo inicial deste estudo.

Todavia, essa exceção - relacionada aos ditos serviços compartilhados que, longe de confirmar a regra, é a prova de que a leitura tradicional acerca dos serviços públicos encontra subterfúgios para fugir à mesma - explica-se a partir da consideração de que haveria duas atividades distintas em ambos os ramos, de caráter público e privado.

Assim é que a saúde e a educação públicas seriam serviços públicos, quando prestadas pelo ente estatal, enquanto que a saúde e educação privadas seriam tidas como atividades econômicas privadas, uma vez objeto de exploração pela iniciativa privada¹³⁶.

Sob essa ótica, advém uma tricotomia entre as atividades classificadas como serviços públicos, as atividades econômicas de relevante interesse público e as atividades econômicas em geral.

Em relação a estas últimas, em decorrência do princípio da livre iniciativa, vige ampla liberdade de exploração, sujeitando-se os particulares à observância de normas gerais - mero enquadramento do particular ao regramento relacionado ao exercício do poder de polícia estatal - para o regular desenvolvimento das atividades, mas que não dizem respeito à obtenção de um consentimento estatal com vistas à exploração das mesmas.

Por outro lado, no que se refere às atividades qualificadas como serviços públicos, a lógica aplicada revela-se de maneira inversa. Explica-se: a regra é a não

Tem-se também quem entenda como Marçal Justen Filho que se trata de um contrato administrativo bilateral, em que estão presentes a precariedade e a revogabilidade, enquanto Maria Sylvia Di Pietro salienta que a permissão, sempre que for dotada de prazo, deve ser indenizada quanto extinta de forma unilateral, perfazendo-se, pois, um breve panorama da literatura jusadministrativista brasileira acerca da controvérsia do instituto da permissão.

Finalmente, somente a título de reflexão, pode-se extrair que por se tratar a permissão de um instituto precário, não tenha o legislador previsto a possibilidade de tal modalidade de delegação ser precedida da execução de obra pública, uma vez que gera a necessidade da amortização dos investimentos aportados, caso contrário, acarretaria verdadeira incompatibilidade entre os objetivos do referido instituto. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 424. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas**. 9ª edição. São Paulo: Atlas. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 133-137. p. 434-436. SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito das Concessões**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 26-30.

¹³⁶ À evidência essa distinção não fazia sentido, pois, ontologicamente, as atividades de educação e saúde, seja de caráter público ou privado, são as mesmas. Em verdade, os chamados serviços compartilhados ou serviços sociais designam atividades econômicas que, por possuírem relevante interesse público, exigem que o Estado garanta sua prestação, sem prejuízo do seu amplo desenvolvimento pela iniciativa privada. Por isso são considerados serviços públicos, mas não porque devam ser reservados à exclusiva titularidade estatal, tal qual se entende no caso dos serviços públicos.

exploração da atividade por particulares, salvo quando investidos da condição de delegatários do Poder Público e sujeitos a rigorosas obrigações quanto à prestação da atividade que, de resto, é exercida em nome do delegante, embora por conta e risco do delegatário (nos termos do artigo 175 da Constituição Federal de 1988), além de sofrer o influxo de toda a principiologia relacionada aos serviços públicos - como já abordado em tópico específico sobre o tema.

Frise-se que se trata de delegação da exploração de uma determinada atividade e não, da titularidade, uma vez que esta é tida como de exclusiva reserva do ente estatal, em se tratando de atividades classificadas como serviços públicos.

Em assim sendo, a delegação desses serviços públicos, em regra, instrumentaliza-se por meio de contratos de concessão¹³⁷, que são mecanismos de outorga do direito de prestação da atividade¹³⁸ a um particular escolhido pelo Poder Público, regra geral, através de um processo de licitação para a eleição da proposta que mais atenda aos interesses da Administração Pública¹³⁹.

Por fim, no que pertine às atividades econômicas de relevante interesse público vigora um regime de ampla possibilidade de exploração por particulares, desde que atendidas as condições preestabelecidas pelo poder público, visando, em última instância, a resguardar o interesse público subjacente àquelas. Nesse sentido, tais atividades encontram-se sujeitas à obtenção de uma autorização estatal para seu regular funcionamento (conforme previsto no artigo 170, parágrafo único da Constituição Federal de 1988).

Detalhadas tais diferenciações classificatórias, surge então a dúvida quanto à diferença entre a concessão e a autorização, eis que, em última análise, ambas representam um consentimento do Poder Público com o exercício de certa atividade por um particular¹⁴⁰.

¹³⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 173-174.

¹³⁸ Há de se reafirmar, para fins do presente estudo, que a transferência de titularidade de uma determinada atividade não se confunde com a outorga de poderes para fins de prestação da atividade. Isto porque um particular delegatário de um serviço público pode receber a outorga estatal para a exploração do serviço sem, contudo, que aquela delegação implique transferência da titularidade do poder sobre o serviço, ou seja, a atividade será prestada pelo particular, no entanto, o Estado permanece como titular daquele serviço. Logo, no estudo aqui desenvolvido, o que se questiona é o fato de se interpretar, restritivamente, o texto constitucional, de modo a chegar-se à conclusão de que o fato de um serviço ser público, necessariamente, decorreria a situação de haver uma suposta reserva de titularidade pelo Poder Público quanto ao mesmo. Inviabilizando-se, deste modo, a introdução da competição na seara dos serviços públicos e de atividades relacionadas à realização do interesse público.

¹³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos - Lei 8.666/1993**, 18ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 55-56.

¹⁴⁰ É imprescindível assentar que há uma divergência doutrinária acerca da possibilidade de se conferir o ato de delegação de um serviço público via o instituto da autorização. Basicamente, as linhas doutrinárias existentes são duas: a primeira, defendida por autores como Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Marcos Juruena Villela Souto e Maria Sylvia Di Pietro aduzem que, com base na literalidade dos dispositivos constitucionais,

Embora os dois instrumentos materializem uma anuência do Poder Público, pode-se considerar que a distinção existente entre eles reside nos limites a que o Estado encontra-se submetido para manifestar seu consentimento ao desempenho de tais atividades pelos agentes econômicos.

Em primeiro lugar, deve-se considerar que no caso da concessão¹⁴¹, o Estado figura como senhor absoluto da atividade, que será explorada da forma que ele determinar. Daí porque ainda que um particular pretenda ser concessionário, isto só será possível se o Estado decidir por delegar a atividade, se o mesmo for escolhido como delegatário¹⁴² (o que, em regra, exige que seja vencedor num procedimento licitatório), disposto a se sujeitar ao regramento de prestação da atividade.

Isso significa que o Estado possui um amplo poder de decisão sobre a emissão desse seu consentimento, que começa com a própria deliberação acerca da possibilidade de um particular exercer ou não a atividade. Pode-se assim considerar que a hipótese descrita seria verdadeira manifestação da discricionariedade do Estado.

Em outro aspecto, na hipótese da autorização emitida pelo ente estatal, o Estado não tem o poder de decidir sobre a possibilidade de exploração da atividade por particulares, pois já não guarda para si uma reserva de titularidade, uma vez que os particulares deteriam um direito próprio ao exercício de tais atividades, cabendo ao Estado somente autorizar o exercício para fins de controle e organização.

possibilita-se falar em autorização como modalidade de serviço público, a qual seria precária e não dependente de prévio procedimento licitatório, sendo prevalente o interesse privado frente ao desenvolvimento de tais atividades.

Em sentido oposto, tem-se autores como Alexandre Santos de Aragão, Marçal Justen Filho e Floriano de Azevedo Marques Neto, os quais ressaltam que não há a possibilidade de delegação de serviço público formalizada via autorização, isto porque nos termos dos incisos XI e XII do artigo 21, da Constituição Federal de 1988, os serviços ali descritos não seriam, propriamente, serviços públicos mas sim, atividades exercidas no interesse do particular, ainda que as mesmas denotem relevante interesse coletivo. Portanto, segundo o entendimento desses autores, o ato ali enunciado trata-se de mero consentimento estatal para o desempenho daquelas atividades. Entende-se, portanto, que a autorização não é modalidade de delegação de serviço público, sendo um consentimento estatal para o exercício de uma atividade, a qual seria, na maior parte dos casos, uma atividade privada regulada. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas**. 9ª edição. São Paulo: Atlas. 228-232. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 10-15. SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito das Concessões**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 407-414.

¹⁴¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 177-178.

¹⁴² É relevante destacar que o conceito de delegação de serviço público não abrange tão somente os institutos da concessão e da permissão, mas há quem entenda na doutrina de Direito Administrativo brasileira, como Alexandre Santos de Aragão que o artigo 175 da Constituição Federal de 1988 conteria um permissivo de tal modo a possibilitar que ao legislador fosse viabilizado criar demais modalidades de delegação do serviço público aos particulares, desde que previstos em sede de disposição legal. Nesse sentido, não se teria qualquer óbice a se proceder à delegação pela via de institutos, tais como: o arrendamento ou a franquia, existente em sede do campo contratual privado. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 360-372.

De fato, o papel do Estado como ente autorizador é apenas o de certificar-se de que os particulares, no exercício da livre iniciativa, exploram determinada atividade de relevante interesse público observando os requisitos predeterminados por normas que visam a resguardar aquele. Nesse caso, não há juízo de conveniência e oportunidade a ser exercido quando da emissão da concordância estatal, mas simples análise do pleito de autorização às hipóteses legais.

Assim, cumpridos os requisitos que a lei determina para explorar uma atividade de relevante interesse público, o particular tem direito subjetivo à autorização pleiteada¹⁴³. Além disso, a forma de exploração das atividades por concessionários e autorizatários também é distinta. Isso porque os concessionários praticamente não dispõem de liberdade para definir o modo de prestação da atividade, estando sujeito a rigorosas obrigações decorrentes do regime de prestação de serviços públicos.

Enquanto isso, os autorizatários¹⁴⁴, mesmo tendo de observar um regramento estatal mais restritivo do que aquele a que se subordinam as atividades econômicas que não denotam relevante interesse público, não se encontram impedidos de conformar a prestação das atividades econômicas da forma que bem entenderem, desde que respeitadas as normas relativas ao setor, ainda que bastante limitadoras, mas não a ponto de extinguir a liberdade de escolha dos particulares.

Pode-se citar também, como nota distintiva da concessão e da autorização, o aspecto temporal. Na concessão, o Estado admite que um particular explore a atividade tida por serviço público durante certo prazo, que, uma vez esgotado, implicará na extinção do direito do particular¹⁴⁵ de fazê-lo.

¹⁴³ A impropriedade do termo autorização é comumente verificada na doutrina. Segundo o ensinamento tradicional, a hipótese mencionada seria de licença (uma vez que esta é tida como vinculada, ou seja, basta o cumprimento dos requisitos legais para sua emissão). Daí porque Alexandre Aragão mencionar que haveria uma distinção entre a denominada autorização operativa justamente para diferenciar das autorizações comuns (as quais seriam precárias e discricionárias, não vinculadas aos requisitos legais para sua emissão). Assim comenta o autor: *“Não se deve, por isso, confundir “autorização operativa” ou “de funcionamento” com “autorização por operação”: “Sem renunciar à função primária de controle, que também canaliza, pretende ir mais além dela, disciplinando e orientando positivamente a atividade do seu titular na direção previamente definida por planos ou programas setoriais (...). Já nas autorizações por operação, a relação entre o poder público e o autorizatário é episódica. E não cria nenhum vínculo estável entre eles. Realizada a operação comercial ou construído o edifício autorizado, os efeitos da autorização outorgada se esgotam.”* ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 204.

¹⁴⁴ FREITAS, Rafael Vêras de; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **A Nova Regulação Portuária**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p.65

¹⁴⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 181-182.

Por outro lado, no caso das autorizações, embora, igualmente, possam estar sujeitas a prazos de validade¹⁴⁶, não há uma extinção definitiva do direito de exploração pelo particular por seu simples advento, pois é admissível sua renovação ou mesmo a solicitação de novas autorizações.

Em suma, percorridas essas distinções classificatórias e conceituais, sugere-se recapitular alguns pontos já delimitados pelo presente estudo e que atuarão como base de todo o raciocínio a seguir desenvolvido. São eles:

(i). Os serviços públicos possuem características mais assemelhadas com as atividades econômicas privadas, de um modo geral, do que propriamente, com qualquer outra atividade que não se encontre disposta em uma lógica de mercado, daí porque não haveria uma razão, ao menos de ordem prática, a justificar uma reserva de titularidade pelo ente estatal;

(ii). A essencialidade pública de um serviço - esta entendida como mínimo existencial ao desenvolvimento dos indivíduos - é que conduziria a uma atividade ser enquadrada como um serviço público, já que representa perante os indivíduos, um direito subjetivo daquela a demandar do Estado sua prestação e oferta, segundo os princípios que orientam a exploração dos serviços públicos.

Importante mais uma vez ressaltar que o fato de uma atividade trazer consigo a marca da essencialidade e, portanto, poder ser objeto de um direito subjetivo dos indivíduos perante o Estado, em nada se confunde com o fato de a atividade possuir uma cláusula de reserva da titularidade exclusiva ao ente estatal.

Isto porque que aquela condição não lhe retiraria a possibilidade de encontrarem-se tais atividades inseridas na dinâmica dos mercados - ou seja, dispostos à titularidade também dos agentes econômicos - segundo balizamentos pelo próprio ente estatal.

(iii). A inauguração de um cenário permissivo à concorrência e que impulse a competitividade no âmbito das atividades que ostentem estreita relação com o interesse público não encontra óbice também segundo o que dispõe a Constituição Federal de

¹⁴⁶ Ao comentar acerca do instituto clássico das autorizações, dentro da seara do Direito Administrativo, Marcos Juruena Villela Souto aborda a questão do prazo, ao qual as mesmas se encontrariam submetidas, razão pela qual não serão tidas como consentimentos estatais precários, revogáveis a qualquer tempo pelo poder público. Isto porque, sua duração seria decorrente de um termo específico para seu término, havendo um direito subjetivo do particular em ver respeitada a observância do mencionado prazo. SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 75-77.

1988 - conforme a abordagem de dispositivos constitucionais específicos, desenvolvida em momento anterior.

De tal modo a sugerir que a insistência na manutenção de uma uniformidade de regimes jurídicos não competitivos entre si e regidos pelo mecanismo da *publicatio*, não se justificaria, senão em termos de uma eleição, ao que parece, desprovida de um critério de ordem técnica pelo legislador infraconstitucional - segundo os argumentos já trabalhados.

(iv). A busca pela assimetria regulatória revela-se como uma tentativa, calcada na responsável tarefa do agente regulador, capaz de conferir maior competitividade a cenários que, no mais das vezes, revelam-se não atrativos a investimentos privados¹⁴⁷.

E, portanto, - a ausência de competitividade pela exploração de um prestador singular - não estimulante à inovação e receptiva aos avanços tecnológicos, segundo alguns preceitos econômicos já analisados, representa, ainda, verdadeira interdição à livre iniciativa - a despeito de a Ordem Econômica constitucional¹⁴⁸ não dispor em tal sentido.

Por todo o caminho desenvolvido, repisa-se aqui a intenção do estudo de alocar os serviços públicos e demais atividades de interesse público em um contexto de competitividade, no qual vigeria uma lógica diversa da qual, tradicionalmente¹⁴⁹, habituou-se a tratá-los. Noutros termos, propõe-se uma dinâmica orientada pelo estímulo à concorrência, por todos os motivos narrados, visto que além de revelar-se coerente às razões expostas, denota mais afinidade com a tendência das economias mundiais, sugerindo uma

¹⁴⁷ SADI, Jairo. É Possível a Análise Econômica da Constituição? In: **Direito da Regulação e Políticas Públicas**. SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. (Coords.). São Paulo: Malheiros, 2014. p. 88.

¹⁴⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. O Direito Administrativo da Economia e a Atividade Interventiva do Estado Brasileiro. (Orgs.). Cuéllar, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. In: **Estudos de Direito Econômico**. Volume 2. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 156-160.

¹⁴⁹ A variação entre concepções acerca da noção do serviço público desafia, há muito, o direito administrativo brasileiro, tal qual manifestado pela França, quando da introdução dos Serviços de Interesses Econômicos Gerais (SIEG), pela comunidade europeia, muito embora, tal eleição mais se afirme como uma escolha política do que, propriamente, como uma eleição pautada em critérios técnicos e objetivamente justificáveis. Assim pontua Floriano de Azevedo Marques Neto: *“Durante muito tempo a noção de serviço público correspondeu a ideia de exploração exclusiva, ou, impropriamente, monopólio estatal. Na base dessa noção estavam fatores ideológicos, jurídicos e econômicos.*

(...) Ideologicamente havia a concepção de que a natureza da atividade que predicava sua eleição à condição de serviço público envolvia tal monta de interesses públicos que interditava a sua exploração em regime de mercado, sujeito aos abalos da exploração competitiva.” MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Nova Regulamentação dos Serviços Públicos. In: **Revista de Direito Administrativo Econômico**, Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n.1, fevereiro, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acessado em: 09/12/2014. p. 8.

conformação local a um caminhar rumo à globalização¹⁵⁰ de modelos econômicos mais integrados¹⁵¹.

Capítulo III

Desafios à Aplicação da Assimetria Regulatória

A análise que se pretende desenvolver a partir deste momento da dissertação é a no sentido de se considerar as implicações desde a transição de um sistema que opere segundo um regime simétrico para o ambiente de assimetria regulatória, até a manutenção de tal modelo de forma equilibrada.

Assim sendo, iniciar-se-á o estudo pela observação dos setores de atividades econômicas em que se desenvolveu a prestação pela via da exclusividade do ente estatal, segundo um sistema de simetria regulatória, ou seja, com todos os prestadores de

¹⁵⁰ Cf.: GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 266-269.

¹⁵¹ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 215. p. 307-309.

determinada atividade submetidos a um mesmo regime jurídico, no caso, o regime jurídico de direito público (*publicatio*).

Posteriormente, seguir-se-á para a análise de questões cotidianas vivenciadas pela era da tecnologia atual que, via de regra, tem desafiado o Poder Público, ante o surgimento de situações práticas.

A uma, em razão da dificuldade de recepção de tecnologias pelo ente estatal. A duas, pelos desdobramentos que os constantes avanços tecnológicos proporcionados no cenário atual, com o incremento do fator globalização das mídias digitais disponíveis, tem operado e as transformações resultantes desse contexto que, modifica-se, em tempo real e a nível mundial.

Por fim, serão feitas considerações acerca do método de análise a longo prazo das políticas regulatórias, ante breves comentários sobre o emprego do instituto da Análise de Impacto Regulatório (AIR), o qual tem sido objeto de estudos no universo acadêmico do Direito Regulatório e que se faz de relevante emprego no contexto dos ambientes de assimetria regulatória.

Isto porque - consoante o já delimitado em linhas anteriores e que será, retomado -, a transição para o modelo de assimetria regulatória não pode deixar de considerar a aferição periódica do cumprimento dos objetivos que a mesma pretende alcançar, sob pena de não se justificar sua instituição, tendo em vista o tratamento não isonômico imposto ao ambiente em que a dinâmica da assimetria regulatória de regimes jurídicos venha a incidir.

III.1 - O Impacto da Introdução da Assimetria Regulatória em Setores de Atividade Econômica Antes Restritos ao Regime de Exclusividade Estatal

O regime de assimetria regulatória, aqui apresentado, revela especial importância para o contexto das atividades econômicas, notadamente, aquelas que tradicionalmente ostentam a exclusividade na titularidade pelo Poder Público, por representar uma via alternativa à composição de um ambiente de exploração da atividade econômica marcado pela homogeneidade - em que todos os prestadores da atividade nele inseridos encontrem-se afetos a uma mesma modalidade de regime jurídico.

Para tanto, resta delimitar, conforme já tratado em linhas anteriores, que a prestação de uma atividade que possua algum grau de relacionamento com o interesse público, em nada se confunde com a reserva de titularidade.

Explica-se: o fato de um agente explorar determinada atividade não implica afirmar que o mesmo detém a titularidade daquela, menos ainda de modo exclusivo¹⁵². São, pois, conceitos distintos e inconfundíveis que se fazem de extrema validade para a compreensão das noções ora desenvolvidas.

Assim sendo, enunciar que determinada atividade encontra-se afeta à titularidade exclusiva do ente estatal implica afirmar que a mesma não está à disposição dos agentes econômicos privados para simples pleito, na condição de demandante autorizatário, com vistas à aquisição de um título jurídico habilitante para a respectiva exploração¹⁵³.

Deste modo, a circunscrição de uma atividade à órbita do Poder Público, salvo as exceções já abordadas pelo estudo - como na hipótese dos denominados monopólios legais de matriz constitucional, os quais são constituídos em função de razões de estratégias de Estado - não mais encontraria razões para subsistir, conforme os argumentos elencados.

Isto posto, pretende-se avançar na análise da temática a fim de que alguns aspectos do modelo de assimetria regulatória sejam definidos, a partir da noção - já firmada - de que as atividades que guardam relação com o interesse público, assim como os próprios serviços públicos, não ostentam entraves jurídicos para que se opere a migração de um modelo homogêneo para o assimétrico.

¹⁵² A associação feita, muita das vezes, pelo fato de uma atividade ser prestada pelo Poder Público implicar a titularidade única e exclusiva do ente estatal, muito embora tenha sido uma concepção comungada, de forma quase que dominante, pela doutrina jusadministrativista brasileira, não encontra qualquer amparo teórico mais aprofundado, como já foi objeto de exposição em passagens pretéritas desse estudo. Relacionando-se, tão somente, a uma questão de escolha política levada a cabo pelo ente estatal, quando da eleição de determinada atividade ou serviço à esfera do regime jurídico da *publicatio*, importando em todas as consequências que o referido regime jurídico de direito público impõe a mesma, conforme já repassado em momentos anteriores do presente trabalho. Nesse sentido, pode-se sintetizar o equívoco da mencionada associação, no trecho extraído de artigo do Floriano de Azevedo Marques Neto, quando comenta a aludida associação. Confira-se a análise do autor, a qual se adota como orientadora das premissas deste estudo: “*Tradicionalmente a noção de serviço público cumpriu com o papel de fixar, a priori, reserva estatal sobre uma atividade considerada serviço público. A essencialidade traduzida na publicatio importaria na reserva estatal da atividade elencada como serviço público. Sua prestação configuraria relação de fruição baseada na ideia de benefício. Via de consequência, ser a atividade considerada serviço público significaria a submissão dessa atividade ao regime de direito público (...)*”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os Serviços de Interesse Econômico Geral e as Recentes Transformações dos Serviços Públicos. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). **Direito Público em Evolução: Estudos em Homenagem à Professora Odete Medauar**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 533.

¹⁵³ RACHED, Danielle Hanna. Desregulação e Telecomunicações. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (Org.). **Direito Regulatório - Temas Polêmicos**. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 127-134.

Isso porque no modelo de regime de assimetria regulatória, permitir-se-ia a convivência de uma dualidade de regimes, de modo a compreender os exploradores de uma atividade afetos ao regime da *publicatio* (direito público) e outros, submetidos às diretrizes da *ordenatio* (direito privado).

Noutros termos, está-se a afirmar que não mais atende às demandas sociais a modelagem de um sistema em que somente os agentes delegatários do Estado podem explorar certas atividades, ante a ausência de demais titulares em regime de competição, estes operando segundo as bases do direito privado - tal qual proposto pelo modelo de assimetria regulatória.

Ademais, aquela modelagem não responderia à mutabilidade proporcionada pelos avanços tecnológicos, bem como não absorveria as contribuições que estes, em alguma medida, podem oferecer para a elevação dos níveis de prestação das atividades, conforme será tratado em passagem mais adiante desse estudo.

Entende-se como ambiente assimétrico aquele no qual se insere certo grau de experimentação da concorrência entre operadores sujeitos a diferentes sistemáticas, ou seja, ante a atuação, lado a lado, de prestadores de atividades afetos a distintos regimes jurídicos de exploração, tais como os regimes jurídico de direito público e o de direito privado.

Oportuno acrescentar, ademais, que tal introdução da concorrência pode se dar durante todo o processo de desenvolvimento de uma determinada atividade ou tão somente em relação a uma das etapas de realização da mesma. Deste modo, pode-se ter uma atividade híbrida em relação ao regime jurídico aplicado, a depender do momento de exploração em questão.

Tal característica de inserção da assimetria regulatória diante de uma etapa do desenvolvimento de determinada atividade revela-se como algo comumente verificado em determinados setores de serviços públicos brasileiros¹⁵⁴.

¹⁵⁴ Notadamente, os setores de energia elétrica e o de telecomunicações são destacados como os segmentos da infraestrutura brasileira que experimentaram o modelo de assimetria regulatória, cada qual segundo uma determinada etapa de sua cadeia produtiva, conforme será tratado em passagem mais adiante do presente estudo. Isto porque, conforme observam Alessandro Oliveira e Frederico Araújo Turolla, determinados nichos econômicos ostentam a característica alheia a um monopólio natural, permitindo-se a fragmentação de sua linha produtiva. Nesse sentido, comenta o autor: *“Há setores de infraestrutura que, apesar de apresentarem configuração de monopólio natural, contêm alguns segmentos mais dinâmicos que são capazes de romper o estágio quatro, revertendo a condições relativamente favoráveis à competição, mesmo que o restante do setor mantenha-se em estágio anterior. Um importante exemplo é o serviço de telefonia. Inovações tecnológicas importantes vêm permitindo competição no setor, em especial nos serviços de longa distância. Também na área de energia elétrica, o suprimento em atacado já vem apresentando perspectivas de competição, tendo entrado no quarto estágio. Já no caso dos serviços públicos de saneamento, o estágio três é dificilmente ultrapassado. Nesse setor, as condições de monopólio natural são dificilmente superadas. Em transportes, as inovações não apresentam a mesma dinâmica acelerada que, por exemplo, apresenta o setor de*

Isto se deve ao fato de a não abertura, por completo, de uma determinada atividade à concorrência, revelar-se como um mecanismo apto a garantir a oferta da prestação da atividade, segundo um determinado padrão, conforme as diretrizes do ente estatal, consideradas situações singulares que demandam tal reserva.

É certo que a referida dinâmica também é verificada nas hipóteses em que determinadas etapas do desenvolvimento da atividade ostentam a característica de um monopólio natural - ou seja, a inviabilidade de configuração da atividade que, por si só, dadas suas peculiaridades na exploração, torna-se inviável a multiplicidade de exploradores¹⁵⁵. O que, inviabiliza, tomando-se em consideração o avanço tecnológico obtido até o momento considerado, a introdução plena da concorrência em todas as fases de exploração da atividade.

Certamente, o exemplo mais emblemático, em se tratando do setor de infraestrutura brasileiro, que contenha a aludida dinâmica de segmentação da cadeia de desenvolvimento de uma atividade, ante a introdução da sistemática da assimetria regulatória, é o setor energético nacional, dada a riqueza de nuances que envolve o referido segmento.

Explica-se: em breves linhas, sem intencionar maior detalhamento do referido setor, - dada sua complexidade e o possível desvirtuamento da intenção de abordagem, ora pretendida -, pode-se considerar que a exploração de energia elétrica envolve diferentes etapas e modelagens de operação.

Tendo em conta os vultosos investimentos demandados pelo setor de energia elétrica, dadas as vastas dimensões da geografia territorial brasileira, revelou-se necessária a abertura à concorrência de determinadas etapas de produção da mencionada atividade, uma vez que o Poder Público viu-se inabilitado a operar tal setor, tomadas as dimensões e as fases da indústria energética brasileira¹⁵⁶.

telecomunicações, mas vários segmentos de transportes incorporam inovações tecnológicas que potencializam sua passagem para o estágio 4, competitivo, como por exemplo, na competição entre rodovias paralelas de elevada densidade de tráfego, ou mesmo envolvendo modais distintos dentro de um mesmo mercado relevante de transportes." OLIVEIRA, Alessandro V. M.; TUROLLA, Frederico Araújo. Financiamento da Infraestrutura de Transportes. In: **Journal of Transport Literature**. Vol.7. No.1. Manaus, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2238-10312013000100007> Acessado em: 29.11.2015. p.23.

¹⁵⁵ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 310.

¹⁵⁶ O setor energético brasileiro vivenciou um delimitado período de transição entre a exclusividade na prestação estatal quanto ao fornecimento de energia e a abertura do sistema à iniciativa privada, dada a necessária atração de investimentos ao setor e o sucateamento das empresas estatais distribuidoras de energia

Além do que, verificou-se que o atendimento da demanda nacional não encontraria suprimento suficiente se permanecesse concentrada a capacidade produtiva pelo prestador público, operando em regime de exclusividade na exploração do referido serviço. Desse modo, a segmentação operada consistiu na delimitação, em separado, das fases de produção, transmissão, distribuição e a comercialização de energia elétrica, resumidamente, compondo, assim, a cadeia produtiva do setor energético brasileiro.

Na fase inicial de produção de energia elétrica, o Poder Público detém, quase que com exclusividade, a titularidade sobre tal etapa produtiva, de modo que a participação dos particulares ocorre somente através de eventuais delegações, as quais são operadas pela via dos institutos da concessão ou da permissão - também aplicável à fase de distribuição.

Frise-se, todavia, que no caso dos autoprodutores de energia elétrica, o título jurídico habilitante apto à exploração não diz respeito à concessão ou permissão, mas sim à autorização, visto se tratar de uma política legal específica a tal segmento produtivo¹⁵⁷. A depender assim, dos potenciais dos níveis de energia elétrica produzidos para que se opere a habilitação da exploração segundo um ou outro regime.

elétrica. Em trabalho monográfico sobre o tema, o Centro Brasileiro de Infraestrutura (CBIE) narra o referido momento histórico. Destaque-se: *“Apesar da competência técnica desenvolvida no setor pelo modelo estatal, instalado após a percepção disseminada da sua importância para o desenvolvimento do país, as empresas do setor elétrico sempre foram influenciadas por decisões e ingerências políticas que comprometem a estabilidade da produção, pois essa depende de medidas hierárquicas governamentais. Essa instabilidade de diretrizes veio a aprofundar-se na sua trajetória a tal ponto que tornou economicamente inviável a expansão do setor a partir de 1980 pelas empresas estatais, não só em razão das políticas econômicas governamentais (contenção tarifária, antecipação de megaprojetos, por exemplo) como pelas ingerências políticas na gestão de algumas concessionárias. Enquanto isso, em vários países, era iniciada uma verdadeira revolução em um setor tido como monopólio natural. Essa revolução preconizou o fim de uma estrutura baseada na integração em grupamentos regionais de geração, transmissão e distribuição, para uma desverticalização (“unbundling”) desses segmentos com a introdução da competição na geração e permitindo, aos consumidores, escolher seus supridores, garantindo o livre acesso às redes de transmissão e distribuição. Nesse contexto, no Brasil, ampliava-se a crise do setor elétrico interno e, em 1993, o governo assumiu um passivo de US\$ 26 bilhões em dívidas de suas estatais, ao mesmo tempo, em que concedia um aumento real nas tarifas de 70%. A consequência natural dessa crise foi a elevação do risco de déficit de energia, devido à falta de investimentos para expandir a capacidade de geração e às crescentes restrições na transmissão. Esse quadro panorâmico foi estabelecendo um novo ciclo de inadimplências entre as concessionárias de geração e de distribuição. Decidiu-se, pois, dar início a um processo de privatização do setor elétrico brasileiro e as concessionárias distribuidoras foram as primeiras a serem leiloadas, entre as quais estavam Escelsa (ES) e Light (RJ), privatizadas em 1995 e 1996, respectivamente.”* PIRES, Adriano; HOLTZ, Abel. **Sistema Elétrico Brasileiro Expansão Hidrotérmica**, 2011. Disponível em: <<http://www.cbie.com.br/arquivos/Relat%C3%B3rio%20Sistema%20Hidrot%C3%A9rmico.pdf>> Consultado em: 30.11.2015. p. 11.

¹⁵⁷ Conforme dispõe o Decreto Presidencial n. 2003/1996, considera-se o autoprodutor de energia elétrica, nos termos do artigo 5º: *“São objeto de concessão, mediante licitação: I - o aproveitamento de potenciais hidráulicos de potência superior a 3.000 kW (três mil quilowatts) e a implantação de usinas termelétricas de potência superior a 5.000 kW (cinco mil quilowatts), destinados a execução de serviço público; II - o aproveitamento de potenciais hidráulicos de potência superior a 3.000 kW (três mil quilowatts), destinados à produção independente de energia elétrica; III - de uso de bem público, o aproveitamento de potenciais hidráulicos de potência superior a 10.000 kW, destinados ao uso exclusivo de autoprodutor, resguardado direito adquirido relativo às concessões existentes.”*

Em se tratando da fase de distribuição, já se passa a verificar, com maior frequência, o regime da concessão e o de autorização (regime jurídico de direito privado), convivendo, de maneira simultânea, pela oferta de distintas modalidades de prestadores.

Ao passo que, na última fase, quando da comercialização da energia elétrica, os três níveis de operadores, quais sejam: concessionários, permissionários ou autorizatários, podem comercializar, conforme seus respectivos regimes exploratórios, diante dos seguintes ambientes: o livre¹⁵⁸ (em que se opera a negociação comercial de um mercado tradicional), ou o regulado (segundo a modalidade de oferta dos leilões públicos)¹⁵⁹.

Em síntese, o que se pretendeu com a exemplificação muito sucinta do setor de energia elétrica foi justamente evidenciar que, tal qual esse segmento, – outros setores de atividades econômicas, como o de telecomunicações¹⁶⁰, apresentam um fracionamento dos níveis de produção, de modo a se possibilitar que uma determinada atividade seja introduzida à concorrência, ainda que não o seja submetida a uma pluralidade de exploradores, em toda a

¹⁵⁸ SANTIAGO JUNIOR, Fernando Antonio. **A Regulação do Setor Elétrico Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 66-67.

¹⁵⁹ LIMA, Fabio Almeida. Os Leilões de Energia: Uma Análise do Contrato de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente Regulado (CCEAR). In: **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte: Fórum, ano 5, n. 18, 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCnd=41049>>. Acesso em: 24.06.2015. p. 6-8.

¹⁶⁰ Conforme estudo desenvolvido pelo IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), o setor de telecomunicações brasileiro pode vivenciar momentos distintos de sua transição para o regime de assimetria regulatória, conforme as distintas fases de sua cadeia produtiva e as respectivas inovações tecnológicas experimentadas pelo segmento. Vale destacar: “*Em um primeiro momento, a partir da década de 1970, (...) o surgimento da microeletrônica e dos microprocessadores levou à digitalização dos diversos equipamentos que compõem a infraestrutura de rede de telecomunicações. Estes equipamentos passaram a ser um tipo específico de computador especializado em determinadas funções, como transmissão de voz e de outros sinais (LEAL, 2008). Entretanto, a antiga infraestrutura do setor de telecomunicações ainda era, na verdade, composta de inúmeras infraestruturas diferentes, uma para cada serviço prestado. Isto signi"ca que havia uma infraestrutura de rede espec"ca para a oferta de serviços de telefonia "xa, outra para telefonia móvel, outra para transmissão de sinais via satélite e assim por diante.*

(...)Em um segundo momento, a partir das décadas de 1980 e, mais intensamente, 1990, a expansão da informática e da utilização da internet e redes corporativas de dados em geral levou à consolidação do uso dos protocolos da família IP, 1 oriundos da informática e utilizados na internet e nas redes corporativas de comunicação de dados em geral, que atingiram um grau de maturidade tal que puderam ser incorporados nos equipamentos de telecomunicações. Em termos técnicos, a comutação por circuito – tecnologia tipicamente utilizada para aplicações de voz e fax dos serviços de telecomunicações – começou a perder espaço para a comutação por pacotes IP – típica da informática – uma vez que esta última permite não só que um mesmo canal de dados trafegue simultaneamente sinais oriundos de diferentes serviços, mas também que a alocação de canais seja feita de forma dinâmica, sob demanda, aproveitando ao máximo a infraestrutura disponível. Em termos econômicos, foi possível o uso mais e ciente da infraestrutura de telecomunicações.

(...)Em suma, as últimas décadas assistiram a um processo de coevolução de tecnologias e serviços de setores antes separados. Ao primeiro caso (tecnologias) dá-se o nome de convergência tecnológica, enquanto o segundo caso é denominado convergência de serviços. Tal processo de coevolução é mais bem compreendido quando outra transformação do setor de telecomunicações é levada em consideração: a liberalização comercial e regulatória.” **Desafios e Oportunidades do Setor de Telecomunicações no Brasil – Comunicados do IPEA**, 2010. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/comunicado/100607_comunicadoipea57.pdf> Acessado em 01.12.2015. p. 4-6.

sua cadeia de desenvolvimento - desde a geração até a respectiva comercialização daquele bem incorpóreo¹⁶¹.

O que sugere que as peculiaridades referentes à dinâmica de determinada atividade é que possibilitarão uma análise das justificativas para fins de inserção do modelo assimétrico de regulação, ou mesmo, a opção pela manutenção de um ambiente de simetria de regimes jurídicos, não se procedendo à concorrência, caso existam razões que convirjam pela não transição de regimes.

III.2 - Os Avanços Tecnológicos e suas Implicações

¹⁶¹ Vitor Rhein Schirato comenta sobre o setor de energia elétrica e a maneira pela qual esse complexo segmento da infraestrutura brasileira passa a operar, ante a quebra do regime de direito público, o qual era conferido frente as etapas que compreendiam sua cadeia produtiva. Assim explica o autor: *“Finalmente - e como tema que mais interessa para os fins deste estudo -, houve na Lei no 9.648/98 (em seu artigo 10) a liberalização completa da atividade de comercialização de energia elétrica, passando-se a sujeitar a totalidade da comercialização de energia elétrica ao mesmo regime jurídico. Tal como mencionado no tópico 3.1 acima, o regime implementado por meio da Lei no 9.074/95 contemplava a existência do regime de produção independente juntamente com o regime de serviço público, sendo a energia elétrica proveniente da produção independente comercializada por meio de contratos bilaterais livremente negociados e a energia elétrica proveniente de serviço público comercializada por meio de contratos de suprimento de energia elétrica, sujeitos a um regime público. (...)*

(...) Com o advento da Lei no 9.648/98, houve a determinação da desconstrução da energia comercializada nos termos dos antigos contratos de suprimento (denominados contratos iniciais), de forma gradual, entre os anos de 1998 e 2002, à razão de 25% do montante total por ano. É dizer, em consonância com o disposto no artigo 10 da Lei no 9.648/98, a energia elétrica comercializada pelas concessionárias de serviço público de geração de energia elétrica de acordo com o modelo anteriormente existente deveria ser desconstruída à razão de 25% ao ano para passar a ser livremente negociada de acordo com contratos bilaterais regidos pelo Direito privado. Com isso, ter-se-ia a completa transição do regime de serviço público para o regime de atividade econômica regulada da atividade de geração de energia elétrica. (...)

*(...) Nesta toada, o então novo modelo do setor elétrico brasileiro estaria implementado com a completa extinção dos contratos iniciais e a celebração de novos contratos bilaterais livremente negociados (sem as proteções do regime de serviço público, portanto). A ideia essencial deste modelo era a completa liberdade dos agentes para a realização das operações de compra e venda de energia segundo exclusivamente as condições de mercado. É dizer, os agentes de geração (todos e não apenas os novos projetos sujeitos ao regime de produção independente de energia elétrica) ficariam livres para contratar com os agentes compradores (consumidores livres e concessionários de distribuição de energia elétrica) a compra e venda da energia elétrica produzida segundo os termos e condições que melhor conviessem, apenas devendo registrar os respectivos contratos de compra e venda de energia junto ao MAE. Como mecanismo de incentivo à construção de novos projetos de geração de energia elétrica, foi criado mecanismo segundo o qual os agentes compradores poderiam comprar energia elétrica de agentes produtores pertencentes ao mesmo grupo econômico (operação comumente denominada de self dealing), respeitados apenas os limites estabelecidos na Resolução ANEEL no 278, de 19 de julho de 2000.” SCHIRATO, Vitor Rhein. Geração de energia elétrica no Brasil: 15 anos Fora do Regime de Serviço Público. In: **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte: Fórum, ano 8, n. 2010.*

Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=69232>>. Acessado em: 06.06. 2015. p. 9.

Talvez um dos maiores desafios à efetivação das obrigações de direito público inerentes às atividades de relevante interesse público, notadamente, os serviços públicos, seja o fato de ao delegatário de tais atividades ser imposta a obrigação de adaptabilidade às inovações tecnológicas.

Dita questão tem ganhado cada dia mais relevância, porquanto a velocidade dos avanços tecnológicos vem tornando estruturas obsoletas e descartáveis sem qualquer tipo de previsibilidade quanto à sua ocorrência, tampouco quanto à sua manutenção, até que seja superada por outra tecnologia - a exemplo do ocorrido com a tradicional telefonia fixa e os diversos aplicativos de discagem a distância via pacote de dados, tais como Viber e Whatsapp, as ditas OTT's (Over the Tops)¹⁶².

Destarte, não é impossível, chegando a ser até mesmo esperado, que, em muitos casos, a adaptação de determinada atividade econômica a uma recente inovação tecnológica, ainda que se faça de imediato ou em tempo exíguo quando concluída, possa já ter se tornado ultrapassada.

Nesse cenário, convém refletir sobre a dificuldade de incorporação dos avanços tecnológicos às atividades econômicas, sobretudo, em relação aos custos envolvidos em tal processo. Dentro dessa reflexão, impõe-se conferir especial atenção à problemática referente ao agravamento destas dificuldades naturais, quando as atividades são prestadas pelo próprio Poder Público ou por algum agente a ele vinculado, por meio de delegações ou autorizações operativas.

Primeiramente, importa considerar que a adaptabilidade de atividades prestadas por agentes submetidos a regimes jurídicos vinculados a determinações estatais - como se dá frente aos concessionários/ permissionários de serviços públicos -, aos incrementos da tecnologia tem de ser compatibilizado com o lapso temporal necessário a tal transição. Noutros termos, deve ser compatível com os investimentos aportados pelo agente e o prognóstico do prazo de sua amortização.

Por assim dizer, não se pode demandar do agente privado o acompanhamento da tecnologia se seus investimentos iniciais, com a tecnologia antes empregada, sequer foram

¹⁶² As concessionárias de serviço de telecomunicações fixa no país apresentam a queixa de que tais aplicativos de discagem que se valem de pacotes de dados de internet e não, dos mecanismos usuais de telefonia, as denominadas OTT's, recorrem ao uso das linhas telefônicas por eles disponibilizadas para uma espécie de burla ao próprio serviço de ligação tradicional. Noutros termos, tais aplicativos utilizam os números das operadoras de serviço de telefonia fixa para prestarem seus serviços, inibindo assim suas fontes de receita. Teor extraído da reportagem veiculada em jornal de circulação nacional: **Telefônica Declara Guerra contra Whatsapp**. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/4290986/telefonica-declara-guerra-contra-whatsapp>> Acessado em 20.11.2015.

recuperados; a menos que se proceda a uma revisão contratual que lhe garanta o equilíbrio econômico-financeiro inaugural ou a uma compensação pelos danos incorridos, mesmo que oriundos de um ato lícito, no caso, uma norma regulatória¹⁶³.

Isto porque, ainda se tem de considerar o fato de que delegatários e mesmo, em alguns casos, autorizatários submetem-se a outras imposições pelo Poder Público, as quais são pertinentes ao próprio contrato de concessão/ permissão de serviço público, ou são características de setores fortemente regulados.

Tais características, nos casos dos concessionários, podem ser resumidas em: previsão de modicidade tarifária, o que seria, em tese, uma contradição à manutenção de investimentos capazes de proporcionar o acompanhamento da evolução tecnológica existente, para fins de inovação a ser posta à disposição dos usuários do serviço, se esta ocorrer numa velocidade muito grande.

Acrescente-se, ainda, que os exploradores privados devem auferir ganhos que possibilitem aos mesmos reaver os investimentos previamente realizados na própria exploração inaugural da atividade (tais como, o atendimento de infraestruturas e maquinários), ou seja, o resgate do capital inicial, além do evidente lucro, visto se tratar de uma atividade econômica¹⁶⁴.

Em assim sendo, o que se intenciona enfrentar nos subtópicos que se seguem é a análise da dinâmica relacional entre o Poder Público e os avanços proporcionados pela tecnologia. Para que seja possível uma reflexão preliminar acerca de como tal interface opera-se, em termos práticos, e, ainda, os custos de transação decorrentes do modelo de reserva de titularidade estatal a uma atividade, sob a ótica da adaptabilidade às inovações tecnológicas.

Por assim dizer, o que se está a observar é quanto o Poder Público tem de aportar a título de custo marginal¹⁶⁵ para incorporar uma determinada tecnologia à sua escala

¹⁶³ CYRINO, André Rodriques. Regulações Expropriatórias: Apontamentos para uma Teoria. In: **Revista de Direito Administrativo**. Vol. 267. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/46463/44454>> Consultado em 30.08.2015. p. 29.

¹⁶⁴ A amortização dos investimentos dispensados em sede dos contratos de concessão deve operar segundo o prazo de duração dos respectivos contratos, podendo ainda constar a cláusula de exclusividade do prestador do serviço ou não, de modo a assegurar que o mesmo não seja submetido à concorrência de demais exploradores, comprometendo sua expectativa de retorno de capital investido.

¹⁶⁵ Gary Becker e Richard Posner são elucidativos ao tratarem de emblemático caso do setor aéreo para fins de exemplificação dos conceitos de benefício marginal e de custo marginal. Confira-se: *"The cost of delay is a deadweight loss, whereas a higher price would be merely a wealth transfer to the sellers and would finance an increase in supply. Some delay in the provision of services is unavoidable because of fluctuations in demand; it usually is wasteful to increase supply to the point at which every spike in demand can be accommodated without rationing (i.e., queuing, delay). But the persistent delays that airline passengers have been*

de exploração de uma atividade e, por conseguinte, o que esse aumento do custo marginal representa em termos de benefício marginal, ou seja, se tal saldo revela-se positivo.

Em síntese, uma exemplificação que reúne as questões aqui suscitadas: A adoção de um trem bala como meio de transporte a ser suportado pelo Poder Público seria a via adequada à mobilidade urbana, considerando-se as obrigações de um concessionário do Poder Público? Eis um ponto de partida para algumas das reflexões a seguir.

III.2.1 Os Custos de Transação Quando as Mudanças Envolvem o Poder Público

Antes de se adentrar a análise proposta, é relevante conceituar a noção de custo de transação, a qual será objeto de abordagem para fins de compreensão da dinâmica dos mercados econômicos, de uma maneira geral.

Deste modo, por custos de transação¹⁶⁶ entende-se que seriam os dispêndios envolvidos com o desenvolvimento de uma determinada atividade, ou seja, todas as variantes que devam ser consideradas nas relações negociais referentes a uma operação, segundo dispõe a própria *Teoria dos Custos de Transação*¹⁶⁷.

Em assim sendo, uma análise da prática cotidiana nos leva à conclusão de que os custos de transação¹⁶⁸, quando se está diante do manejo de uma atividade pelo Poder

encountering for many years now cannot be explained by demand uncertainty. The delays impose enormous costs, particularly but not only on business travelers. The value of Americans' time is high. So why are airline prices so low? The answer may lie in the lumpiness of airline service. (This was pointed out many years ago by the Chicago economist Lester Telser, and was repeated last week by Holman Jenkins in the Wall Street Journal.) The fixed costs of modern passenger aircraft are very high, but the marginal costs--the costs of carrying one more passenger if the plane is not full--are very low. At any price above marginal cost, the airline is better off selling a ticket than flying with the seat empty. Competition between airlines will therefore exert strong downward pressure on price. Prices tend to be pushed down to a level at which the airlines find it difficult to finance the purchase of new planes. As the existing planes age, equipment failures become more frequent, contributing to delays and cancellations." POSNER, Richard. **Why is Airplane Service so Bad?** Disponível: <<http://www.becker-posner-blog.com/2008/04/why-is-airline-service-so-bad-posner.html>>

Acessado em: 15.11.2015.

¹⁶⁶ COASE, Ronald. The Problem of social Cost. In: **The Journal of Law & Economics**. Volume III. October 1960. p. 9-11.

¹⁶⁷ SCHAEFER, Hans-Bernd. Ott, Claus. **Economic Analysis of Civil Law**, Edward Elgar. Cheltenham, UK. p. 75-79.

¹⁶⁸ No mesmo sentido, convém ainda acrescentar as considerações de Williamson ao esmiuçar o conceito de custo de transação, popularmente abordado na Ciência Econômica. Segundo o referido autor, deve-se ter em mente a seguinte percepção ao se tratar do tema: "*A transactions occurs when a good or servisse is transferred across a technologically separable interface. One stage of activity terminates and another begins. With a well-working machine these transfers occur smoothly (...) Transaction cost analysis supplants the usual preoccupation of*

Público ou por um agente privado a ele submetido, podem revelar-se muito mais elevados, se comparados a uma atividade afeta à titularidade dos particulares.

Por um lado há que se considerar as implicações necessárias para a incorporação de inovações tecnológicas. Isto porque ao Poder Público somente é dado atuar nos termos da lei, enquanto aos particulares, aplica-se uma inferência inversa, a de que lhes é permitido agir, caso a lei assim não proíba. Há, por assim dizer, duas facetas de uma mesma moeda, caso se esteja diante de um agente público - ou de um agente vinculado ao Estado - ou de um agente privado atuando livremente.

Considera-se, portanto, que o ente estatal e seus atores privados encontram sua atuação calcada na legalidade - esta entendida em sua acepção mais ampla - ainda que admitidos balizamentos e mitigações¹⁶⁹, pelo direito de vanguarda.

Quer-se dizer com isso que há uma significativa diferença temporal na capacidade de absorção das inovações tecnológicas por agentes vinculados a um regime jurídico de direito público em contraposição aos agentes submetidos a um regime jurídico de direito privado.

Isto porque a atuação necessária a permitir a incorporação desses avanços pode ser mais facilmente realizada pelos atores privados do que pelos agentes públicos - seja em razão das formalidades que são exigidas de uns e de outros, seja pela diferenciação de finalidades a que cada qual se submete.

Destarte, é fácil perceber que um agente privado, atuando em regime privado de exploração, ao escolher incorporar uma tecnologia mais avançada em sua atividade, pode, em certa medida, optar por aumentar o preço que cobra dos usuários a fim de cobrir os custos

technology and steady-state production (or distribution) expenses with an examination of the comparative costs of planning, adapting and monitoring task completion under alternative governance structures.

Some transactions are simple and easy to mediate. Others are difficult and require a good deal more attention. Can we identify the factors that permit transactions to be classified as one kind or another? Can we identify alternative governance structures within which transactions can be organized? And can we match governance structures with transactions in a discriminating (transaction-cost-economizing) way? (...) These are the issues for which transaction cost analysis promise to offer new insights." OLIVER, E. WILLIAMSON. **The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach.**

Disponível em: < https://www2.bc.edu/~jonescq/mb851/Feb19/Williamson_AJS_1981.pdf >

Acessado em: 26.11.2015. p. 552-553.

¹⁶⁹ As ideias aqui expostas acerca da recente temática envolvendo o aplicativo de transporte Uber podem ser sintetizadas no artigo do professor Floriano de Azevedo Marques Neto, segundo o qual a restrição à livre iniciativa quanto à exploração de uma determinada atividade somente seria justificável, ante a demonstração de um interesse público que assim o exigisse, que no caso da atividade de táxi, por se tratar de um transporte particular de passageiros, não ostenta qualquer característica que justifique tratá-la como se um serviço público fosse, como bem aponta o autor. **Estado contra o Mercado: Uber e o Consumidor.** Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI221670,91041Estado+contra+o+mercado+Uber+e+o+consumidor>> > Acessado em: 17.09.2015.

da modificação. O que já não se observa frente aos agentes públicos ou privados que se encontrem como delegatários do Poder Público.

De outro bordo, um agente estatal ou um agente privado que seja delegatário de serviço público ou até mesmo autorizatário de uma atividade fortemente regulada (sobretudo em relação à preço e obrigatoriedade de atendimento), não tem essa liberdade de compensar aumento de custos para incorporação de tecnologia com um incremento do preço. Isso porque os mesmos atendem a objetivos precípuos de oferta universal ou, ao menos, ampla do serviço e a preços acessíveis a todos ou a diversas classes sociais, que não apenas aos mais abastados.

Portanto, ainda que o Poder Público ou agentes a ele vinculados não possam eximir-se de otimizar a prestação de suas atividades, pela absorção das inovações tecnológicas, sob a escusa do custo a ser suportado, na medida em que não se pode abdicar do atendimento ao interesse público primário¹⁷⁰ por questões ligadas ao interesse público secundário; certo que o fator custo não deve ser olvidado, inclusive porque, relaciona-se com a realização de outros interesses públicos primários.

Para que tais argumentos não soem por demais teóricos e desprovidos de embasamento empírico, ainda que aqui não se intencione qualquer desenvolvimento mais aprofundado dessa situação, pode-se citar, a título de ilustração recente, a polêmica discussão envolvendo o aplicativo de celulares para transporte privado de passageiros, denominado Uber (Sistema Cibernético Interligado de Veículos Automotores), e a repercussão do mesmo em diversos países, notadamente, envolvendo as represálias e a não receptividade pelo ente estatal.

Desenvolvido com vistas à oferta de um serviço particular de transporte de passageiros, por meio de uma central de pedidos *online* de usuários, previamente

¹⁷⁰ A distinção ora apresentada é trazida na doutrina constitucionalista brasileira segundo as lições de Luís Roberto Barroso. Segundo o autor, a distinção entre interesse público primário e secundário relaciona-se uma à razão de ser do próprio Estado, outra à pessoa jurídica de direito público, propriamente dita. Diante deste cenário, pode-se perceber que haverá hipóteses em que o interesse prevalente será o da sociedade, de um modo geral, enquanto que em outros, o Estado ostentará sua feição institucionalizada, atuando como um ente próprio, ainda que suas finalidades, mediamente, sejam relacionadas à realização do interesse público primário. Nessa linha de argumentação, enumera Luís Roberto Barroso, a partir do trecho em destaque: “*O debate contemporâneo acerca da noção de interesse público impõe reavivar uma distinção fundamental e pouco explorada, que o divide em primário e secundário. O interesse público primário é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em determinada relação jurídica – quer se trate da União, quer se trate do Estado-membro, do Município ou das suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado como o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas.*” BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 2^a edição. São Paulo: Saraiva, 2010. p.70.

cadastrados. O aludido aplicativo enfrentou resistência no mundo, em especial, em países cuja matriz jurídica trata o serviço de transporte de passageiros, como sendo uma modalidade de serviço público ou mesmo, ainda que disposta à prestação por particulares, afetas ao interesse público e, pois, sujeitos à forte regulação estatal, inclusive de preços.

A celeuma em torno do tema diz respeito à licitude de se operar esta atividade, pela via privada, em concomitância com os permissionários (em verdade, autorizatários) do Poder Público, no caso brasileiro, taxistas. Isto porque não se admitiria que tais serviços fossem prestados, livremente, ou seja, sem que os agentes estivessem de posse de um consentimento estatal para a exploração dessas atividades¹⁷¹.

Como já tratado, inúmeras atividades podem figurar, simultaneamente, como exploradas pelo Poder Público ou pela iniciativa privada, sem que para tanto, tais regimes, afeto a cada uma delas, sejam confundidos ou mesmo, confrontados. Esta, inclusive, é a dinâmica dispensada aos denominados *serviços públicos compartilhados* - conceito este desenvolvido em linhas anteriores do presente estudo.

O que se evidencia, a partir dessa breve exposição, é que a resistência enfrentada pelo aplicativo de celular de transporte privado de passageiros diz respeito ao fato de as atividades confrontantes a ele - que no caso brasileiro, corresponderiam aos serviços de

¹⁷¹ A discussão acerca da interferência do Poder Público frente a tais fenômenos sociais remonta aos debates envolvendo o modelo regulatório que se pretende empreender diante dos distintos setores econômicos, ou mesmo, sociais. Isso porque a regulação estatal sempre foi tida como o instrumento apto à correção de falhas, sejam estas de mercado ou de excessos da própria dinâmica do mercado. Nesse sentido, o que balizará a eleição pelo modelo regulatório mais condizente com os objetivos, aos quais se almejam é a via pela qual será buscada a composição de um segmento econômico. No recente episódio envolvendo taxistas permissionários do Poder Público e motoristas privados vinculados ao aplicativo tecnológico do Uber, anterior à discussão acerca se deve ou não essa última atividade ser regulamentada pelo ente estatal é a questão de a atividade ser ofertada aos particulares, por direito próprio ou se a mesma, em sendo de titularidade estatal, tão somente comportaria a delegação da outorga da exploração pela Administração Pública, discussão esta que guia as principais premissas desse estudo. Conforme já apontado nesse presente trabalho, superada a questão da titularidade pertencer ou não aos particulares, por direito próprio, resta ainda perquirir-se a racionalidade econômica que se pretende alcançar, por detrás da política regulatória a ser implementada.

Quanto a esse aspecto, a simples distinção de Vital Moreira já elucida um questionamento recorrente, ao qual o regulador deverá valer-se. Até mesmo porque, assim como na situação da abertura do transporte privado de passageiros a outros operadores, tal como a situação envolvendo taxistas e motoristas do Uber, no ambiente de assimetria regulatória, passa-se a observar o fenômeno da concorrência e os efeitos resultantes da mesma, razão pela qual, a regulação deve ser completa, ou seja, abarcar a correção de falhas originárias de mercado, mas também viabilizar a manutenção de um determinado segmento econômico, de modo que este tenda a um grau de sustentabilidade, a longo prazo. Assim dispõe o autor português: “*Na primeira perspectiva - que é a concepção tradicional e prevalecente -, a regulação é o resultado de uma imposição estadual sobre os agentes econômicos, em nome de interesses gerais, tal como sucede em relação a toda a acção estadual em geral. Na segunda perspectiva, a regulação deriva do próprio interesse dos regulados. Na verdade, a regulação está longe de ser na maior parte dos casos imposta aos interessados. Frequentemente é solicitada ou apoiada por eles próprios. Isso sucede quando se trata da chamada “regulação protecionista”. Esta pode incidir sobre dois pontos fundamentais: controlo do acesso às actividades económico-profissionais e disciplina da concorrência (controlo quantitativo e/ou fixação de preços) (...).*” MOREIRA, Vital. **Auto-Regulação Profissional e Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 41.

táxi - encontrarem-se sob a regência de normas de direito público, implicando assim, a discussão, já inaugurada pela presente análise, qual seja, se a um particular seria facultado explorar, por direito próprio, tal atividade.

Feitas tais considerações, tem-se que o fato de o serviço do Uber não encontrar regulamentação vigente, por se tratar de uma atividade peculiar, a qual não se confunde com a de táxi, mas que com essa competiria, ao menos em tese, não pode ser justificativa a uma vedação, *a priori*, pelo Poder Público, conforme se procedeu nas capitais brasileiras¹⁷².

Desse modo, a ausência de regulamentação de uma atividade é o pressuposto para que o Estado seja demandado a atuar¹⁷³, justamente, no sentido de avaliar seus impactos, a fim de operacionalizá-los, mediante sua regulação¹⁷⁴.

¹⁷² Quando da elaboração do presente capítulo, meados de agosto de 2015, a celeuma envolvendo taxistas, permissionários do Poder Público e os serviços de motoristas particulares oferecidos pelo aplicativo Uber, ainda não havia sido objeto de resolução. A situação configurava-se como de proibição total pelo ente público municipal, por meio da expedição de decreto do chefe do Executivo municipal n.º 40518/2015, no qual se determinou a restrição total de circulação dos referidos serviços, bem como a imposição de penalidades, em caso de descumprimento da proibição. Ademais, o Departamento de Transportes Rodoviários do Estado do Rio de Janeiro (DETRO), também possuía orientação em igual sentido. Frise-se, por oportuno, que ausente qualquer regulamentação acerca da referida atividade de transporte particular, até aquele momento.

Digno, por outro lado, de se trazer à presente discussão, alguns trechos da decisão proferida pelo juízo da 1ª Vara de Fazenda Pública da Capital, do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, em que se concedeu a segurança, em um mandado de segurança impetrado por um motorista pertencente ao Uber, contra ato do Presidente do DETRO e do Secretário Municipal de Transportes do Estado do Rio de Janeiro, ante a proibição de exercício da referida atividade de transporte privado de passageiros, a qual feriria seu direito líquido e certo do exercício de uma atividade econômica lícita. Destacam-se alguns trechos selecionados da aludida decisão: *“Uma vez que a Constituição determina expressamente, em seu art. 170, caput, que a ordem econômica é não apenas informada por, mas fundada na livre iniciativa, é de rigor concluir ser vedado ao Estado impedir ou limitar trocas voluntárias entre particulares, a menos que demonstre de forma inequívoca que essa medida é: (i) necessária para a proteção de um interesse fundamental; e (ii) adequada para a consecução desse objetivo. Note-se que é do Estado o ônus de justificar a regulação, com dados claros, objetivos e confiáveis indicando a existência de notória “falha de mercado”, reputando-se inconstitucional e indevida a ingerência na livre iniciativa em caso de dúvida (...)”*

(...) O primeiro fundamento de que se cogita para motivar a regulação seria a necessidade de reduzir a assimetria de informação entre consumidor e fornecedor. Em um mercado com muitos prestadores do serviço, é caro e ineficiente que cada usuário certifique-se da habilidade de todo motorista com que se defronta. Nesse cenário, a intervenção do Estado serviria para reduzir os custos de transação típicos do setor através, por exemplo, da fixação de padrões mínimos de segurança, higiene e conforto, além de critérios objetivos para a formação de preços. Garantir-se-ia, com isso, a qualidade do serviço prestado pelos fornecedores ao impedir a circulação de motoristas despreparados e carros precários, bem como ao reduzir os custos de barganha na definição de preços de cada corrida.

(...) Todo o expendido conduz à inevitável conclusão de que o legislador ou o administrador não podem editar norma jurídica que restrinja arbitrariamente ou proíba a atividade de transporte privado de passageiros, sob pena de frontal ofensa ao postulado da liberdade de iniciativa albergado como elemento fundante da nossa ordem jurídica pela Constituição (artigos 1º, IV, e 170).”

Processo n.º 0346273-34.2015.8.19.0001 - TJ/RJ, decisão liminar em Mandado de Segurança, proferida em: 14.08.2015.

¹⁷³ MOREIRA, Egon Bockmann. Agências Reguladoras Independentes, Poder Econômico e Sanções Administrativas. In: **Temas de Direito Regulatório**. GUERRA, Sérgio. (Coord.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 164.

Sob outro viés, a discussão revela-se ainda mais interessante, por ilustrar o acima mencionado descompasso entre os processos de incorporação de novas tecnologias por agentes econômicos que operam sob regime de direito público e aqueles que atuam de acordo com um regime de direito privado¹⁷⁴.

A toda impressão, a problemática assistida decorre da preferência por parte dos usuários de utilizarem um serviço mais eficiente, porque mais moderno - considerados vários aspectos como conforto, segurança, agilidade etc - e da incapacidade dos agentes que operam jungidos a um regime de direito público de fazer frente a essa demanda.

Em suma, a ilustração trazida cai como uma luva para as discussões travadas pelo presente estudo. Denota assim a própria incapacidade do Estado em lidar com as situações operadas pelo que o avanço da tecnologia, em si, passa a oferecer; afora a questão

¹⁷⁴ Ainda que não se trate do foco do presente estudo, a regulação que se faz necessária no caso de serviços voltados ao público consumidor, tal qual o aplicativo de transporte Uber, pode ser sintetizada nas reflexões de Eric Posner ao salientar a peculiaridade desse tipo de serviço ofertado: *“Uber provides a similar sort of platform. While it is not impossible for consumers to switch among Uber, Lyft, and local taxis, nor for drivers to switch between the systems, it is a lot more convenient for everyone if everyone uses the same system. And the more people who use Uber alone, the further that Uber can spread its fixed costs—the cost of developing and maintaining software—among a large population, allowing it to charge customers less than its competitors can. Because Uber has a huge head start on Lyft and offers a service vastly superior to taxis, it has Uberwhelmed the competition, and made enormous progress in dominating markets. (...) but his skepticism about investors’ bets on Uber may reflect his failure to take account of Uber’s potential to displace all competitors in a platform-dominated market, which is probably why investors see it as a vast cash cow.) The underlying reason for the perhaps surprisingly platformlike nature of car services is that it is very difficult for passengers to negotiate with drivers. When you need a ride, you probably have no idea what a reasonable price for it is. This is in part because the cost for the driver is not always the same; it’s much lower, for instance, if he anticipates a return fare from someone located at your destination. (...) The historical solution of this problem, (...) was price regulation by the government. Under this system, drivers charge the average cost of a trip (on a per-mile basis, once meters were invented). The price is always predictable (which pleases the customer) while the driver’s gain on low-cost trips offsets his loss on high-cost trips.”* POSNER, Eric. **Why The Government Shoul Regulate Uber and Taxis**. Disponível em: <http://www.slate.com/articles/news_and_politics/view_from_chicago/2015/01/uber_surge_pricing_federal_regulation_over_taxis_and_car_ride_services.html> Acessado em: 27.11.2015.

¹⁷⁵ Na linha das premissas aduzidas de incremento à inovações tecnológicas, a concorrência é apontada como fator de estímulo aos agentes econômicos, como bem pontua Daniel Sarmento em recente parecer produzido acerca do Caso Uber. Confira-se: *“A premissa básica é a de que, em um mercado competitivo, amplia-se o direito de escolha do consumidor, os preços das mercadorias e serviços tendem a cair, e a sua qualidade a se elevar, em proveito de todos.”* ²² *A competição proporciona também uma melhoria na eficiência alocativa da economia, ao fazer com que os preços dos produtos correspondam aos valores que a sociedade lhes atribui, assim como na eficiência produtiva das empresas, que são levadas a reduzir os seus custos e aperfeiçoar os bens e serviços que fornecem, no afã de prosperarem no mercado.* ²³ *A concorrência estimula, nesse sentido, a inovação e o progresso. Ademais, ela se liga à garantia da igualdade de oportunidades entre os agentes econômicos, na medida em se concretiza por meio da disputa equânime dos competidores no mercado, que é incompatível com a criação de privilégios ou imposição de barreiras estatais que beneficiem ou prejudiquem quaisquer deles.”* SARMENTO, Daniel. **Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: “O Caso Uber”**.

Disponível em:

<<http://s.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf>>

Acessado em: 30.11.2015. p.10.

suscitada de se haveria um direito próprio ou não da livre iniciativa, quanto à exploração de tais atividades, sem o consentimento estatal.

Noutros termos: o Poder Público diante do avanço da tecnologia da informação em conectar usuários e prestadores de serviços de transportes vê-se desprovido de aptidão para gerir essa nova relação social inaugurada pela tecnologia digital. Enquanto antes o Estado apenas tolerava que permissionários da atividade de transporte particular operasse para fins de mobilidade urbana - no caso dos táxis -, agora tem ainda de lidar com uma nova dinâmica operacional, cuja regulação ainda carece ser moldada conforme a peculiaridade desse novo segmento.

Tudo para se apontar que os custos de transação, ao se afetar uma atividade ao regime de direito público - seja qualificando-a como serviço público, seja submetendo-a à intensa regulação em razão do interesse público -, permanecendo a titularidade estatal, são mais elevados do que se se estabelecesse a regra de exploração das atividades como sendo o exercício pela iniciativa privada¹⁷⁶.

Assim, o Estado não tendo como exigir dos seus permissionários que estes passem a adotar os mesmos benefícios oferecidos pelos prestadores do Uber, ao invés de proibir a atividade, tal qual vem fazendo o administrador público pátrio, necessita é regulá-la de forma a contemplar seus usuários, ante a ciência de que tal serviço pode conviver com o de transporte particular oferecido pelos táxis, sem que para tanto, haja a anulação do regime de uma atividade pela outra e vice-versa.

Diante de tais impressões, muito embora não se possa ter como conclusivas as evidências aqui deduzidas, ao menos pode-se considerar que os avanços da tecnologia cada vez mais - dada a veloz evolução de aplicativos e modos de operacionalização de um serviço, nos dias atuais - serão um constante dilema para o Poder Público.

¹⁷⁶ Igual discussão é vivenciada no cenário brasileiro atual, com as empresas de telecomunicações e os diversos serviços de aplicativos disponíveis no mercado, tais como os aplicativos de mensagens instantâneas (Whatsapp) e mesmo plataformas de filmes e séries televisivas online, como o Netflix. O que se argumenta dentro do contexto dessas novas tecnologias é que a ausência de regulamentação por parte do Poder Público não poderia, de antemão, resultar na automática vedação do exercício da livre iniciativa. Até mesmo porque, conforme já afirmado no presente estudo, a dinâmica social opera segundo uma velocidade que supera a engrenagem da Administração Pública e seu aparato para lidar com todas as inovações oriundas das mídias digitais, sobretudo, quando considerado o intercâmbio mundial de aplicativos. Por fim, tais inovações não devem ter na regulação um óbice ao seu desenvolvimento, sob pena de se obstaculizar o incentivo aos agentes econômicos na pesquisa e busca pelo aprimoramento tecnológico e superação de problemas de outrora. A análise em destaque pautou-se em considerações apontadas por especialistas do segmento, extraída do seguinte excerto: **Pesquisadores da FGV Avaliam Impacto das Mensagens Instantâneas para Empresas**

Disponível em: <<http://fgvnoticias.fgv.br/pt-br/noticia/pesquisadores-da-fgv-avaliam-impacto-das-mensagens-instantaneas-para-empresas>>
 de?utm_source=basemailer&utm_medium=email&utm_campaign=emaildiario> Consultado em: 21.08.2015.

Certamente, a mera proibição e o apego às práticas tradicionais, rechaçando-se a evolução das atividades, não se revela como a técnica mais desejável para se lidar com esses novos desafios, sobretudo, quando se está em questão a prestação de serviços que se relacionam, em algum grau, com o interesse público.

Com efeito, o exemplo ora tratado ilustra a questão relativa à incorporação de novas tecnologias a atividades econômicas, considerando as dificuldades de adaptação dessas pelo Poder Público. Podendo por assim suscitar questionamentos acerca de quais seriam as razões que ainda justificariam a manutenção de uma atividade sob a exclusividade da titularidade estatal ou, até mesmo, sob alguma titularidade estatal.

III.2.2 As Transformações da Realidade Atual e o Argumento do Planejamento Pró-Futuro

A multiplicação de mecanismos digitais ou informatizados de uma gama de atividades proporciona o desenvolvimento das mesmas, em termos de otimização para seu desempenho, bem como em custos de produtividade - ante o aumento da escala de produção, se considerado um menor intervalo de tempo.

Contudo, dada a finitude dos recursos públicos, considerando-se que a estrutura estatal opera segundo um prognóstico de receitas e despesas¹⁷⁷, estritamente vinculados a um planejamento orçamentário¹⁷⁸, não se teria como viabilizar, a nível prático, a mutabilidade da estrutura dos serviços prestados pelo ente estatal às modificações rotineiramente proporcionadas pela tecnologia.

¹⁷⁷ AMORIM, João Pacheco de. **Direito Administrativo da Economia**. Volume I (Introdução e Constituição Económica). Coimbra: Almedina, 2014. p. 226.

¹⁷⁸ A advertência de Marcos Juruena, a respeito do princípio do planejamento, mantém-se sempre atual. Isso porque a Administração Pública é regida por uma dinâmica de estruturação de despesas e receitas prévias, a fim de melhor gerenciar os gastos e as prioridades públicas, dentro do contingencimento e das limitações que lhe são próprias.

Confira-se a observação feita pelo autor: "*A idéia seria partir um pouco para a lógica, pois quem recebe algum objetivo deve se planejar para atingi-lo. Portanto, se o objetivo é o desenvolvimento econômico, este somente poderá ser alcançado através do planejamento deste desenvolvimento econômico, que é previsto na Constituição, no artigo 174.*

O planejamento do desenvolvimento econômico envolve, primeiramente, um retrato da situação existente, chamado diagnóstico, e neste vão ser detectadas as carências e os anseios da sociedade sobre como fazer um Estado melhor e como resolver tais problemas. A partir desse diagnóstico se tem uma segunda etapa, que é o desenvolvimento das ações ou o prognóstico". SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo em Debate**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 48.

Nessa linha de argumentação, tende-se a considerar que a prestação de atividades pelo Poder Público, sujeitando-se o prestador ao regime de direito público, via de regra, conduzirá a uma situação de constante defasagem entre o nível tecnológico alcançado sob o aspecto mundial - não aqui se cogitando do mais alto grau de tecnologia obtido, mas sim um padrão tecnológico mediano - e aquele empregado pelo ente estatal para o desenvolvimento de suas atividades.

Logo, pensar em um dever prospectivo de constante atualização do instrumental na prestação de atividades pelo Poder Público, além de representar uma determinação normativa programática, já que a mesma, dificilmente, seria cumprida pela Administração Pública - segundo tais razões -, imporá ainda um elevado ônus ao ente estatal, eis que iria de encontro à própria noção de gestão eficiente¹⁷⁹. E uma gestão eficiente importa na observância dos padrões de economicidade e mesmo, a própria racionalização dos resultados obtidos, pelo viés finalístico¹⁸⁰.

A partir de então, são estipuladas metas que nortearão essa atuação finalística, de modo que objetivos e resultados sejam sopesados em uma balança de prioridades e possíveis consequências.

Por assim dizer, administrar é realizar, de forma constante, essa equação matemática de busca pelo que seria um ponto ótimo da conjugação entre objetivo pretendido e meios disponíveis, em uma verdadeira noção de custo-benefício para que, ao final, chegue-se aos resultados perseguidos.

¹⁷⁹ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 215. p. 295-296.

¹⁸⁰ Ainda que não se trate do foco do presente estudo, releva destacar que, muito embora seja tido pela doutrina brasileira como um princípio, o conceito de eficiência mais se assemelha a uma regra que norteia a aplicação de outra do que algum conceito que denote um valor semântico intrínseco. Daí porque a afirmação de Fernando Ribeiro Leal pertine ao ponto abordado em questão: *“O postulado da eficiência norteia o exame dos meios supostamente aptos ao atendimento de alguma finalidade administrativa. E se aplica, basicamente, à análise dos meios e das finalidades imanentes a princípios que apontam em uma única direção. A consideração também das finalidades contrapostas e das restrições a outros princípios incidentes na situação concreta não faz parte da análise da eficiência, mas da proporcionalidade da medida, em especial da proporcionalidade em sentido estrito. Distinguir os âmbitos de aplicação de ambos os postulados se faz necessário, especialmente porque algumas exigências relacionadas à eficiência podem engendrar confusão com alguns postulados da proporcionalidade. O dever de adequação, por exemplo, também demanda apenas a consideração de meio “s” e um único fim ou um feixe unidirecional de finalidades? Como diferenciar o que seja “adequado” do que seja “eficiente”(…)?”* LEAL, Fernando Ribeiro. **Propostas para uma Abordagem Teórico-Metodológica do Dever Constitucional de Eficiência**.

Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-15-AGOSTO-2008-FERNANDO%20LEAL.pdf>> Acessado em: 16.07.2014. p. 13.

Em suma, envolve um planejamento pró-futuro¹⁸¹ de gestão das próprias capacidades presentes pelo Poder Público. Portanto, afirmar que a Administração Pública tem de ser norteadada pela eficiência não pode resultar de um argumento teórico¹⁸², em que tal termo perca-se em sua própria vagueza semântica, já que afirmar que algo é eficiente, por si só, não traz consigo qualquer densidade de significado¹⁸³.

Ao revés, quando se afirma que a Administração Pública tem de pautar-se pela eficiência, o que se está a asseverar é a noção concreta de que a gestão pressupõe o preenchimento da seguinte equação: estipulação de objetivos, ante o manejo dos recursos públicos disponíveis, avaliados os meios reais e possíveis para sua implementação, segundo um prévio planejamento.

Para que, ao final e ao cabo, tenha-se efetuado a opção pela medida que mais atenda à obtenção de resultados efetivos, o que perfaria, assim, uma gestão pública pautada pela eficiência - nos termos do que se defende no presente estudo.

O que se está, por ora, a defender é que as inovações tecnológicas e o dever de adaptabilidade, no caso dos serviços públicos, impõem, ainda mais, a necessidade de flexibilização da titularização dessas atividades pela livre iniciativa. Isto porque a multiplicidade de prestadores sugere uma busca de competitividade e incremento da inovação¹⁸⁴, ou seja, quando se está diante de um ambiente de pluralidade de competidores - pela via da concorrência - há um estímulo permanente ao desenvolvimento da inovação dos mecanismos produtivos.

É dizer: a otimização da produção, ante a diminuição do tempo de produtividade e a redução dos respectivos custos é o incentivo aos agentes na busca pela

¹⁸¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e Desenvolvimento. In: **Regulação e Desenvolvimento**. SALOMÃO FILHO, Calixto. (Coord.). São Paulo: Malheiros, 2002. p. 59-60.

¹⁸² RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 85-88.

¹⁸³ É oportuno frisar que a posição defendida pelo presente estudo é no sentido de que a eficiência é entendida, pelo presente estudo, como um postulado normativo aplicativo. Nesse sentido, Humberto Ávila salienta melhor tal função desempenhada pelo conceito de eficiência: *“Essas considerações levam ao entendimento de que os postulados normativos situam-se em um plano distinto daqueles das normas cuja aplicação estruturam. São, por isso, metanormas ou normas de segundo grau. O qualificativo de normas de segundo grau, porém, não deve levar à conclusão de que os postulados normativos funcionam como qualquer norma que fundamenta a aplicação de outras normas, a exemplo do que ocorre no caso de sobreprincípios, como o princípio do Estado de Direito ou do devido processo legal. Isso porque esses sobreprincípios situam-se no próprio nível das normas que são objeto de aplicação, e não no nível das normas que estruturam a aplicação de outras. Além disso, os sobreprincípios funcionam como fundamento, formal e material, para a instituição e atribuição de sentido às normas hierarquicamente inferiores, ao passo que os postulados normativos funcionam como estrutura para a aplicação de outras normas.”* ÁVILA, Humberto Bergmann. **Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-4-outubro-2005-humberto%20avila.pdf>> Acessado em: 30.09.2014. p.9.

¹⁸⁴ SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre Iniciativa nos Serviços Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 183-185.

inovação dos meios de produção, obtendo-se o aumento da escala de produção, frente ao seu competidor¹⁸⁵.

Compilando as ideias ora apresentadas, em breves linhas, tem-se aqui configurado mais um argumento em favor da não exclusividade da titularidade estatal, ante a introdução do modelo de assimetria regulatória, no caso, o argumento de um planejamento pró-futuro e em prol das inovações tecnológicas como um dever da Administração Pública para com as presentes e posteriores demandas dos usuários dos serviços e atividades que sejam relacionadas com o interesse público.

III.3 - Como Manter de Forma Sustentável o Ambiente Assimétrico

As críticas¹⁸⁶, comumente, direcionadas ao modelo de assimetria regulatória dizem respeito, ora à conferência de tratamento não isonômico aos exploradores de uma mesma atividade - delegatários da outorga estatal e autorizatários para a prestação de um mesmo serviço -, ora ao risco de não cumprimento das diretrizes basilares que norteiam as atividades relacionadas ao interesse público.

Em outras palavras, os entraves apontados seriam direcionados à competição dos exploradores entre si, dentro de um contexto concorrencial, bem como dizem respeito às dificuldades relacionadas à prestação do serviço, considerando-se a expectativa de oferta pelos usuários, segundo a exigência de padrões mínimos de qualidade¹⁸⁷.

¹⁸⁵ JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Restrições Regulatórias à Concorrência**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 24-30.

¹⁸⁶ Dentre os autores que não comungam do entendimento acerca da não reserva de titularidade estatal frente aos serviços públicos. Dentre eles, encontram-se: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas**. 9ª edição. São Paulo: Atlas. p. 90-96; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 701-710; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 136-138; GRAU, Eros Roberto, **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 163-167; CRETELLA JR., José. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 145-148; JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de Serviços Públicos: Comentários nº 8.987 e 9.074, de 1995**. São Paulo: Dialética, 1996. p. 122-126; JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Restrições Regulatórias à Concorrência**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 49.

¹⁸⁷ SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre Iniciativa nos Serviços Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 264.

Quanto à superação do argumento da não-equidade entre os competidores - argumento este aqui já exposto¹⁸⁸ - o que se pode aduzir é que se justifica por meio das motivações outrora expostas, as quais podem ser sintetizadas pela viabilização da competição, em prestígio à dinâmica da livre iniciativa frente atividades dispostas a uma ambiência de liberdade econômica, em sua titularização.

Isto porque, repise-se, não há falar em reserva de uma atividade ao exclusivismo da titularidade ao ente estatal, caso a mesma não ostente razões para tanto¹⁸⁹, de tal modo que a titularidade pelos demais agentes econômicos reste impedida de ser exercida.

As ideias aqui desenvolvidas convergem a uma argumentação em prol da lógica de que a afetação de uma determinada atividade ao âmbito da exclusividade do Estado não decorre de ato aleatório, fruto do poder soberano do ente estatal. Ao revés, deve ser objeto de exaustiva fundamentação pelo Poder Público, frente às motivações que conduzam à interdição da titularidade, por direito próprio, à iniciativa privada, de forma a justificá-la

¹⁸⁸ A argumentação acerca da suposta ausência de isonomia entre os competidores, quando da introdução do regime de assimetria regulatória foi objeto de abordagem pelo presente estudo no capítulo inicial, em que se trouxe a discussão travada em sede da ADPF n. 139, a qual consta do nota de rodapé n. 25.

¹⁸⁹ SEIDENFELD, Mark. **Microeconomic Predicates to Law and Economics**. Cincinnati: Anderson Publishing Co, 1996. p. 39-46.

¹⁹⁰ É relevante para o presente debate, trazer à tona a discussão envolvendo o conceito acerca dos serviços de interesse econômico geral, já tratado anteriormente, mas que denota singular importância, sobretudo, no que diz respeito à superação da noção de exclusividade da titularidade estatal sobre serviços afetos à realização do interesse público, no sistema comunitário europeu. Conforme expõe Floriano de Azevedo Marques Neto, para que o Poder Público afete uma determinada atividade à categoria de serviço de interesse econômico geral, ainda que tal modalidade não se confunda com a classificação de serviço público, uma vez que outras características incidirão sobre a mesma, é certo que incumbe ao ente estatal demonstrar as razões que o conduziram a tal eleição, sob pena de ferir o regramento que vige no sistema de normas comunitárias, segundo o qual a regra seria a liberdade econômica para o exercício das atividades econômicas. Assim explica o autor: “*Outra premissa dos serviços de interesse econômico geral consiste na subsidiariedade pela qual se condiciona a intervenção estatal para aquelas hipóteses em que a atuação dos privados não seja suficiente para atender às necessidades coletivas. Há uma diferença substancial, portanto, com relação aos serviços públicos, cuja teoria se articula em torno da ideia de avocação estatal pela consideração de uma atividade como serviço público. Ainda por conta da nota da subsidiariedade, estão abrangidas no conceito de serviços de interesse econômico geral somente as atividades essenciais, as quais podem, inclusive, ser consideradas nos limites de cada etapa da cadeia econômica. (...)*

(...) Pelo exposto, fica claro verificar como o regime de liberdade econômica consiste no principal fundamento dos serviços de interesse econômico geral. Reconhecida como regra, a liberdade econômica apenas pode ser mitigada mediante a devida fundamentação do Poder Público tendo em vista o atingimento de finalidade pública. Nessa linha de exposição, coloca-se o ônus de motivação do Poder Público para caracterização de uma atividade como serviço de interesse econômico geral.” MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os Serviços de Interesse Econômico Geral e as Recentes Transformações dos Serviços Públicos. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). **Direito Público em Evolução: Estudos em Homenagem à Professora Odete Medauar**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 538.

É dizer: a regra é a liberdade de iniciativa na prestação das atividades econômicas, sendo a reserva ao regime de exclusividade estatal uma situação de excepcionalidade e, como tal, a demandar maior ônus argumentativo para o Poder Público, quando da caracterização de uma atividade como de titularidade exclusiva do Estado, impedindo-se também a titularidade pelos demais agentes econômicos - os quais somente poderiam figurar na qualidade de delegatários do Poder Público.

Por outro lado, não se pode olvidar os agentes econômicos que se lançaram à contratação com o ente estatal, tendo, inclusive, sido vencedores em disputas licitatórias. Nesse sentido, é preciso impedir que os mesmos se vejam, de uma hora para a outra, em um contexto de extrema desvantagem frente aos novos competidores, os quais ingressarão para a prestação de igual atividade, todavia, submetidos ao regime privado de exploração (*ordenatio*).

A questão que se coloca é justo em relação à disparidade de tratamento entre os antigos exploradores de uma atividade - afetos à incidência das regras de direito público (*publicatio*) - e a introdução de demais competidores, em evidente regime de assimetria de regimes.

De forma que se demanda cautela em sua adoção, bem como mecanismos jurídicos - tal qual o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos e a análise de impacto regulatório (AIR), conforme será tratado - aptos a lidar com o período de alteração na dinâmica de uma determinada atividade econômica.

Isso porque um agente econômico que tenha se candidatado a um procedimento licitatório e se sagrado vencedor, passa a explorar, legitimamente, uma determinada atividade. Para tanto, tal agente vale-se de uma série de provisões de investimentos a longo prazo e respectivas contraprestações, obrigando-se a deveres e possuindo legítimas expectativas frente às negociações com o ente estatal, as quais são materializados pela via da celebração do contrato administrativo¹⁹¹.

¹⁹¹ Segundo Floriano de Azevedo Marques Neto, a relação travada entre o concessionário e o Poder Público pode assim ser sintetizada: *“Há na concessão, desta feita, uma distribuição de direitos e obrigações, com estabelecimento de vínculo jurídico entre as partes envolvidas. E nesse vínculo o Poder Público não atua a partir de uma posição hierárquica, de autoridade, mas na condição de uma parte que, ao pactuar, confere direitos e exige obrigações dos demais envolvidos na relação contratual. Esse vínculo decorre do próprio âmago da concessão aqui tratada. Sendo um instrumento para a delegação de uma atribuição pública, a concessão traduz numa relação jurídica principal pela qual, como ocorre no mandato, o Poder Público transfere ao particular os poderes e os deveres relacionados com a utilidade pública. E parte desses deveres envolve direitos de terceiros, naquelas relações secundárias e reflexas referidas.”* MARQUES NETO. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 113.

Ocorre que, uma vez firmados tais compromissos recíprocos - entre ente público e particular, no bojo da outorga de um contrato de concessão, por exemplo, se se considerar na hipótese, a prestação de um serviço público - haverá uma legítima expectativa no sentido de que tal contratação seja perpetuada e cumpra-se até o advento de seu término¹⁹², via de regra.

Daí porque não se poderia cogitar que, repentinamente, o Poder Público viesse a alterar os contratos firmados outrora, até mesmo porque, embora os contratos administrativos sejam caracterizados pelas cláusulas exorbitantes e dotados da possibilidade de alteração unilateral, estas devem decorrer de expressa autorização legal, conforme dispõe a Lei Geral de Licitações e Contratos (L.8.666/93), cuja aplicação supletiva se dá frente aos contratos de concessão e permissão de serviço público¹⁹³.

O que não seria a hipótese de aplicação, no caso de introdução de novos competidores pela via do modelo de assimetria regulatória, por não constar do rol da referida legislação. Em assim sendo, defende-se aqui, para fins de manutenção de um ambiente de relativo equilíbrio no tratamento perante prestadores públicos e exploradores privados de uma mesma atividade, que seja empregado o mecanismo de reequilíbrio da equação econômico-financeira dos contratos¹⁹⁴, previsto nos termos da Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos).

Entende-se o conceito de reequilíbrio da equação econômico-financeira¹⁹⁵, como sendo a adoção de instrumentos de revisão das condições contratuais como, por

¹⁹² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 211.

¹⁹³ O dispositivo legal citado possui a seguinte redação: “Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei; III - fiscalizar-lhes a execução; IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese de necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo § 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado § 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.”

¹⁹⁴ MONCADA, Luís Cabral de. **Direito Econômico**. 6ª edição. Portugal: Coimbra Editora, 2012. p. 639.

¹⁹⁵ O instituto do reequilíbrio econômico-financeiro das contratações públicas visa justo ao retorno do *status quo ante* ao período originário de nascimento do contrato. Nesse sentido, a característica da comutatividade entre as parcelas das partes envolvidas deve-se a uma garantia de balanceamento prestacional, como afirmado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Ademais, pauta-se na equidade da contratação para fins de preservação dos interesses, sobretudo, do agente privado. Assim pontua o autor: “Nessas hipóteses, para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro contratual comprometido, sem rompê-lo, o administrado conta com os institutos do reajustamento e da revisão. O reajustamento, fundado no contrato e com a natureza consensual, e a revisão, fundada na equidade, extracontratual e pretoriana, cabível sempre que ocorrerem os pressupostos aludidos.”

exemplo, prazos e valores, aplicados à relação contratual, com vistas a se obter o retorno do *status quo ante*, ou seja, a situação econômica, inicialmente, prevista para o contrato. Trata-se, pois, de se reequilibrar o aspecto econômico previsto na relação contratual, para que a mesma não se distancie das condições e premissas originárias que ensejaram a contratação.

Assegura-se, assim, que os contratantes com a Administração Pública terão atendidas suas legítimas expectativas depositadas na pactuação com o Poder Público, garantindo-se o retorno financeiro esperado com os respectivos investimentos depositados para o desempenho de uma determinada atividade.

Nesse sentido, tem-se que a sistemática do reequilíbrio econômico-financeiro pode revelar-se como um mecanismo, disponível em sede do ordenamento jurídico pátrio, para atuar como restaurador das garantias previstas à contraprestação do explorador delegatário - que atua segundo o regime de direito público - na hipótese de se ter, quando do momento da introdução de outros prestadores, submetidos ao regime de direito privado, e ainda durante certo período - o qual somente a análise do caso concreto poderá demonstrar, faticamente, por quanto tempo far-se-á necessária.

Desse modo, verifica-se que o Poder Público teria de arcar com os custos desse reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos firmados com seus delegatários, no caso das atividades que sejam abertas à dinâmica da competição, preservando-se assim as garantias de retorno de investimento¹⁹⁶ despendidas pelos prestadores delegatários.

Até mesmo porque, a configuração inicial do ambiente de exploração, segundo o modelo de regulação simétrica, ou seja, sem a presença de demais competidores regidos por outro regime, que não o de direito público, é fruto da escolha política do próprio ente estatal ou da impossibilidade material anterior de se estabelecer um regime de multiplicidade de prestadores.

O reajustamento contratual que incidirá especificamente sobre cláusulas que expressem prestações financeiras sob a forma de preços ou de tarifas, é a solução para a correção de desequilíbrios que se situem dentro de uma razoável previsibilidade, como, por exemplo, os que decorrem da desvalorização da moeda ou do encarecimento de insumos. Assim, o reajustamento atinge apenas o preço, para reequilibrá-lo.

A revisão contratual incidirá sobre quaisquer cláusulas contratuais, como as que ajustem objeto, prazo e outras condições, sempre que, um insuportável ônus acrescido para uma das partes e um correspondente enriquecimento sem causa para a outra, decorram de eventos imprevisíveis, que alterem os pressupostos de fato de relevância econômica então existentes quando da formação do contrato. Assim, a revisão pode comprometer qualquer cláusula contratual, para o fim de reequilibrá-lo.

Em suma, o reajustamento atinge apenas o preço, como um dos elementos do contrato, ao passo que a revisão pode comprometer a totalidade do contratado.” **Curso de Direito Administrativo - Parte Introdutória, Parte Geral e Parte Especial**. 15ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 191-192.

¹⁹⁶ Cf.: JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos - Lei 8.666/1993**, 18ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1018-1022.

Terá, pois, a Administração Pública de incumbir-se de arcar com os custos decorrentes do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos firmados - antes da introdução de competidores submetidos ao regime privado -, na hipótese de transição para o modelo de assimetria regulatória, nos contextos em que vigia a exploração segundo uma unicidade de regimes jurídicos.

De tal forma que essa repercussão econômico-financeira, a qual seria suportada, única e exclusivamente, pelo agente econômico, uma vez operada a inauguração do ambiente de assimetria de regimes jurídicos, tem de ser atribuída à escolha do ente estatal, de outrora.

Deve-se ainda considerar a dimensão que tais repercussões representam aos particulares¹⁹⁷. Caso assim não o fosse, o cenário de contratação com o ente estatal seria de profunda insegurança jurídica, razão pela qual, propõe-se a concessão do instrumento do reequilíbrio contratual, com vistas a minorar tais distorções práticas.

Acrescente-se, por oportuno, que uma vez concedido o título habilitante da outorga da prestação pelo Estado ao delegatário da atividade, tal qual se dá com a dinâmica do serviço público, este tem de submeter-se a obrigações e deveres que terminaria, por assim dizer exigir, sobremaneira, do prestador delegatário, se comparado ao prestador autorizatário, o qual somente requer um consentimento do Poder Público sem, contudo, sujeitar-se aos imperativos¹⁹⁸ do regime de direito público.

No caso do serviço público, - hipótese esta aqui considerada para fins de enumeração dos referidos deveres públicos a ela correlatos – termina-se por acarretar ao prestador delegatário uma série de obrigações¹⁹⁹ inerentes à condição daquele serviço, qual seja, a de ser um serviço público e, portanto, implicar à criação de um direito subjetivo de exigência pelo indivíduo, frente ao poder estatal, quanto à oferta do mesmo. A título de ilustração, tem-se que a caracterização de uma atividade como serviço público, por se

¹⁹⁷ AMARAL, Diogo de Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. Vol. II, Coimbra: Almedina, 2014. p. 556.

¹⁹⁸ TORRES, Maíra Ayres. Serviço Público Líquido - A Lógica Residual do Estado Regulador. In: **Teoria do Estado Regulador**. GUERRA, Sergio. (Org.). Curitiba: Juruá, 2015. p.296-297.

¹⁹⁹ Impende reproduzir a nota de rodapé já aduzida em momento anterior do estudo para que se rememore as obrigações inerentes à exploração de um serviço público. Nesses termos, cabe citar novamente as lições de Maria Sylvia Di Pietro, ao dispor que: “O concessionário fica sujeito a todos os princípios pertinentes à execução de serviços públicos, em especial os da continuidade, mutabilidade do regime jurídico, igualdade dos usuários, além de outros indicados no art. 6º, parágrafo primeiro, da Lei n. 8.987/95, como requisitos para que o serviço seja considerado adequado.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas**. 9ª edição. São Paulo: Atlas. p. 80-83.

relacionar a um direito subjetivo do indivíduo, quanto à frui-la, deve atender às diretrizes de universalidade e de continuidade, por exemplo.

Desse modo, pensar que uma atividade tenha de ser ofertada de forma universal, a todas as categorias de usuários, bem como que a mesma tenha de ser ininterrupta, é obrigação que acarreta a seu prestador, certamente, elevados custos de manutenção e prospecção da atividade, de forma a atender uma gama indefinida de usuários²⁰⁰.

É o que se dá, por exemplo, no caso do serviço público de coleta urbana de lixo, ou mesmo no caso do serviço de saúde. É evidente que o tratamento instituído entre o prestador público e o prestador privado de uma mesma atividade revela-se díspar e, portanto, demanda do Estado compensações diante das distintas situações jurídicas.

Noutros termos, quando se cria um ambiente marcado pela assimetria regulatória, passando-se a conviver, lado a lado, prestador público e prestador privado, pode-se acirrar ainda mais a falta de isonomia conferida a tais espécies de prestadores de uma atividade que se relacione ao interesse público, sobretudo, se ambos passarem a competir, tal qual intenciona o modelo de assimetria regulatória.

Deste ponto é que resulta a maior preocupação por parte do regulador, qual seja, a acuidade para se aferir se diante de um determinado ramo econômico revela-se vantajosa a adoção do regime de assimetria regulatória ou não, sopesando eventuais excessos e ônus ao prestador público diante da situação jurídica do explorador privado, que passe a enquadrar-se em regime de desigual prestação.

O regime jurídico de direito público e o privado devem ser complementados dentro de um mesmo contexto exploratório de uma determinada atividade econômica, com vistas a se ter o estímulo à competição, aspecto este perseguido pelo presente estudo, em decorrência das razões expostas.

Acrescente-se ainda, que em matéria de regulação do ambiente assimétrico, o modelo que conduz a uma sustentabilidade tendente à perenidade é aquele que saiba diferenciar as obrigações entre os distintos exploradores, o público do privado²⁰¹.

²⁰⁰ Nesse sentido: MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Serviço Público, que Futuro?** Coimbra: Almedina, 2009. p. 123-126.

²⁰¹ Conforme tem sido objeto de abordagem pelo presente estudo, o que se está a sustentar é a manutenção de um ambiente de assimetria regulatória, em que se tenha a convivência entre os prestadores afetos ao regime de direito público, em diametral simetria ao regime de direito privado, ou seja, dentro de um mesmo contexto de exploração, contudo, sem que o tratamento seja uniforme a cada uma dessas modalidades de prestação. Dinorá Adelaide Musetti Grotti comenta essa possibilidade de convivência dual de regimes, tal qual já se operou frente ao setor de telecomunicações brasileiro, na seguinte passagem, ao diferenciar as modalidades de serviços de

Reconhecendo-se assim que cada uma dessas modalidades de prestadores cumpre funções distintas para o estabelecimento dos instrumentos regulatórios a serem empregados no contexto da assimetria de regimes jurídicos. Portanto, o que se pode cogitar, para que o modelo de assimetria regulatória venha a desenvolver-se com certa estabilidade é que as obrigações impostas aos exploradores afetos ao regime de direito público não se confundam com os deveres exigidos do prestador privado.

Em face dessa sustentação, o que aqui se propõe é que os exploradores submetidos ao regime jurídico de direito público possuam o dever de atendimento das obrigações decorrentes dos termos do contrato administrativo, que no caso dos serviços públicos, seriam as próprias características imputáveis aos serviços públicos, tais como o dever de universalidade, continuidade, modicidade de tarifa²⁰², já enunciadas.

Até mesmo porque, atuam como se Poder Público fossem, como verdadeiros delegatários, tendo em vista o título jurídico habilitante de outorga dos poderes de exploração, sendo uma atividade que, por direito próprio, o Estado possui titularidade.

Por outro lado, no que diz respeito à dinâmica de exploração pelos agentes econômicos, já se assentou que o modelo de assimetria regulatória pressupõe que tais particulares não ostentem a qualidade de delegatários, mas sim de autorizatários. Segundo a noção de que os mesmos possuem, por direito próprio, a possibilidade de exploração de tais atividades, tão somente demandando da Administração Pública o consentimento para tanto. Isto porque o direito à exploração é de titularidade inata, uma vez adotada a superação da

telecomunicações existentes, segundo o ordenamento jurídico brasileiro. Confira-se: “*Serviço de interesse coletivo é aquele cuja prestação deve ser proporcionada pela prestadora a qualquer interessado na sua fruição, em condições não-discriminatórias, observados os requisitos da regulamentação. São serviços abertos a todos e, por isso mesmo, submetidos a maiores condicionamentos legais e administrativos, objetivando atender aos interesses da coletividade. Os serviços de interesse restrito, caracterizados como de livre exploração, submetem-se apenas "aos condicionamentos necessários para que sua exploração não prejudique o interesse coletivo", devendo sempre ser prestados no regime privado (art. 62, parágrafo único). O serviço de interesse coletivo, que comporta prestação em regime público ou privado, tem algumas condicionantes (por exemplo, estar obrigado a dar interconexão a outro prestador) e vantagens (por exemplo, utilizar redes, infra-estrutura pública - art. 73 da LGT). Já o serviço de interesse restrito (art. 62), caracterizado como de livre exploração, está condicionado a que sua exploração não prejudique o interesse coletivo. Vê-se, aqui, reflexo da assimetria regulatória no que tange à classificação por abrangência para viabilizar as duas metas concomitantes adotadas pelo sistema jurídico: universalização e competição. Quanto ao regime jurídico de sua prestação, a Lei Geral de Telecomunicações contemplou os regimes público e privado (art. 63 da LGT), submetidos a níveis de regulação distintos.*” GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Regime Jurídico das Telecomunicações: Autorização, Permissão e Concessão. In: **Interesse Público - IP**. Belo Horizonte: Fórum. n. 12, ano 3, 2001. p. 3. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=51380>>. Acesso em: 7 dez. 2014.

²⁰² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 505-520.

noção de exclusividade estatal atribuída a tais serviços, conforme as premissas que guiam este estudo.

Nessa medida, sugere-se a adoção do modelo de desmembramento das fases de produção de uma determinada atividade, ou mesmo, a incorporação integral, e não somente em relação a uma das fases do processo produtivo, do regime de assimetria regulatória. Explica-se: as peculiaridades e a própria dinâmica da atividade em si é que determinarão qual será o modelo indicado para que a transição de um sistema de uniformidade de regime jurídico migre para outro de convivência com a dualidade de regimes jurídicos - público e privado.

Como dito, poderá adotar-se a conjugação simultânea de prestador público e explorador privado, ou então, cada qual vir a exercer uma etapa do processo produtivo da atividade, de modo que numa fase opere-se o regime de direito público e em outra, a regência seja pelo direito privado.

Pontua-se ainda, que as ditas peculiaridades ostentadas pelas atividades econômicas que se relacionem com o interesse público é que serão decisivas para a modelagem do regime de assimetria regulatória, ou seja, aquilo que se tem de ser preservado e garantido, dentro de tal modelo de prestação de atividade econômica.

Cite-se, mais uma vez, o ilustrativo caso do setor energético brasileiro, permeado por diversas etapas da cadeia produtiva, as quais são bem estanques e pré-definidas, o que, devido a tais características, auxilia para que o modelo de assimetria regulatória²⁰³, dentro de tal setor, dê-se diante de cada etapa do processo produtivo, verificando-se, ora a prestação conjunta entre prestador público e explorador privado, ora a prestação por somente um desses.

²⁰³ Leonardo André Paixão tece um breve quadro acerca do setor energético brasileiro, comentando o ponto aqui tratado, qual seja, a segmentação do processo produtivo do setor energético que, segundo o próprio autor: *“Este novo modelo de sistema elétrico está em vias de implementação, já que, apesar de boa parte das normas jurídicas necessárias estar estabelecida, ainda não ocorreu verdadeiramente a instauração de um regime de competição saudável, baseado em um grande leque de opções nas etapas da cadeia produtiva passíveis de competição (a geração e a comercialização). Há, inclusive, regras que determinam a transição, em futuro ainda um tanto distante, para um mercado varejista de energia elétrica, mas esta transformação exige que o mercado atacadista chegue a ser efetivamente implementado e funcione bem. Ressalvada esta implementação ainda incompleta, ao menos desde um prisma jurídico-institucional pode-se perceber que o novo setor elétrico brasileiro está estruturado com apoio em três pilares básicos: uma agência reguladora (a ANEEL), uma pessoa jurídica de direito privado encarregada principalmente de manter o sistema interligado de produção e transmissão em funcionamento (o ONS) e uma pessoa jurídica de direito privado encarregada de estabelecer e manter em funcionamento o mercado (...)”*. PAIXÃO, Leonardo André. Aspectos Jurídico-Institucionais do Setor Elétrico Brasileiro. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (Org.). **Direito Regulatório - Temas Polêmicos**. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 357.

Varia-se, então, conforme a estrutura da atividade, a conjugação integral ou fragmentada de suas fases produtivas, tratando-se como um bloco integrado de produção, segundo dois regimes jurídicos²⁰⁴, ou não, a depender da etapa analisada. Ou mesmo, caso não seja a hipótese de cisão de etapas dentro de um mesmo processo produtivo, poder-se-ia ainda cogitar de prestações simultâneas de atividades, de forma a alcançar públicos e demandas distintas.

Curioso exemplo a ser citado é a linha de ônibus de turismo desenvolvida em países europeus, como Portugal²⁰⁵. Muito embora sejam concorrentes diretas em termos de trajeto oferecido, as linhas que se destinam ao turismo, a despeito de percorrem igual traçado

²⁰⁴ O setor de telecomunicações foi o primeiro segmento de serviço público brasileiro a ser objeto de abertura à exploração da atividade privada, em que se verificou a manutenção de determinadas atividades ao regime de direito público, própria de um serviço público, todavia, possibilitando-se a convivência com o regime de direito privado, quanto a demais atividades. Proporcionando-se, assim, a exploração de regime público, em concomitância com a exploração de regime privado.

Assim pontuam Carlos Ari Sundfeld e Jacinto Arruda Câmara, ao se debruçarem sobre o setor: “*As telecomunicações foram liberalizadas, implantando-se um novo modelo de exploração assentado na liberdade de iniciativa privada, por força da qual os agentes econômicos é que devem identificar as necessidades e tendências dos consumidores - a seguir atuando, em clima de acirrada competição, para atendê-las. Não há mais, portanto, um planejamento estatal centralizado a indicar onde e quando serão instaladas redes de telecomunicações. Ao contrário, estas devem multiplicar-se, ao sabor da disputa capitalista, por empenho e ação de cada empresa interessada em entrar no mercado ou nele ampliar sua fatia.*” SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacinto Arruda. Reforma das Telecomunicações: O Problema da Implantação das Novas Redes. In: **Revista Interesse Público - IP**. Belo Horizonte: Fórum, ano 1, n. 2, 1999. p. 14. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=52009>>. Acesso em: 30.08.2015.

²⁰⁵ Portugal pode ser citado como um exemplo específico no qual um país se lançou na competitividade do setor de turismo como aposta para o incremento do referido ramo econômico. No caso do país europeu em questão, o Plano Estratégico Nacional do Turismo (PENT), levado a cabo pelo governo português passou a prever metas de ampliação do setor turístico, dentre as quais o incentivo à concorrência, ante a entrada de novos exploradores, em especial, os agentes privados, de modo que o Estado português manteve-se como regulador de tal segmento e não, como operador direto do mesmo. Destarte, a iniciativa privada além de contar com o fomento direto do governo português também experimentou a regulação direta do Estado ante a instituição de metas e incentivos ao segmento, com vistas a um panorama prospectivo de expansão.

Conforme apontado pelo próprio programa governamental, a dependência do setor de turismo às políticas públicas torna-se quase que residual, de forma que a iniciativa privada passa a desenvolver-se para fins de competitividade frente aos agentes econômicos privados entre si. Desse modo, o dinamismo que se pretendeu operar naquele país da Europa foi no caminho de serem perseguidas metas e diretrizes de competitividade do setor. Daí porque, o exemplo serve como uma luva para a hipótese aqui abrodada. No caso português, o setor de turismo, por exemplo, passou a permitir, ante a autorização de agentes privados, que estes passassem a operar ônibus de turismo para a vista panorâmica da cidade.

Ocorre, todavia, que tais ônibus operam linhas já existentes e que se encontram submetidas ao regime de direito público, ou seja, encontram-se em operação por parte do Estado português. Ora, no caso em tela, o que se pode observar é que uma mesma linha de ônibus, ainda que destinada a finalidades distintas operam em simultaneidade, pela via de agentes em plena concorrência. Dessarte, o exemplo sugere a introdução de um ambiente de assimetria regulatória no setor de transportes português, para fins de exploração do setor turístico daquele país, de forma que um mesmo segmento passa a operar de maneira híbrida, atendendo a públicos diversos e em condições também diferenciadas (tarifas, estrutura dos ônibus, itinerários etc). **Turismo 2020: Cinco Princípios para uma Ambição - Tornar Portugal o Destino Turístico mais Ágil e Dinâmico da Europa.**

Disponível em:

<<http://www.turismodeportugal.pt/Portugu%C3%AAs/turismodeportugal/destaque/Documents/turismo-2020-cinco-principios-para-uma-ambicao.pdf>>

Acessado em 29.11.2015. p.19.

geográfico, oferecem outra infraestrutura e facilidades a seus usuários. Razão pela qual, a iniciativa privada - exploradora de tais linhas de transporte dispõe de menor ingerência pelo Poder Público (universalidade de acesso, modicidade tarifária etc) -, podendo dispor de investimentos para fins de melhoria de tais serviços, visto que atende outra finalidade que não a de mobilidade urbana básica.

Assim, pode-se considerar que uma vez eleita a modelagem de assimetria regulatória pretendida, faz-se essencial a definição das respectivas obrigações e deveres que serão impostos a cada uma das modalidades de prestação da atividade envolvida, ou seja, as que serão relacionadas aos prestadores públicos e as que dizem respeito aos prestadores privados.

É justo na definição de tal ponto que reside o equilíbrio a ser obtido dentro do ambiente de assimetria regulatória, uma vez superado o reequilíbrio econômico-financeiro²⁰⁶. Portanto, conforme muito aqui já se frisou e volta-se a afirmar, a gama de obrigações atribuídas a cada modalidade de explorador não pode ser uniforme, tendo em vista cada regime jurídico em que se encontram afetados, dotado de especificidades.

Consoante a linha de raciocínio, pode-se considerar que diante dos prestadores de direito público, o que se teria seria a obrigação imposta ao prestador, no que concerne ao próprio dever de atendimento da coletividade, segundo o preenchimento das características específicas da atividade, que no caso dos serviços públicos, por exemplo, seriam as obrigações, tradicionalmente mencionadas como sendo as que individualizam os serviços públicos, distinguindo-os das demais.

No caso dos exploradores afetos ao regime de direito privado, pode-se considerar que os mesmos se encontrariam submetidos a uma dinâmica típica da de mercado, no desempenho de uma atividade econômica.

²⁰⁶ Marçal Justen Filho define o instituto da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro como sendo: “O equilíbrio econômico-financeiro significa a relação (de fato) existente entre o conjunto dos encargos impostos ao particular e a remuneração correspondente. (...)”

(...) O equilíbrio econômico-financeiro abrange todos os encargos impostos à parte, ainda quando não se configurem como “deveres jurídicos” propriamente ditos. São relevantes os prazos de início, execução, recebimento provisório e definitivo previstos no ato convocatório; os processos tecnológicos a serem aplicados; as matérias-primas a serem utilizadas; as distâncias para entrega dos bens, o prazo para pagamento etc. (...)”

(...) A tutela do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos destina-se a beneficiar a própria Administração. Se os particulares tivessem de arcar com as consequências de todos os eventos danosos possíveis, teriam de formular propostas mais onerosas. A Administração arcaria com os custos correspondentes a eventos meramente possíveis – mesmo quando incorressem, o particular seria remunerado por seus efeitos meramente potenciais (...).” JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos - Lei 8.666/1993**, 18ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1011-1013.

Todavia, não se pode olvidar, que sofrem as influências de uma regulação estatal específica, ou seja, cujo norte reside em balizá-la para que, ainda que dispostas em um regime de mercado, atendam, finalisticamente, à realização do interesse público²⁰⁷, em alguma medida.

Dessa orientação, conclui-se que os deveres de universalização da atividade desempenhada, continuidade na prestação do serviço, modicidade tarifária, tradicionalmente associados como características dos serviços públicos, devam ser imputados nos contratos de concessão firmados com os prestadores públicos delegatários de uma atividade.

Por outro lado, obrigações tais como adaptabilidade dos serviços às novas tecnologias, eficiência nos padrões de prestação devem ser direcionadas aos deveres impostos, via regulação do serviço em questão, pelos exploradores sujeitos ao regime de direito privado e, portanto, autorizatários da exploração de tais atividades. É de se frisar que, ainda que tais características não sejam atribuídas à gama de atividades classificadas como de interesse público, pode-se estabelecer aqui um paralelo entre os serviços públicos e as atividades relacionadas ao interesse público.

E esta é mais uma das propostas apresentadas pelo estudo, que mediante uma congruência entre as obrigações que devam ser observadas pelos delegatários de direito público dos serviços públicos, prevejam-se as mesmas atribuições aos prestadores de atividades vinculadas com a realização do interesse público, dada esta característica ímpar das mencionadas atividades.

É dizer: diante de um modelo de assimetria regulatória, tal qual proposto, considerando-se as peculiaridades de cada atividade - conforme frisado em momento anterior -, ter-se-ia o prestador delegatário público vinculado às obrigações de universalização da

²⁰⁷ Conforme já desenvolvido na nota de rodapé n. 15, o presente estudo parte da seguinte noção acerca do conceito de interesse público: *“A noção de interesse público empregada por esse estudo e que guiará todo o raciocínio da análise a respeito das atividades de interesse público e mesmo, acerca da própria compreensão do serviço público ao qual se encontra vinculada à realização do interesse público é aquela apresentada por Gustavo Binenbojm. Segundo o referido autor, o conceito de interesse público não pressupõe a realização de um interesse coletivo, mas pode sê-lo ou não, podendo até mesmo consistir na realização de um interesse individual, a depender do caso concreto, o que demandará a aplicação do método ponderativo de modo a aferi-lo, caso a caso. Nos termos da seguinte passagem, sintetiza o autor: “(...) Conclui-se que a expressão interesse público consiste em uma referência de natureza genérica, a qual abarca a ambos, interesses privados e coletivos, enquanto juridicamente qualificados como metas ou diretrizes da Administração Pública. Por conseguinte, o interesse público pode, num caso específico, residir na implementação de um interesse coletivo, mas também na de um interesse eminentemente individual (...)”*

(...) O reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais instituído pela Constituição e a estrutura maleável dos princípios constitucionais inviabiliza a determinação a priori de uma regra de supremacia absoluta do coletivo sobre o individual. (...) impõe ao legislador e à Administração Pública o dever jurídico de ponderar os interesses em jogo, buscando a sua concretização até um grau máximo de otimização.” BINENBOJM. Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo - Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.104 -105.

atividade²⁰⁸, de modo a abarcar uma gama de usuários sem distinção social, cuja prestação se dê de forma ininterrupta, sem que tal atividade careça frente à gama de atendidos.

Além do que a previsão segundo a qual tal serviço encontre-se dentro de um custo fixo e módico²⁰⁹, em atendimento aos padrões medianos de renda básica da população, a fim de que não se onere os usuários, assegurando-se sua efetiva fruição, sem, contudo, comprometer-se a subsistência básica da classe populacional menos provida de capacidade econômica.

Quanto a esse aspecto, uma vez que a agência reguladora²¹⁰⁻²¹¹ do setor quantifique aquilo que se entende por modicidade tarifária para que a mesma venha a ser adotada pelo delegatário do serviço público, deve tal concessionário submeter-se a tal

²⁰⁸ FARACO, Alexandre Ditzel; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; COUTINHO, Diogo Rosenthal. Universalização das telecomunicações no Brasil: uma tarefa inacabada. In: **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 2003. p. 13-14.

²⁰⁹ Como bem afirmado por Floriano de Azevedo Marques Neto, a temática envolvendo as tarifas dos serviços públicos concedidos é tida como uma das mais controvertidas em sede do Direito Administrativo brasileiro. Assim pontua o autor: “(...) *Três pontos, porém, merecem ser mencionados: (i) a importância da política tarifária e dos critérios de subsídios; (ii) os critérios para fixação do valor das tarifas e de sua revisão; (iii) o conceito de unidade fruível de serviço para fins de incidência tarifária (...)*”

Destacando o ponto que releva ao presente estudo, o autor apresenta os critérios para que o regulador obtenha a tarifa em padrões de modicidade, tal qual preceitua a legislação. Para tanto, abordar-se a metodologia de custos médios; a de custo completamente distribuídos; a de custo de reposição; a de custo de oferta; a de custo referenciado e, por fim, a de critérios por arbitragem.

Em suma, o que se pode concluir é qualquer que seja o método eleito, há de se pautar em critérios para a seleção de um *quantum* tido como módico para fins de fixação de tarifa, não podendo o mesmo pautar-se em escolhas arbitrárias ou não demonstradas empiricamente. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p.185-188.

²¹⁰ As características singulares das agências reguladoras residem na autonomia e independência conferida a tais entidades, de modo a incrementar a relação tripartite existente em sede de um determinado subsistema que seja objeto de regulação. Nesse sentido, Floriano de Azevedo Marques Neto preleciona que: “*A independência das agências constitui praticamente um elemento de sua definição. A razão para tanto não nos parece muito complexa. Dissemos há pouco que o surgimento destes órgãos coincide com um novo estágio da regulação estatal marcado pela separação entre o prestador de serviço essencial e o ente encarregado de regulá-la. Em se tratando de serviços ou atividades de relevância coletiva, de elevado impacto social, teremos sempre uma relação tripartida. Há i) o produtor da utilidade pública; ii) o seu consumidor; e iii) o Poder Público. A independência se põe, portanto, essencial para que o regulador possa exercer suas funções de forma equidistante em relação aos interesses dos regulados (...)*” MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras Independentes - Fundamentos e seu Regime Jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 67-68.

²¹¹ Digno de ressaltar as lições de Gustavo Binenbjom frente à temática da legitimidade pelo procedimento, a qual deve ser empregada a fim de se evitar a possível falta de legitimidade das agências na eleição das políticas regulatórias. Assim aborda o autor: “*Tal situação - de déficit de legitimidade - se agrava agudamente quando considerada a proliferação de autoridades administrativas independentes. É que os fundamentos de sua atividade costumam ser leis dotadas de elevado grau de vagueza, generalidade e abstração, que transferem aos administradores inúmeras decisões de cunho político (...)* (...) *No Brasil, a participação popular nas atividades das agências reguladoras encontra previsão, embora incipiente, nos dispositivos legais aplicáveis a determinadas agências (...)* Os mecanismos fundamentais de participação e controle social sobre a atividade administrativa são as audiências públicas, as consultas públicas e os conselhos consultivos.” BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 294-296.

balizamento legal a fim de atender a um conceito, por demasiado vago que a própria lei assim determina.

De outro lado, pode-se considerar que o prestador privado da atividade, na qualidade de autorizatário, não sujeito às normas de direito público, mas afeto a uma constante regulação sobre seu exercício, tenha de cumprir os deveres de adaptabilidade do serviço às novas tecnologias e à obtenção de um grau cada vez mais evolutivo de eficiência da prestação dos mesmos.

Frise-se, por oportuno, que esta compreensão acerca da eficiência do serviço a ser prestado abrange, para fins deste estudo, a maior oferta do serviço aos usuários e melhoria nos padrões da atividade prestada, segundo indicadores de satisfação dos próprios utentes e avaliações técnicas levadas a cabo pelas agências reguladoras²¹² dos respectivos subsistemas regulados²¹³.

Isto porque, resta muito mais esperado, em termos de viabilidade prática, que os agentes econômicos, dentro de uma lógica de mercado, afetos ao regime de competição consigam lograr tais deveres, do que o prestador público, ainda que por meio de uma pluralidade de exploradores públicos, sujeitos às normas de direito público.

Destarte, atender-se-ia, a um só tempo, segundo a composição narrada, a concretização dos direitos fundamentais, por meio da atuação do concessionário, em que o prestador público teria como obrigação primeira a oferta da atividade, ainda que, em um nível básico e padrão do serviço pretendido, ofertando-o à totalidade de indivíduos, sem privação de acesso dos mesmos, conforme o padrão de modicidade tarifária definido pela própria agência reguladora do setor - conforme já tratado.

Conjugada, por outro lado, à prestação pela iniciativa privada, por meio do prestador submetido ao regime de direito privado, em que o primado pelo padrão e qualidade do serviço seriam a busca constante desses exploradores. Possibilitando-se, nesse último caso, a fruição por uma parcela da população que não necessita ser contemplada com a

²¹² A sugestão do trabalho em questão é no sentido de se considerar que a agência reguladora do setor seria a instituição que deteria capacidade para tanto. Dito de outro modo, a mesma seria apta a dirimir tais conflitos, em especial quando se tem em foco a discussão entre direito do usuário do serviço e expectativas de amortização do investimento pelo particular, como se observa no caso das tarifas de serviços públicos. Isto porque, a agência reguladora, como adoção de um critério funcional para a eleição do ente mais capacitado para proceder a tal cálculo, tomando-se por base as premissas de Separação dos Poderes a qual se encontra erguida a República Federativa brasileira. GINSBURG, Tom. Written Constitutions and the Administrative State: on the Constitutional Character of Administrative Law. In: ACKERMAN, Susan Rose; LINDSETH, Peter L. (Eds.). **Comparative Administrative Law**. Cheltenham: Elgar, 2010. p. 117-127.

²¹³ GUERRA, Sérgio. Normatização por Entidades Reguladoras Independentes: Uma Contribuição para o Desafio da Tecnicidade. In: **Temas de Direito Regulatório**. GUERRA, Sérgio. (Coord.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p.27.

modicidade tarifária - sendo esta compreendida como o patamar aferido pela agência reguladora do setor, segundo critérios objetivos de cálculo, segundo indicadores da economia nacional, a depender de estudo técnico desenvolvido pelo agente capacitado a tal função²¹⁴.

Portanto, ter-se-iam os ganhos que o regime da liberdade tarifária imposta a um serviço poderia acarretar, tais como: a constante adaptação da atividade desempenhada à modernidade alcançada pela tecnologia, ou ainda a otimização das formas de prestação do serviço, por meio da elevação dos graus de eficiência, se considerada a obrigação de permanente amoldamento às inovações tecnológicas²¹⁵.

Até mesmo porque, a não limitação do preço a ser cobrado pela atividade desenvolvida - diversamente do que ocorre com o regime de direito público -, permitindo-se uma dinâmica de liberdade tarifária é um estímulo para que as atividades sejam aprimoradas e superem seu grau de formulação, segundo a os níveis de modernidade e inovação ofertados pelo mercado, dentro de um contexto de competitividade, dada a possibilidade de retorno de capital mais imediato ao agente explorador do serviço, frente aos recursos dispendidos.

III.4 - A Análise Regulatória a Longo Prazo como Mecanismo a ser Aplicado no Ambiente de Assimetria Regulatória

Tal como as normas jurídicas dentro de um determinado ordenamento jurídico encontram-se sujeitas à inadequação social em vistas do avançar proporcionado pelo

²¹⁴ Na mesma linha de discussões, deve-se ressaltar as ponderações levantadas por Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal, o qual propõe uma vigilância mais pormenorizada frente à incorporação de uma prática distorcida do tema das capacidades institucionais no debate constitucional brasileiro. Observe-se: *"No caso das capacidades institucionais, sem o comprometimento em torno das tarefas de coleta e processamento consistente de dados demandados e, posteriormente, de valoração das alternativas de decisão a partir daquele conjunto, a referência às capacidades de instituições em tensão pode levar à sustentação de teses banais, redundantes ou mesmo absurdas. As consequências dinâmicas, para usarmos um dos elementos do método, dessa prática são perversas. No primeiro caso, o argumento perde, sobretudo, em relevância; no segundo, em originalidade; no último, em confiabilidade."* ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O Argumento das Capacidades Institucionais entre a Banalidade, a Redundância e o Absurdo. In: **Direito, Estado e Sociedade**. n. 38, jan/jun 2011. p. 47.

²¹⁵ Quando o estudo aponta as inovações tecnológicas dentre as quais o setor poderia submeter-se, encontra-se a gama mais vasta de experimentos e *gadgets* a depender do setor de infraestrutura envolvido. Desde maquinários destinados a uma otimização do processo produtivo, até o processamento para fins de captação do produto ou serviço pelo destinatário final. A título de exemplificação, em se tratando dos setores de infraestrutura, as inovações tidas como mais relevantes podem ser elencadas como: captação de energia eólica, produção de energia fotovoltaica, VLT (veículo leve sobre trilhos), linhas de ônibus elétrico-híbridos, simuladores para a facilitação de manobra de embarcações de grande portes nos portos, dentre outras.

fenômeno evolutivo da sociedade²¹⁶, é praxe entre os especialistas do Direito Regulatório a citação de uma célebre frase, cuja autoria desconhece-se, na qual se afirma que assim como tudo que se encontra exposto ao tempo, “*as políticas regulatórias também envelhecem*”.

Desta feita, não seria diferente cogitar que, em um regime sujeito à experimentação do modelo de assimetria regulatória, tal vivência também tem de ser testada e aferida com o passar dos anos, ante o emprego de mecanismos aptos a tal aferição, tal qual a AIR (Análise de Impacto Regulatório)²¹⁷.

Conquanto a vivência regulatória brasileira, no mais das vezes, ostente um viés imediatista do que, propriamente, prospectivo²¹⁸, não se deve perder de vista os efeitos

²¹⁶ Traçando-se um paralelo da afirmativa segundo a qual as políticas regulatórias envelhecem e, portanto, são passíveis de substituição ao longo do tempo, até mesmo na seara do Direito Constitucional, em que se acreditava que as constituições possuíam a pecha da perpetuidade, passou-se a admitir o fenômeno da mutação constitucional. Nesse sentido, o paralelo que se está aqui a propor é o de que também nas políticas regulatórias, pode-se instituir uma finalidade central, a qual poderá ser objeto de mutação, com o passar dos tempos e diante das reações dos agentes econômicos de determinado setor, sem, contudo, desconfigurar-se o cerne da atuação do Estado frente à política econômica implementada. Inclusive, é relevante apontar que se as políticas regulatórias tendessem à perpetuidade, estar-se-ia a instituir uma obrigatoriedade intergeracional, ou seja, as escolhas de uma geração pesariam, sobremaneira, frente às novas gerações, sem que para tanto, houvesse mesmo legitimidade para tal manutenção.

Nas palavras do professor Luís Roberto Barroso, o que se pode extrair de similitude entre o fenômeno da mutação constitucional e o fenômeno da mutação das políticas regulatórias, encontra síntese na seguinte passagem: “*As Constituições têm vocação de permanência. Idealmente, nelas têm abrigo as matérias que, por sua relevância, e transcendência, devem ser preservadas da política ordinária. A constitucionalização retira determinadas decisões fundamentais do âmbito de disposição de maiorias eventuais. Nada obstante isso, as Constituições não são eternas nem podem ter a pretensão de ser imutáveis. Uma geração não pode submeter a outra aos seus desígnios. Os mortos não podem governar os vivos (...)*.” BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010. p.123.

²¹⁷ Um estudo promovido pela OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), tratou-se de reafirmar a relevância do manejo da Análise de Impacto Regulatório (AIR), notadamente, em ambientes regulados, com vistas à mais adequada aferição, ainda que de forma probabilística, ou mesmo diante das hipóteses de ausência de uma probabilidade mínima, quanto aos riscos decorrentes da atuação do regulador. Nesse sentido, expõe o trabalho produzido por aquela organização governamental: “*A fundamental determinant of the ability of RIA to contribute to improved regulatory quality is the breadth of its application. In principle, RIA should be applied to all regulatory instruments that potentially impose significant costs. At the same time, RIA should not be required in respect of relatively minor regulation, as it has limited ability to improve regulatory quality in such circumstances.*

Previous OECD work has emphasised that the most important benefits of RIA are likely to be obtained from its application to primary legislation, since it is here that the farthest reaching regulatory impacts are generally found. At the same time, the application of RIA to significant delegated legislation is also likely to be highly productive. The 2004 RIA inventory showed that, despite a considerable of broadening of the scope of RIA in recent years, there remains considerable divergences between OECD countries in this respect. Most countries now apply RIA to both primary and subordinate legislation. However, a very large minority applies RIA only at one or the other of these levels of legislation, with similar numbers of countries applying RIA to primary legislation only and to subordinate legislation only.” **Regulatory Impact Analysis: A Tool for Policy Coherence**.

Disponível em: <http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/regulatory-impact-analysis_9789264067110-en#page1>

Acessado em: 27.11.2015.

²¹⁸ Os riscos advindos de uma política regulatória não prospectiva pode conduzir a um cenário distorcido, razão pela qual o controle sobre a condução dos objetivos regulatórios revela-se mister no cenário atual, como elucida Floriano de Azevedo Marques Neto em: “*Por fim, há que se apartar o controle de metas (a priori) do controle*

negativos²¹⁹ decorrentes de uma política regulatória feita a toque de caixa - não atenta aos impactos de suas ações, o que pode aparentar amadorismo regulatório a nações que já

de limites (a posteriori). No primeiro caso, controla-se o regulador para assegurar que sua atuação esteja conforme com as metas e objetivos fixados nas políticas públicas do setor. No segundo, controla-se o regulador para impedir que ele transcenda os limites de atuação previstos na lei que lhe fixa as competências. Como já afirmado, no primeiro caso há um controle que se inicia no estabelecimento dos parâmetros de atuação do regulador, prossegue pelo acompanhamento concomitante de sua atuação e se consoma na verificação, no campo da prestação periódica de contas, do cumprimento daquelas metas adrede fixadas. Já no segundo caso, o controle assume característica marcadamente reativa, em regra provocada pela reação do interessado que sofra os efeitos de um ato exorbitante dos limites de competência ou incompatível com a finalidade da regulação.” MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Pensando o Controle da Atividade de Regulação Estatal. In: **Temas de Direito Regulatório**. GUERRA, Sérgio. (Coord.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 239.

²¹⁹ No caso de se operar uma determinada política regulatória, a prévia instauração de AIR sobre os efeitos daquele frente a um segmento regulado deve ser norteadada pela análise de custo-benefício. Todavia, o referido parâmetro não pode ser encarado de forma isolada, eis que demanda critérios mais delimitados e objetivos a fim de se proceder a uma efetiva aferição de eventuais perdas e ganhos diante de dado setor. Nesse sentido, o estudo desenvolvido pela OCDE e já mencionado em passagem anterior, aponta tal ressalva, conforme seleção do seguinte trecho: *“In practical terms, however, the extent to which BCA can be adopted in practice, and guide actual regulatory decision-making depends crucially on both the technical expertise available within regulatory agencies and on the assistance provided by regulatory reform bodies. BCA is the only methodology theoretically capable of answering the fundamental question posed by welfare economics – would a particular policy intervention provide net benefits from the point of view of society as a whole. Its practical ability to do so depends on the extent to which sound quantitative estimates of benefits and costs can be derived. As OECD (2006) points out, the formal adoption of BCA does ensure that the broadest possible approach is taken to RIA and therefore maximises the contribution of RIA to policy decision-making. However, given uncertainty and inadequate information, BCA must make underlying assumptions explicit and utilise tools such as sensitivity analyses in relation to the major variables. It must also ensure that quantitative and qualitative aspects of the analysis are appropriately integrated, so that factors that cannot be quantified are not effectively excluded from the analysis. The section BCA methodological elements includes a discussion of the issue of indirect valuation techniques that can be used to increase the degree of quantification achieved in BCA. The section on multi-criteria analysis below, discusses methodologies that can potentially assist in ensuring a better integration of qualitative and quantitative analysis and so enhance the ability of RIA to provide relevant and useful guidance to policy-makers in contexts in which major variables have not been able to be expressed in monetary terms.”* (...)

Mais adiante, o trabalho em questão salienta ainda que outros fatores devem ser analisados além do requisito da equação custo-benefício, cabendo ainda citar a dita análise de ponto de equilíbrio e a análise de custo efetivo, os quais seriam subcritérios da própria análise de custo-benefício. Observe-se: (...) *“A BEA is thus likely to be used when a new regulatory approach is being implemented and there is little or no basis in previous experience upon which to make estimates of likely effectiveness – or else past experience suggests that levels of effectiveness vary widely in ways that are not easily predictable. BEA receives surprisingly little attention in RIA guidance manuals, given the widespread recognition of the problem of predicting regulatory effectiveness. Arguably, the use of BEA to deal with this uncertainty represents an alternative, or supplement, to the conduct of sensitivity analysis and the limited attention given to BEA may be indicative of a preference for the sensitivity analysis approach.”*

(...)

“Cost-effectiveness analysis involves comparing a range of policy options in terms of the respective costs of achieving a given outcome (or benefits). Given the general acceptance, on the countries whose RIA guidance has been reviewed, of the OECD position that BCA represents the “gold standard” for RIA, it is unsurprising that CEA is put forward in many guidance documents essentially as either a supplementary or alternative methodology to be used in particular circumstances.” (...) **Regulatory Impact Analysis: A Tool for Policy Coherence.** Disponível em: <http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/regulatory-impact-analysis_9789264067110-en#page1> p. 74-75.

experimentam a regulação, desde longas datas - tais como os países europeus e a própria experiência norte-americana²²⁰.

É dizer: regular não importa em implementar uma política *x* ou *y*, desprovida da análise de seus efeitos. Ao revés, implica atuar em um constante jogo de incentivos aptos aos agentes, segundo um determinado contexto de atuação.

Pode-se considerar que uma análise pautada na aferição dos custos, aliado à pesquisa dos benefícios que a mesma pode resultar²²¹, diante de determinado setor - em que opere a assimetria de regimes jurídicos - não é uma questão de segundo plano, cuja prescindibilidade possa ser discutida, mas sim um debate de imperiosidade categórica para o desenvolvimento do setor.

Isto porque, o tratamento não isonômico imposto aos agentes pela via do sistema de assimetria regulatória, justificar-se-ia ante os ganhos²²² que o ambiente assimétrico poderia vir a representar, em se considerando as peculiaridades de determinada atividade econômica.

Caso a dinâmica de uma determinada atividade sugira que a não inserção da concorrência revelar-se-ia como o mais condizente com sua operação, não haveria razão, ao menos, de cunho prático, para se insistir na inserção do modelo concorrencial, dada a inviabilidade efetiva de sua introdução.

Mas também deve ser tido como um compromisso de responsividade social²²³ do agente regulador para com a sociedade, de um modo geral e não somente frente aos agentes econômicos e usuários, bem como demais participantes diretamente envolvidos do setor analisado. Noutros termos, o que aqui se está a sustentar é a própria legitimação da

²²⁰ MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico. A Intervenção do Estado na Economia à Luz da Razão Pública e do Pragmatismo**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 246-247.

²²¹ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 206-210.

²²² Tais ganhos podem ser entendidos não somente como os benefícios diretamente relacionados aos utentes das atividades econômicas - com maior demonstração de níveis de eficiência - este conceito compreendido para os fins desta dissertação, como a maior oferta do serviço aos usuários e melhoria nos padrões da atividade prestada, segundo indicadores de satisfação dos próprios utentes e avaliações técnicas levadas a cabo pelas agências reguladoras dos respectivos subsistemas regulados.

²²³ Paulo Todescan Lessa Mattos pontua que a participação social é imprescindível para fins de controle de política regulatória. Até mesmo porque, o cidadão-usuário - em se tratando dos serviços ofertados à coletividade que ostentem alguma relação com o interesse público - é o principal destinatário das medidas regulatórias aplicadas sobre os agentes econômicos. Nos seguintes termos, aborda o autor: *“A partir de uma análise constante da Constituição, é possível afirmar que a participação pública no controle da administração pública também passou a ser uma garantia constitucional. O parágrafo terceiro do artigo 37 da Constituição, introduzido pela Emenda Constitucional 19/998, prevê expressamente que devem ser disciplinadas em lei as formas de participação do usuário na administração pública.”* MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O Novo Estado Regulador no Brasil: Eficiência e Legitimidade**. São Paulo: Singular, 2006. p. 262.

política regulatória, já que a análise prospectiva da medida a ser implementada favorece os próprios mecanismos de controlabilidade²²⁴ dos atos regulatórios.

Explica-se: na esteira de uma política em prol dos mecanismos de *accountability*²²⁵, pensar em regulação prospectiva que, de antemão, já se possa vislumbrar, ainda que em termos de juízos de probabilidades e mensurações estatísticas, os efeitos resultantes e os riscos de implementação²²⁶ de uma dada medida é o maior resguardo ao qual

²²⁴ A preocupação frente à ausência de critérios mais rígidos quanto às tomadas de decisão, envolvendo o controle das escolhas perpetradas pelo administrador público, seja ele agente regulador ou não é o cerne dos debates atuais. Preocupação maior esta que se revela pertinente em um cenário de regulação, visto que as medidas implementadas além de revestidas de robusta fundamentação, devem demonstrar, de algum modo, os efeitos prospectivos de sua efetivação. Destaca-se nessa seara, o trabalho de José Carlos Vieira de Andrade, conforme pode-se verificar pelo seguinte trecho: *“Mais difícil será delimitar as fronteiras da insuficiência formal da fundamentação. A declaração do agente deve mostrar que este fez uma aplicação da lei, efetuando as verificações, avaliações ou ponderações adequadas à realização do interesse público posto a seu cargo. A dificuldade está em definir o que seja o esclarecimento concreto e suficiente de um discurso que pretende justificativo e, especialmente, em distinguir isso da legitimidade substancial da deliberação decisória expressa nesse discurso. Se há em regra falta formal de fundamentação quando a administração se limita a remeter para os conceitos legais que definem os pressupostos ou condições de intervenção administrativa, ou quando indica conceitos vagos ou meros juízos conclusivos para relatar os interesses por que se motivou, já o mesmo se não poderá dizer de qualquer deficiência, detectada através da declaração, na consideração (totalidade) das circunstâncias relevantes para a solução do caso, pois que para ir tão longe se torna necessário um juízo de fundo para o acto.”* VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **O Dever de Fundamentação Expressa de Actos Administrativos**. Lisboa: Almedina, 2003. p. 237.

²²⁵ A origem do tema remonta ao Direito Norte-americano e encontra certo empecilho quanto a uma tradução literal que contemple de forma mais ampla seu significado. Nesse sentido, José Antonio Gomes de Pinho e Ana Rita Silva Sacramento abordam a questão com propriedade, note-se: *“Vinte anos se passaram desde que Anna Maria Campos expôs sua angústia sobre a ausência do conceito e, conseqüentemente, de uma palavra que, no dicionário da língua portuguesa, traduzisse com perfeição o significado de accountability¹. Na oportunidade, a estudiosa indicou que a possibilidade de tornar a administração pública brasileira accountable estava diretamente relacionada às chances das seguintes ocorrências, as quais, como podem ser verificadas, guardam certa interdependência e estão diretamente relacionadas à democracia: a) organização dos cidadãos para exercer o controle político do governo; b) descentralização e transparência do aparato governamental; e c) substituição de valores tradicionais por valores sociais emergentes (Campos, 1990:48). Aliás, a angústia de Campos é ainda mais antiga, pois, como ela mesma relata, se iniciou em 1975, período em que cursando o master of public administration, nos EUA, ouviu pela primeira vez a palavra accountability. Como se sabe, naquele período se vivia no Brasil o auge da ditadura, terreno infértil para brotar qualquer accountability e onde a primazia era a luta contra o estado autoritário. Quando a autora finalmente conclui seu trabalho, em 1988, o qual geraria a publicação do famoso artigo no Brasil em 1990, o país desfrutava de ventos mais democráticos, uma vez que o regime militar já havia sido encerrado, mas muito longe ainda de qualquer prática efetiva de accountability, conforme demonstrou seu estudo. Observa-se, desde então, que o cenário político brasileiro mudou substancialmente: uma nova Constituição Federal foi elaborada, a democracia se consolidou e reformas no aparelho do Estado foram empreendidas com a promessa de tornar a administração pública mais eficiente e, inclusive, mais controlável. Paralelamente, no meio acadêmico, uma imensa literatura tem sido produzida no intuito de analisar e compreender os impactos de tais mudanças no tecido social, bem como suas contribuições para viabilizar pelo menos uma aproximação do conteúdo do conceito da accountability com a realidade da administração pública brasileira. Nesses estudos, a palavra accountability tem sido comumente traduzida como “responsabilização”.* PINHO, José Antonio Gomes de; CAMPOS, Ana Maria Rita Silva Sacramento. **Accountability: Can We Now Translate It Into Portuguese?** Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122009000600006> Acessado em: 06/12/2014. p. 2-3.

²²⁶ BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: Rumo a uma Outra Modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. 2ª edição. São Paulo: Editora 34, 2011. p.75-77.

a sociedade²²⁷ pode ancorar-se. A fim de evitar oscilações em determinado contexto e buscar-se responsabilizar as consequências de uma política não bem sucedida, ainda mais quando se trata de atividades afetas à seara econômica.

No entanto, deve-se frisar que em hipóteses nas quais não seja possível a mensuração, ainda que em probabilidade²²⁸, dos eventuais riscos e/ou benefícios²²⁹ advindos de uma determinada política regulatória, a opção deva ser pela sua não adoção, na esteira do que sugere o Princípio da Precaução²³⁰, já aplicável em demais ramos do direito, como o Direito Ambiental.

²²⁷ O emprego dos índices de *accountability* frente às instituições tem sido mundialmente propagado como o mecanismo mais apto, até o presente momento, de se assegurar os interesses dos investidores e a garantia da competitividade nos setores econômicos. Nessa linha, Xavier Vives comenta a importância dos instrumentos de prestação de contas diante de setores que exijam especial cuidado, tal como o sistema bancário, cuja forte exposição ao dito risco sistêmico revela-se como um grande desafio. De modo que *accountability* e competição dos mercados seriam elementos dependentes entre si para a dinâmica dos mercados. Segundo o autor: “*The introduction of competition in banking has been accompanied by policies to control risk tanking trough capital requirements, encouraging banks to rely on their own internal models to assess and control risk, and including disclosure requirements for financial institutions in order to increase transparency and foster Market discipline (...)*” VIVES, Xavier. **Competition Policy in Banking**. p.13. Disponível em: <https://www.law.northwestern.edu/research-faculty/searlecenter/workingpapers/documents/Vives_CP_in_banking_Oxrep.pdf> Acessado em: 20.04.2015.

²²⁸ A despeito de se tratar aqui que a opção pela agência como a instuição capacitada para fins de eleição da medida regulatória ou da prática sobre determinado setor, não se pode deixar de considerar que há hipóteses de total incerteza de atuação, daí porque a postura sugerida nos termos do presente estudo é pela inação. Frente a tais casos, Adrian Vermule pontua da seguinte maneira: “*So too with inconsistency. It is a stock problem in administrative law whether and to what extent agencies have an obligation of consistency, across cases or rules, in the reasons they give and the legal interpretations they offer (Givati and Stephenson 2011). There is nothing unique to uncertainty in such cases. If and to the extent that agencies have an obligation of consistency across cases and decisions, then that obligation should extend to the choice of assumptions for uncertainty, but the issue is a far broader one.*” VERMULE, Adrian. **Rationally Arbitrary Decisions**. In: Administrative Law, March 25, 2013, Harvard Public Law. p.19. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2239155> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2239155>> Acessado em: 29.11.2015.

²²⁹ Cf.: RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 223-226.

²³⁰ Nos termos da Declaração de Wingspread, em que se convencionou a adoção do Princípio da Precaução como norteador da atuação seja para o Poder Público ou pelos agentes econômicos, notadamente, em matéria ambiental, assentou-se que: “*The release and use of toxic substances, the exploitation of resources, and physical alterations of the environment have had substantial unintended consequences affecting human health and the environment. Some of these concerns are high rates of learning deficiencies, asthma, cancer, birth defects and species extinctions; along with global climate change, stratospheric ozone depletion and worldwide contamination with toxic substances and nuclear materials. We believe existing environmental regulations and other decisions, particularly those based on risk assessment, have failed to protect adequately human health and the environment - the larger system of which humans are but a part. We believe there is compelling evidence that damage to humans and the worldwide environment is of such magnitude and seriousness that new principles for conducting human activities are necessary. While we realize that human activities may involve hazards, people must proceed more carefully than has been the case in recent history. Corporations, government entities, organizations, communities, scientists and other individuals must adopt a precautionary approach to all human endeavors. Therefore, it is necessary to implement the Precautionary Principle: When an activity raises threats of harm to human health or the environment, precautionary measures should be taken even if some cause and effect relationships are not fully established scientifically. In this context the proponent of an activity, rather than the public, should bear the burden of proof. The process of applying the Precautionary Principle must be open, informed and democratic and must include potentially affected parties. It must also involve an examination of the full range of alternatives, including no action.*” Wingspread

Daí porque a insistência do presente estudo em reafirmar a noção de que a familiarização do agente regulador para com as técnicas e o instrumental proporcionado pela Análise de Impacto Regulatório (AIR)²³¹, como mecanismo de revisitação que as políticas regulatórias demandam, notadamente, nos contextos de atividades econômicas²³² que puderam vivenciar a introdução do modelo de assimetria regulatória.

Até mesmo a decisão pela inserção do caráter assimétrico em certo nicho de serviço público pode representar distorções e consequências²³³ das mais não desejáveis²³⁴, na hipótese de sua introdução ter-se dado de forma inadequada.

Statement on the Precautionary Principle, January, 26, 1998. Disponível em: <<http://www.sehn.org/wing.html>> Acessado em: 29.11.2015.

²³¹ Vale registrar as contribuições de Patrícia Pessoa Valente acerca do instituto da Análise de Impacto Regulatória e seu emprego no atual cenário da regulação, tomando-se por base o emprego das análises de custo-benefício e de custo-efetividade. Confira-se: *"A separação em diferentes métodos apenas foi realizada para fins didáticos, uma vez que a utilização de um método não exclui a adoção numa mesma análise de impacto regulatório, de outro. Ao contrário, em geral se recomenda a utilização de um conjunto de métodos em razão da complexidade dos problemas existentes na sociedade. (...)*

(...)

Em todos os casos, o objetivo é avaliar os custos para todas as partes envolvidas e assegurar que a totalidade dos benefícios sempre ou, ao menos, justifique a totalidade dos custos impostos com a decisão regulatória. A análise de custo-benefício oferece um mecanismo para que essa equação seja alcançada e, por isso, é caracterizada como uma análise quantitativa dos efeitos da regulação.

(...)

As limitações da análise de custo-efetividade são responsáveis por impedir que ela aponte a medida regulatória ótima (eficiente). Isto é, considerando que as medidas por custo de unidade de benefício encontradas a partir da análise realizada refletem tanto os efeitos positivos quanto os negativos de uma medida regulatória e apresentam um guia do desempenho de medidas diferentes, elas não são suficientes para instruir a tomada de decisão do agente regulador. Este deve usar essas medidas em conjunto com sua própria valoração dos objetivos da medida regulatória que será selecionada. De fato, um teste, ainda que implícito, de custo-benefício deverá ser realizado a fim de selecionar a medida que melhor se adéque ao interesse público."

VALENTE, Patrícia Pessoa. **Análise de Impacto Regulatório - Uma Ferramenta à Disposição do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 92-97.

²³² FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 243-246.

²³³ Pode-se afirmar que Douglas North trata de revisitar o tradicional Teorema de Coase, o qual propugna que somente quando os custos de transação são nulos, decorrente das negociações entre os particulares é que os mercados revelam-se eficientes, ou seja, o mercado privado logra a eficiência por si só. Ante tal premissa, Douglass North salienta que quando há custos de transação em dado setor, as instituições atuam no sentido de reduzi-los. Nesse sentido, as políticas regulatórias tem o dever de buscar a redução de tais custos de transação. A fim de exemplificar a hipótese, Douglass North salienta que: *"Os custos de transação surgem devido ao custo de se mensurar as múltiplas dimensões valorizadas incluídas na transação (geralmente os custos de informação) e devido ainda aos custos de execução contratual. A informação não só é cara como também incompleta, e o cumprimento de contratos não só é caro como imperfeito. As instituições e organizações eficazes podem reduzir os custos de cada transação, de forma a obter uma parcela maior dos ganhos potenciais de cada interação humana(...)."* NORTH, Douglass Cecil. **Custos de Transação, Investimentos e Desempenho Econômico**. São Paulo: Instituto Liberal, 1994. p. 19-20.

²³⁴ Os mais severos críticos frente à criação de um ambiente de assimetria regulatória apontam o a afronta à isonomia entre os distintos prestadores da atividade como sendo a marca mais nociva de tal regime, por terminar favorecendo um ambiente de extrema deslealdade concorrencial.

Tese esta, inclusive, que foi objeto de discussão na ADPF 139, apreciada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), na qual se discutiu a constitucionalidade, via controle abstrato, do dispositivo 5º, da Lei 9.882/99, proposta pela ABRATEC (Associação Brasileira dos Terminais de Contêineres de Uso Público), em relação às autorizações concedidas, no cenário de assimetria regulatória inaugurada em sede do setor portuário. Destaque-

Por assim sugerir que, a sutileza do regulador ao detectar o momento e a medida oportunos é senão a mais delicada das tarefas, talvez a própria razão de se ter deslocado a escolha da política regulatória a um ente dotado de capacidade, para além do casuismo político.

Na esteira das considerações até o presente momento desenvolvidas, o que se pode considerar é que a verificação *ex ante* da introdução do modelo assimétrico diante de um determinado setor econômico, em que opere o regime de simetria regulatória- pela via do AIR ou de outro mecanismo que faça suas vezes - é a demonstração de comprometimento por parte do agente regulador para com os interesses dos agentes diretamente envolvidos, os quais não serão expostos a cenários de volatilidade, bem como de insegurança jurídica.

Além do que representa, em certa medida, o asseguramento à sociedade de um instrumental de controle²³⁵ dos atos regulatórios praticados, os quais poderão ser objeto de questionamento e invalidação, *a posteriori*, uma vez evidenciadas as próprias demonstrações que possam vir a ser desenvolvidas no bojo de um estudo de análise prévia de impactos da regulação implementada.

se o seguinte trecho da exordial do proponente daquela ação de controle abstrato, no qual se pode ter a exata noção a respeito dos argumentos pelos mesmos veiculados: “*A partir de todas essas premissas, a conclusão a que se chega é a de que o sistema normativo não admite a noção de competição direta entre os terminais de uso público e os de uso privativo.*

(...)

Isso significa a existência de encargos muito severos recaindo sobre os operadores de terminais de uso público.

(...)

Como foi demonstrado acima, os terminais de uso público desempenham serviço público. Trata-se de imposição constitucional que haja a prestação de serviços públicos portuários, sob regime de direito público. Isso porque tais serviços são relacionados à promoção de garantias fundamentais e outros valores de interesse nacional.

Na medida em que se institua concorrência predatória com terminais privativos, aqueles valores que a Constituição Federal pretende garantir serão comprometidos. Os terminais de uso público não terão condições de manter suas atividades e de continuar prestando seus serviços segundo aqueles postulados.

(...)

Eventual aumento das tarifas dos terminais de uso público ou a redução da atividade destes obrigará aqueles usuários a buscarem terminais privativos de uso misto de propriedade de terceiros. Tais terminais, entretanto, não serão obrigados a movimentar as suas cargas. Nem lhes assegurarão as condições de continuidade, regularidade, modicidade tarifária e isonomia próprias do regime de direito público.” Supremo Tribunal Federal. ADPF-139/DF; Brasília, DF. 11/03/213. Min. Relator: Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=139&processo=13>>

Acessado em: 13.12.2014.

²³⁵ Para Marcos Juruena, o controle social dos atos regulatórios pode revelar-se como verdadeira condição de validade dos mesmos. Veja-se: “*Frise-se que a consulta específica a tais grupos (além de lhes ser facultada a participação em audiências públicas) pode representar condição de validade e /ou legitimidade da norma regulatória.*

Afinal, não há como se presumir legítima a atividade regulatória se não resulta de uma ponderação entre os interesses em tensão, publicamente revelados e sopesados. Daí a proposta de ser obrigatória a manifestação do controle social pela via da participação”. SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 356.

O aludido mecanismo de estudo prévio de impactos regulatórios resguarda, a um só tempo, os agentes econômicos e a sociedade, amplamente considerada. Por assim dizer, a Análise de Impacto Regulatório (AIR), dada a similitude de nomenclatura, em muito também se assemelha na essência, ao EIA (Estudo de Impacto Ambiental), pertencente à seara do Direito Ambiental²³⁶.

Por tais análises de impacto, o que se tem como cerne das discussões é a previsibilidade, ainda que remota, dos possíveis efeitos colaterais de inserção de uma determinada medida, seja ela regulatória ou ambiental, nos contextos do Direito Regulatório ou do Direito Ambiental, em que tal estudo seja empregado.

Esses mecanismos referidos encontram-se à disposição de uma visão acerca do possível impacto a ser produzido, de caráter preventivo e não, voltado à reparação, *a posteriori*, visto que essa, via de regra, determinadas situações podem não comportar o retorno do *status quo ante*, como muito se observa tanto nos contextos de política regulatória, quanto em se tratando de querelas envolvendo as questões ambientais.

²³⁶ Nos termos da Resolução CONAMA n. 1/1086, pode-se aferir que o EIA/RIMA apresenta um procedimental todo específico para fins de elaboração do estudo ambiental levado a cabo. Vale a transcrição do referido ato normativo, a fim de que seja possível sugerir que a AIR apresenta-se como um estudo destinado à criterização do setor, tal qual já vem sendo empregado no ramo ambiental. Nesse sentido, dispõe a resolução: “Artigo 5º - O estudo de impacto ambiental, além de atender à legislação, em especial os princípios e objetivos expressos na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, obedecerá às seguintes diretrizes gerais: I - Contemplar todas as alternativas tecnológicas e de localização de projeto, confrontando-as com a hipótese de não execução do projeto; II - Identificar e avaliar sistematicamente os impactos ambientais gerados nas fases de implantação e operação da atividade ; III - Definir os limites da área geográfica a ser direta ou indiretamente afetada pelos impactos, denominada área de influência do projeto, considerando, em todos os casos, a bacia hidrográfica na qual se localiza; IV - Considerar os planos e programas governamentais, propostos e em implantação na área de influência do projeto, e sua compatibilidade. Parágrafo Único - Ao determinar a execução do estudo de impacto ambiental o órgão estadual competente, ou o IBAMA ou, quando couber, o Município, fixará as diretrizes adicionais que, pelas peculiaridades do projeto e características ambientais da área, forem julgadas necessárias, inclusive os prazos para conclusão e análise dos estudos. Artigo 6º - O estudo de impacto ambiental desenvolverá, no mínimo, as seguintes atividades técnicas: I - Diagnóstico ambiental da área de influência do projeto completa descrição e análise dos recursos ambientais e suas interações, tal como existem, de modo a caracterizar a situação ambiental da área, antes da implantação do projeto, considerando: (...) II - Análise dos impactos ambientais do projeto e de suas alternativas, através de identificação, previsão da magnitude e interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando: os impactos positivos e negativos (benéficos e adversos), diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazos, temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade; suas propriedades cumulativas e sinérgicas; a distribuição dos ônus e benefícios sociais. III - Definição das medidas mitigadoras dos impactos negativos, entre elas os equipamentos de controle e sistemas de tratamento de despejos, avaliando a eficiência de cada uma delas. IV - Elaboração do programa de acompanhamento e monitoramento (os impactos positivos e negativos, indicando os fatores e parâmetros a serem considerados. Parágrafo Único - Ao determinar a execução do estudo de impacto Ambiental o órgão estadual competente; ou o IBAMA ou quando couber, o Município fornecerá as instruções adicionais que se fizerem necessárias, pelas peculiaridades do projeto e características ambientais da área. Artigo 7º - O estudo de impacto ambiental será realizado por equipe multidisciplinar habilitada, não dependente direta ou indiretamente do proponente do projeto e que será responsável tecnicamente pelos resultados apresentados.”

De mais a mais, a pormenorização de um estudo prévio e detalhado apontando para certas tendências colaterais dos efeitos das medidas que se intencione implementar, sejam estes positivos ou negativos, diante de determinado setor, vai ao encontro da celebração de um pacto compromissório para com as obrigações devidas à própria coletividade de usuários. Em última instância, é aquela a destinatária final das atividades, notadamente, daqueles que apresentem algum grau de relação ou de efetivação do interesse público, os quais são objeto de destaque por este estudo.

Em assim sendo, tem-se que ainda que paire certa divergência quanto à instituição do regime de assimetria regulatória, dado o tratamento não isonômico que o mesmo opera frente aos exploradores de uma atividade, diante de determinado contexto; já se assentou no presente estudo que os direitos e as garantias, embora fundamentais, são passíveis de mitigações²³⁷.

Portanto, mais um argumento milita a favor do emprego do instrumental da Análise de Impacto Regulatório (AIR) a fim de corroborar a validade do regime de assimetria regulatória, qual seja, o de que a demonstração empírica e não somente argumentativo-teórico ou de viés meramente hermenêutico- interpretativo do texto constitucional, como sendo um indicativo em prol da adoção do modelo de assimetria regulatória, em searas econômicas específicas.

Nestes termos, a demonstração empírica que o estudo prévio pode proporcionar representa um argumento mais do que apto à opção pela transição de um contexto de simetria para o de assimetria regulatória, eis que sua efetivação no plano prático incrementa a argumentação para além da viabilidade jurídica e da validade constitucional, que se situam no debate teórico da temática tratada pelo estudo.

Ressalte-se, por oportuno, que é possível deparar-se com hipóteses nas quais não seja possível a mensuração de riscos²³⁸ e/ou benefícios (como, por exemplo, diante de situações de desconhecimento dos efeitos de uma determinada medicação para fins de terapia

²³⁷ O estudo aqui desenvolvido tenta enfrentar a linha argumentativa daqueles que defendem que o *discrímen* operado frente aos exploradores de uma determinada atividade econômica que não se encontram em uma regime de competição, tal qual ocorrido com os exploradores sujeitos ao regime de direito público seria um ônus excessivo, se comparado aos ganhos que o ambiente de assimetria regulatória poderia proporcionar. Ocorre, todavia, que ainda que se argumente segundo premissas de ordem interpretativa das normas jurídicas, o que se está aqui a defender é justo que o emprego de instrumentos de análise de impacto sobre determinado setor é que proporcionará a mais fidedigna aferição de uma avaliação segundo custos e benefícios, ou seja, se a instituição da assimetria regulatória seria ou não vantajosa e quais seriam tais vantagens (se tidas como desejáveis pelo regulador, encarnando as próprias demandas sociais), a superar eventuais desvantagens.

²³⁸ BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: Rumo a uma Outra Modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. 2ª edição. São Paulo: Editora 34, 2011. p.239-245.

de uma doença; uso de transgênicos para a saúde humana, a longo prazo; efeitos decorrentes de intervenções humanas em determinados biomas etc).

Ainda assim, tratar-se-á de uma experimentação empírica de alguma conclusão por parte do AIR. Isto porque tal conclusão poder ser até mesmo a opção pela não adoção da medida, nos termos da regra da precaução²³⁹, concluindo-se pela própria não execução do projeto pretendido, diante de cenários de incerteza pelo regulador.

Representa, portanto, um ponto a favor da viabilidade prática de conjugação da dualidade de regimes, sem olvidar, todavia, as possíveis consequências que o referido modelo poderia acarretar ao desenvolvimento do setor, como um todo; no qual as peculiaridades do ramo econômico envolvido é que determinarão a validade ou não, de se optar pela assimetria regulatória.

²³⁹ A opção pela adoção da precaução, seja esta compreendida como princípio ou regra do direito - discussão esta que não releva para fins do presente estudo - segue a direção da linha argumentativa desenvolvida por David B. Resnik, o qual trata acerca da cientificidade do emprego da precaução ante a formulação da tomada de decisão, em especial, pelo agente regulador, frente às mais variadas situações sociais. Daí porque a necessidade de parametrizar-se a aplicação da precaução, de modo que as decisões não sejam tomadas de forma irracional ou sem embasamento. Segundo o autor, o emprego da precaução deve ser norteado por critérios, os quais resumir-se-iam em: *"These familiar epistemic criteria for theory acceptance can also play a role in assessing the plausibility of hypotheses and theories.4 The following are some epis- temic criteria that may be useful in assessing the plausibility of threats addressed by PP: Coherence. The hypothesis should be consistent with and supported by our back ground knowledge and theories. If a hypothesis requires us to reject widely accepted scientific theories and facts, then it is not plausible. Explanatory power. The hypothesis should be able to explain important facts and phenomena. Hypotheses that have no explanatory power are not plausible. Analogy. The hypothesis should posit causal mechanisms or processes that are simi- lar to other well-understood mechanisms and processes. A hypothesis that posits radically new and unfamiliar mechanisms and processes lacks plausibility. Precedence. Events posited by the hypothesis should be similar to previously observed events, which set an historical precedent for the hypothesis. Precision. The hypothesis should be reasonably precise. Although there are limits to precision in science, a hopelessly vague hypothesis should not be regarded as plausible. Simplicity. The hypothesis should be parsimonious. Recondite and complex hypotheses are not as plausible as parsimonious ones."* RESNIK, David B. **Is the Precautionary Principle unscientific?** Stud. Hist. Phil. Biol. & Biomed. Sci, n. 34, 2003.

Disponível

em:

<[http://www.researchgate.net/publication/222844415 Is the Precautionary Principle Unscientific](http://www.researchgate.net/publication/222844415_Is_the_Precautionary_Principle_Unscientific)> Acessado em: 26.11.2015. p. 339.

Capítulo IV

O Modelo de Assimetria Regulatória Aplicado ao Setor de Infraestrutura Aeroportuária Brasileira

O capítulo que se inaugura abordará a dinâmica do setor de infraestrutura aeroportuária, segundo o modelo instituído pelo ordenamento jurídico brasileiro e o novo regime dos ditos aeroportos autorizados, que se busca implantar, aos quais aqui se pretende conferir um tratamento mais detalhado.

Inicialmente, apresentar-se-á o modelo tradicional de concessão dos aeroportos civis, em que a participação da iniciativa privada dá-se por meio dos títulos jurídicos habilitantes de concessão para fins de administração do bem público federal, qual seja, a estrutura do aeroporto, em si.

Desde logo, importa salientar, que para os fins do presente estudo, a discussão sobre a natureza jurídica da delegação da exploração de aeroportos - se se trata de concessão de serviço público ou concessão de uso de bem público²⁴⁰ - não se apresenta como ponto relevante.

²⁴⁰ Floriano de Azevedo Marques Neto explica a distinção entre uma concessão de uso de bem público, a qual pode ser aplicada a distintas situações ocorrendo até mesmo confundir-se com demais modalidades de concessão. Assim comenta o autor: “(...) *Como vimos, no âmbito da concessão de serviços públicos muita vez*

Isso porque, em termos práticos, o que ocorre é a vinculação tradicionalmente criada entre interesse público²⁴¹ e titularidade exclusiva do serviço/ bem público - que se questiona ao longo do presente trabalho, e que, até o momento, foi analisada mais detidamente sobre o enfoque da categorização dos serviços públicos, por se o âmbito em que a referida divergência apresentou, ao longo das discussões acadêmicas, maior repercussão.

É de se frisar, já inicialmente, que a concessão para fins de exploração da estrutura aeroportuária em nada se confunde com a concessão do serviço de transporte aéreo²⁴² em si, distinção esta que será melhor esmiuçada nos subcapítulos próprios.

Mais adiante, reservar-se-á um subtópico com vistas ao tratamento do modelo de composição do aeroporto autorizado, ou seja, em que a exploração do mesmo dá-se pela iniciativa privada, sem, contudo, submeter-se ao regime de direito público, na qualidade de um autorizatário e com as respectivas consequências de tal composição de modelo.

Nada obstante, para efeitos da análise empírica que se busca empreender, neste momento, dada a atualidade, ineditismo e riqueza do caso, mais proveitoso se faz tratar do caso referente à assimetria regulatória no setor aeroportuário. Assim, abordar-se-á um breve cenário de composição híbrida a fim de se configurar a viabilidade de operação entre os aeroportos concedidos e os aeroportos autorizados, tal qual idealizado pela alteração da Medida Provisória 656/2014, frisando-se que o projeto de lei oriundo da referida medida provisória não foi objeto de sanção presidencial, ante a modificação realizada pelo Senado Federal.

Neste particular, o que será apresentado é a viabilidade, em termos prático, deste que seria um exemplo concreto de mais uma atividade sujeita à assimetria regulatória, ante a configuração de instalação de aeroportos concedidos e autorizados, operando em simultaneidade.

há uma cessão de uso privativo de bem público. Igualmente, a concessão de obra pública não deixa de ser também uma concessão de uso de bem público, apenas marcada pelo fato de que esse bem é produzido ou requalificado pelo próprio concessionário no cumprimento de suas obrigações contratuais. (...)” MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 264.

²⁴¹ Cf.: AMARAL, Diogo de Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. Vol. II, Coimbra: Almedina, 2014. p. 42-43.

²⁴² Conforme apresenta Floriano de Azevedo Marques Neto, as concessões referentes ao transporte aéreo de passageiros são tidas como concessões especiais, pertencente a um regime jurídico específico, diferenciando-se do regime das concessões tradicionais. Além disso, os serviços aéreos podem ser segmentados em três modalidades distintas, quais sejam: “(...) (i) o objeto transportado (mala, postal, carga e passageiro); (ii) a natureza do serviço (regular e não regular); e (iii) o âmbito de abrangência (doméstico ou internacional). O objeto das concessões regidas pelo CBA são os serviços públicos de transporte aéreo regular (art. 180) (...)” MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 213-214.

Tudo isso para que, ao fim e ao cabo, seja possível concluir sobre quais seriam os possíveis ganhos e desafios à manutenção de uma estrutura regulatória assimétrica. Uma vez realizadas tais considerações introdutórias, passa-se a uma melhor elucidação do sistema aeroportuário brasileiro, bem como das principais discussões setoriais, segundo a ordem dos capítulos que se seguem.

IV.1 - O Modelo de Concessão dos Aeroportos Civis

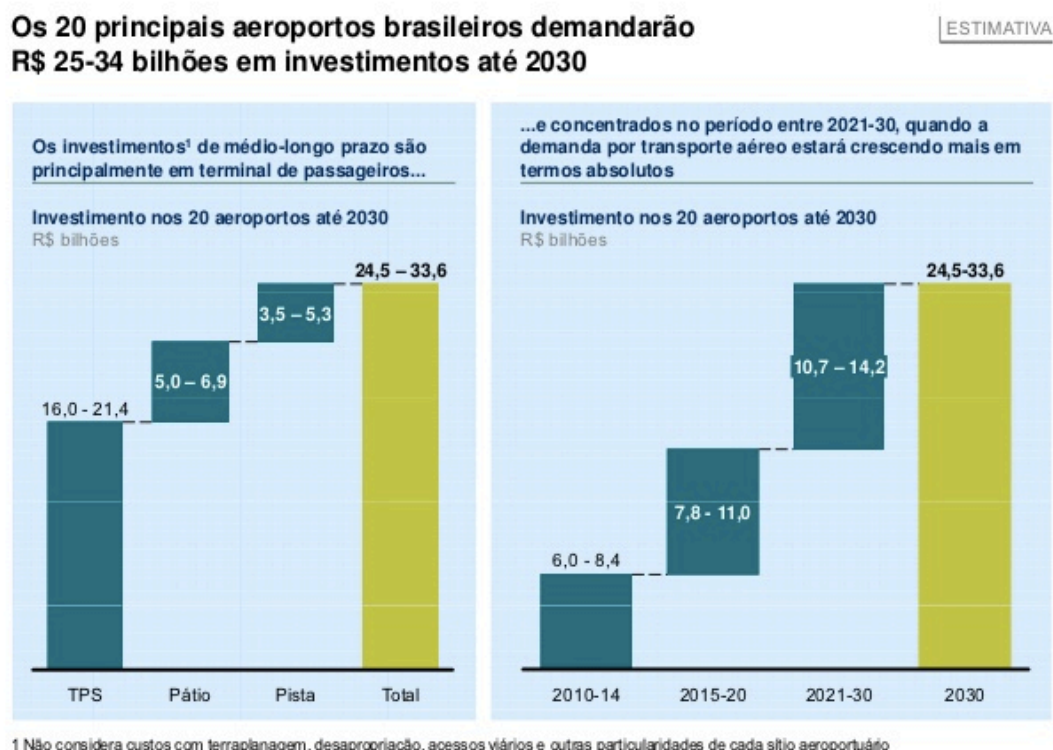
A configuração aeroportuária brasileira compreende um segmento dentre o universo abrangente que integra o setor de infraestrutura nacional. Considerado como um setor que passou por profundas alterações²⁴³ - por meio de uma política setorial específica - bem como o que possui a agência reguladora²⁴⁴ mais recente dentre os demais -, a ANAC²⁴⁵;

²⁴³ As alterações vivenciadas pelo setor de infraestrutura aeroportuária brasileira são objeto de abordagem no relatório consolidado, elaborado pela McKinsey&Company, estudo este encomendado pelo BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social), em que se buscou mapear o referido setor brasileiro, mediante processo de Chamada Pública BNDES/FEP No. 003/2008. Nos termos do diagnóstico desenvolvido sobre o setor de infraestrutura aeroportuária brasileiro pode-se considerar que desde a década de 20, tal segmento no país era incipiente e tão somente contava com pouca ou inexistente regulação por parte do Estado brasileiro, em termos de regulação do setor. Daí à frente, o que se observou foi justo a evolução da prática regulatória pelo Poder Público, à medida em que as companhias aéreas e os agentes econômicos exploradores do setor passaram a exercer, mais fortemente, o desenvolvimento da atividade aérea no país. Ademais, o panorama do estudo em tela para o segmento é na seguinte direção: *“No médio e longo prazo (até 2030), dado o crescimento projetado, serão necessários investimentos para aumentar a capacidade atual em 2,4 vezes (de 130 milhões para 310 milhões de passageiros ao ano, ou o equivalente a nove aeroportos de Guarulhos). Limitar a capacidade significa não somente deixar passageiros desatendidos, com reflexos adversos na economia, mas regredir em muitas das conquistas recentes do setor, como a maior competição, que permitiu a redução dos preços aos passageiros e incremento do uso do modal aéreo.”* **Estudo do Setor de Transporte Aéreo do Brasil: Relatório Consolidado**, 2010.

Disponível em: http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/pesquisa/chamada3/sumario_executivo.pdf Acesso em: 30.07.2015. p. 11.

²⁴⁴ O jurista lusitano Vital Moreira trata de ressaltar a parcimônia que o governo deve ter frente à criação desenfreada de agências reguladoras, tal qual se tem no cenário brasileiro. Isto porque a mera criação de mais um braço do governo em nada diferencia-se da estrutura governamental já existente, uma vez que o controle não pode ser de viés político, mas sim democrático, pela via da procedimentalização de sua própria legitimidade. Nesse sentido, o autor pondera que: *“As agências reguladoras independentes suscitam naturalmente problemas de “accountability” pública. Desde há muito que esse problema se deparou na pátria delas, os Estados Unidos. Mas o remédio para o déficit de legitimidade democrática e de prestação de contas das autoridades reguladoras independentes não é a sua governamentalização, sujeitando-as à superintendência ministerial, mas sim através de mecanismos de “democracia procedimental” (transparência e participação pública dos interessados, regulados e consumidores) e sobretudo através de um estreitamento das relações entre as mesmas e as comissões parlamentares competentes”*. MOREIRA, Vital. *Agências Reguladoras Independentes em Xequo no Brasil*. In: MOREIRA, Vital; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *A Mão Invisível: Mercado e Regulação*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 229.

tal setor continua a despertar o interesse de agentes econômicos e de especialistas da regulação. Vide o gráfico evolutivo²⁴⁶ do setor, com prognóstico para o ano de 2030, consideradas as exigências desse nicho econômico:



Preliminarmente, tem de se situar o estudo a partir da apresentação do quadro geral que compõe o sistema aeroportuário brasileiro, com vistas à melhor compreensão da infraestrutura atinente a tal setor, em especial, a composição dos aeroportos, singularmente considerados, visto que o trabalho em apreço destina-se a uma análise mais detalhada de tal infraestrutura.

²⁴⁵ Conforme observa André Luís Soutelino, em trabalho monográfico sobre o tema da regulação da infraestrutura aeroportuária, após a criação da ANAC, o setor de aviação civil passou a contar com nova composição institucional, como bem sintetiza o autor: “Com o advento da Lei nº 11.182/05, a regulação da aviação civil brasileira passou a ser realizada pela autoridade de aviação civil, ANAC, e pela autoridade aeronáutica, o Comandante da Aeronáutica, por meio de prerrogativas específicas, pelo Departamento de Controle do Espaço Aéreo (DECEA) e pelo Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos. A ANAC é uma autarquia especial, instituída pela Lei nº 11.182/05, integrante da Administração Pública Federal indireta e vinculada ao Ministério da Defesa, com prazo de duração indeterminado, cujas funções são: regular e fiscalizar as atividades de aviação civil e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária.” SOUTELINO, André Luís Dias. **A Regulação Para Introduzir a Competição no Setor Aeroportuário**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp119790.pdf>> Acessado em: 10.09.2015.

²⁴⁶ **Estudo do Setor de Transporte Aéreo do Brasil: Relatório Consolidado**, 2010. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/pesquisa/chamada3/sumario_executivo.pdf> Acessado em: 30.07.2015. p. 43.

O sistema aeroportuário brasileiro, segundo dicção expressa do Código Brasileiro Aeronáutico (Lei 7.565/86), em seu artigo 26, constitui-se por meio de aeródromos, pistas de pouso, pistas de táxi, estacionamento de aeronave, terminal de carga aérea, terminal de passageiros, bem como suas respectivas facilidades.

No que pertine ao presente estudo, tem-se o conceito do gênero aeródromo, o qual pode ser dividido em duas espécies, quais sejam, a dos aeródromos civis e a dos aeródromos militares. No caso do aeródromo civil - ao qual se destina a análise em tela - há os ditos aeródromos civis públicos, também denominados de aeroportos, dotados de facilidades e serviços voltados ao pouso e decolagem de aeronaves, para o transporte de cargas e pessoas²⁴⁷.

Por se tratar de um setor da infraestrutura que conjuga uma série de serviços ancilares ou *ground handling*²⁴⁸, a fim de que a atividade-fim, qual seja, a de transporte aéreo de cargas e de passageiros, possa ser realizada com higidez, necessita de uma configuração mais apurada, sobretudo, no que diz respeito à regulação que será direcionada a ele.

Em linhas gerais, o setor aeroportuário conta com os serviços essenciais ou de facilidades²⁴⁹, os quais são disponibilizados com vistas a se ofertar todo o aparato de segurança relacionado à atividade-fim (incluindo as normas de segurança a usuários e bens transportados), como por exemplo, equipe médica, segurança de áreas externas e internas, sinalização de pistas, dentre outros.

Há também de se destacar os serviços de apoio²⁵⁰, os quais atuam como verdadeiro cabedal de instrumentos relativos à assistência da atividade-fim, tais como

²⁴⁷ Teor do artigo 31, I, L.7.565/86, referente à definição dos aeródromos públicos civis ou também denominados tão somente de aeroportos.

²⁴⁸ Quando se menciona serviços auxiliares inerentes à infraestrutura aeroportuária, o que se pretende englobar são as atividades, tais como: abastecimento de água, carregamento de bagagens, *catering*, movimentação de cargas, embarque e desembarque de passageiros, serviços de inspeção e monitoramento do bagagens, limpeza de banheiros, serviços de bordo, dentre outros, os quais chegam a movimentar mais de 3,12 bilhões anuais na economia do país, dados estes divulgados pela ABESATA (Associação Brasileira das Empresas de Serviços Auxiliares de Transportes Aéreos).

Disponível em: <<http://www.abesata.org/category/no-brasil/page/35/>> Acessado em: 20.10.2015.

²⁴⁹ Conforme trata o artigo 26, parágrafo único, do Código Brasileiro de Aeronáutica (L.7.565/86), constituem-se como serviços essenciais ou facilidades: “O balisamento diurno e noturno; a iluminação do pátio; serviço contra-incêndio especializado e o serviço de remoção de emergência médica; área de pré-embarque, climatização, ônibus, ponte de embarque, sistema de esteiras para despacho de bagagem, carrinhos para passageiros, pontes de desembarque, sistema de ascenso-descenso de passageiros por escadas rolantes, orientação por circuito fechado de televisão, sistema semi-automático anunciador de mensagem, sistema de som, sistema informativo de voo, climatização geral, locais destinados a serviços públicos, locais destinados a apoio comercial, serviço médico, serviço de salvamento aquático especializado e outras, cuja implantação seja autorizada ou determinada pela autoridade aeronáutica.”

²⁵⁰ **Estudo do Setor de Transporte Aéreo do Brasil: Relatório Consolidado**, 2010. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/pesquisa/chamada3/sumario_executivo.pdf> Acessado em: 30.07.2015. p. 15-16.

limpeza de aeronaves e planejamento de cargas, manutenção e preparo de aeronaves, equipamentos e aparelhagem técnica, dentre outras prestações.

A infraestrutura é composta, ainda, com as ditas atividades comerciais, nas quais se tem a disponibilização aos usuários da infraestrutura aeroportuária de uma gama de serviços auxiliares, muito embora não se relacionem de forma direta com a atividade-fim da estrutura aeroportuária.

Ainda que tais serviços não sejam dotados de essencialidade para a atividade de tráfego aéreo de pessoas e de cargas, pode-se considerar que cumprem sua funcionalidade, uma vez que representam ganho de fruição e utilidade aos seus usuários, por meio de lojas comerciais e demais estabelecimentos, de variados segmentos, bem como instalações das companhias aéreas nele situadas.

Isto posto, não restam dúvidas de que a estrutura dos aeroportos é composta por um complexo de serviços e atividades a ela relacionados que demandam um olhar sistematizado e global, por parte do órgão regulador a fim de coordenar a dinâmica de tais serviços, em busca de um funcionamento integrado²⁵¹.

Enumeradas algumas das características que acompanham o referido setor, cumpre tecer certas considerações a respeito do aspecto funcional dos aeroportos, mais especificamente, quanto ao fluxo de passageiros e de cargas, ou seja, a sistemática que envolve a sua atividade-fim, para que seja possível compreender a modelagem de concessão exploratória desse segmento da infraestrutura brasileira.

Nesse sentido, convém, inicialmente, destacar alguns aspectos relevantes. Os aeródromos civis, sejam eles públicos ou privados, carregam consigo uma característica

²⁵¹ Quanto às distintas classificações da ANAC quanto às espécies de aeródromos segundo a regulação normativa do setor, tem-se, conforme o Regulamento Brasileiro de Aviação Civil (RBAC) nº 156, item 156.7: *“(a) Todo aeródromo civil público brasileiro, compartilhado ou não, é classificado com vistas a definir os requisitos deste Regulamento que lhe são obrigatórios. (b) A classe do aeródromo é definida em função do número de passageiros processados, considerando a média aritmética de passageiros processados no período de referência (vide seção 156.1) e o tipo de voo que o aeródromo processa no ano corrente. (1) Quanto ao número de passageiros processados: (i) Aeródromo Classe I é aquele que processou menos de 100.000 (cem mil) passageiros, considerando a média aritmética anual no período de referência; (ii) Aeródromo Classe II é aquele que processou entre 100.000 (cem mil) e 399.999 (trezentos e noventa e nove mil, novecentos e noventa e nove) passageiros, considerando a média aritmética anual no período de referência; (iii) Aeródromo Classe III é aquele que processou entre 400.000 (quatrocentos mil) e 999.999 (novecentos e noventa e nove mil, novecentos e noventa e nove) passageiros, considerando a média aritmética anual no período de referência; e (iv) Aeródromo Classe IV é aquele que processou a partir de 1 (hum) milhão de passageiros, considerando a média aritmética anual no período de referência. (2) Quanto ao tipo de voo que o aeródromo processa no ano corrente: (i) para os aeródromos enquadrados nas classes I e II, conforme critério constante em parágrafo 156.7(b)(1), considera-se: (A) Aeródromo Classe I-A ou II-A aquele aeródromo que não processa voo regular; e (B) Aeródromo Classe I-B ou II-B aquele aeródromo que processa voo regular (...). Disponível em: <http://www2.anac.gov.br/transparencia/audiencia/aud04_2012/7%20-%20RBAC%20156%20-%20Anexo%201%20%C3%A0%20Resolu%C3%A7%C3%A3o.pdf> Acessado em: 03.10.2015.*

dúplice, qual seja, classificam-se como bens públicos federais²⁵², nos quais são desempenhados serviço público federal, de transporte aéreo.

Frise-se que a complexidade da infraestrutura aeroportuária, se comparada aos demais setores, deve-se não somente ao fato de a mesma demandar uma série de serviços de estrutura auxiliares, mas também em função de representar um meio de entrada frente a certo território, dado o aspecto de interseção com a soberania de um determinado Estado.

Noutros termos, pensar em sistema aeroportuário é tratar, diretamente, de questões pertinentes à soberania nacional, razão pela qual a própria Constituição Federal reservou à União a competência administrativa relativa à gestão desses bens públicos. E o exercício dessa competência administrativa, concernente à exploração aeroportuária poderá dar-se pela via direta ou mediante delegação do serviço a um particular - concessão ou permissão - e ainda, por meio de autorização, para fins exploração.

Em linhas iniciais, a delegação ao concessionário ou permissionário para fins de exploração da infraestrutura aeroportuária obedece ao tradicional regime de direito público de concessão de bem público, já tratado em linhas anteriores do capítulo que versava sobre a assimetria regulatória, ou seja, aquele que pode ser sintetizado segundo a noção de *publicatio*.

Ou ainda, segundo o regime das concessões especiais, denominadas de Parcerias Público-Privadas (PPP)²⁵³, nos termos da Lei 11.079/2004, as quais subdividem-se

²⁵² Nos termos do artigo 38, da Lei 7.565/86, classificam-se os aeroportos mediante o seguinte enquadramento jurídico: “*Os aeroportos constituem universalidades, equiparadas a bens públicos federais, enquanto mantida a sua destinação específica, embora não tenha a União a propriedade de todos os imóveis em que se situam*”.

²⁵³ Pode-se sintetizar que, nos termos dos parágrafos primeiro e segundo do artigo 2º, da Lei 11.079/2004, tem-se que a concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas, quando envolver a tarifa cobrada dos usuários com a contraprestação do parceiro público ao parceiro privado, denominada também de concessão de lucratividade mínima assegurada, concessão de receita mínima ou mesmo, de concessão subsidiada. Trata-se de um contrato de serviço público tradicional, em que a remuneração é composta por ingresso decorrente de tarifa de usuário, mas também por meio de contraprestação pecuniária do Poder Público. Diferencia-se da regra geral, segundo a Lei 8.987/95, uma vez que a remuneração do concessionário é somente por meio de tarifa e de receitas ancilares, não abarcando os ditos recursos públicos.

As concessões, no que tange às PPP's patrocinadas são aquelas resultantes dos serviços públicos econômicos aqui deduzidos são aqueles não autossustentáveis por meio da cobrança de tarifa, em que demandam a contraprestação do Estado.

Já as concessões administrativas são os contratos de prestação de serviços, de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva a execução de obra ou fornecimento de instalação de bens. Pode-se ter o Poder Público como usuário direto do serviço prestado, em que a cobrança de tarifa revela-se inviável, juridicamente vedada ou ainda, porque o Estado é o único usuário do serviço prestado.

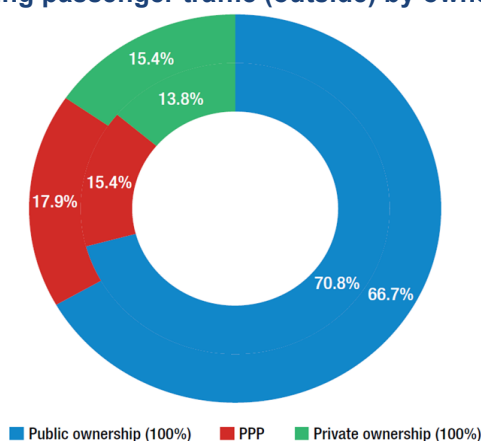
Os objetos possíveis de uma PPP administrativa são os serviços públicos econômicos não autossustentáveis, em que o Estado opta por não cobrar tarifa do usuário; os serviços sociais (exemplo: saúde e educação), bem como as atividades instrumentais ou preparatórias ao poder de polícia (como por exemplo, a gestão prisional) e, por fim, as atividades em que o Estado figure como usuário direto da atividade.

Segundo Gustavo Binenbjom, as ditas concessões administrativas operam segundo a lógica de uma concessão administrativa de serviços administrativo (nos termos do artigo 2º, parágrafo quarto, III, Lei 11.079/2004), em

nas modalidades de concessões patrocinadas ou administrativas²⁵⁴, sendo que, no caso da delegação da exploração aeroportuária, dar-se-ia por meio da primeira modalidade.

A despeito da abertura do setor de infraestrutura aeroportuária brasileiro, a tendência mundial²⁵⁵ observada é a de que, no caso da gestão de aeroportos, não sendo a mesma gerida por meio da coalização entre o Poder Público e o agente econômico privado (PPP's), encontram-se os aeroportos sob o domínio de gestão exclusiva do agente estatal. Confira a análise mediante os dados gráfico e numérico, abaixo exemplificados²⁵⁶:

Graph 1: Proportion of airports (inside) and corresponding passenger traffic (outside) by ownership model (2013)



que o Poder Público é usuário direto da atividade desempenhada pelo concessionário, aproximando-se das figuras da terceirização e da empreitada de obra pública. Trata-se de uma gestão de infraestrutura disponibilizada ao Estado. No caso da concessão patrocinada, tratar-se-ia de uma concessão administrativa de serviços públicos. BINENBOJM, Gustavo. **As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf>> Acessado em: 03.11.2015. p. 2-5.

²⁵⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos - Lei 8.666/1993**, 18ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 61-62.

²⁵⁵ Interessa ao tema aqui tratado a citação do estudo desenvolvido pela ICAO (International Civil Aviation Organization), o qual trata, especificamente, sobre as PPP's desenvolvidas nos aeroportos mundiais, reunindo dados acerca dos principais aeroportos dos continentes. Notadamente, faz-se referência ao caso brasileiro, em especial aos Aeroportos do Galeão, ao Aeroporto de Guarulhos e ao Aeroporto de Brasília, em que se passa a constatar que o regime brasileiro tende a abandonar a estrutura de gestão pública exclusiva para um regime de parceria conjunta com o agente econômico privado ou mesmo, conforme será abordado pelo presente trabalho mais adiante, a um modelo de exploração híbrida, nos termos do que se sugere para fins de composição de um regime de assimetria regulatória. Informações buscadas em sítio eletrônico da ICAO. Disponível em: <<http://www.icao.int/sustainability/Pages/im-ppp.aspx>> Acessado em 01.12.2015.

²⁵⁶ Op. cit. p. 9 e 12.

Region	Number of participating airports	% Passenger traffic covered
Africa	41	52%
Asia-Pacific	104	50%
Europe	208	75%
Latin America-Caribbean	185	87%
Middle East	14	52%
North America	101	89%
World	653	70%

Em assim sendo, pode-se considerar que a infraestrutura aeroportuária brasileira, segundo as referidas modelagens de delegação existentes em sede do ordenamento jurídico atual, atende ao regime da *publicatio*, seja em relação a um diploma legal ou a outro. É sobre tal ponto que residem as reflexões que serão objeto de abordagem em passagem mais adiante do presente estudo.

Noutros termos, avaliar-se-á a possibilidade de se constituir o consentimento estatal a um agente econômico privado ou a um grupo econômico, por meio do título jurídico habilitante da autorização, atraindo-se, assim, o regime jurídico de direito privado, compreendido no âmbito da *ordenatio*.

IV.2 - O Modelo dos Aeroportos Autorizados: A MP 656/2014

Para fins da análise prática do modelo de assimetria regulatória, elegeu-se o setor aeroportuário brasileiro, não somente em função das razões aportadas em momento pretérito do estudo em tela, mas também em decorrência da recente discussão envolvendo a medida provisória (MP) 656/2004, a qual visava à instituição de aeroportos privados para fins de aviação comercial.

Isso porque a inovação trazida pelos artigos 11 e 12, introduzidos no referido ato normativo de competência do chefe do Executivo, com vistas à alteração da Lei 7.565/86 (Código Brasileiro de Aeronáutica), cujo teor foi objeto de veto presidencial converge com as discussões ora propostas.

Intencionava-se, com aquela alteração legislativa, possibilitar a exploração de um terminal aeroportuário pela via da autorização, em franca concorrência com demais

aeródromos civis objeto de delegação aos agentes privados, por meio de concessão do direito de exploração de sua infraestrutura²⁵⁷.

Essa proposta de alteração da MP 656/2014, a qual se prestava, originalmente, para fins de desonerações tributárias, tinha como objetivo primordial a viabilização infraconstitucional da instituição dos ditos aeroportos privados com vistas à realização de voos regulares.

O que despertou certa resistência dos investidores e concessionários das estruturas aeroportuárias, os quais contrataram com o Poder Público outrora - ante a celebração de contratos administrativos de concessão de exploração do bem público, precedido de obra pública ou não - mobilizando-os para que o Chefe do Poder Executivo tratasse de vetar tais alterações realizadas pelo Congresso Nacional.

Segundo as razões aportadas no próprio veto presidencial, a possibilidade de criação dos aeroportos privados, nos termos do que se propunha:

(...) Desnatura o modelo setorial de exploração de infraestrutura aeroportuária brasileira, estabelecido com êxito nos últimos anos. Os dispositivos criariam um desarranjo regulatório no setor ao estabelecer uma assimetria concorrencial entre aeroportos concedidos e autorizados na exploração de serviço aéreo regular (...).

Nesse sentido, assentou-se que não seria admitida a configuração de um modelo híbrido ou assimétrico de infraestrutura aeroportuária, em que aeroportos concedidos e autorizados pudessem operar os ditos voos regulares ou também denominados comerciais - compreendidos como aqueles que são ofertados ao público em geral, por meio das companhias aéreas delegatárias do transporte aéreo.

Não se permitiu, portanto, uma extensão de exploração dos aeroportos privados para a realização dos voos regulares, tal qual se passou a admitir diante dos serviços da aviação geral. Isso porque em razão da edição do Decreto 7.871/2012, publicado em dezembro de 2012, possibilitou-se a criação de aeroportos privados, todavia, restrito a determinadas atividades aéreas.

Nos termos do mencionado decreto presidencial, tais aeroportos privados sujeitar-se-iam ao modelo exploratório de autorização, no entanto, com atuação restrita aos voos da aviação geral²⁵⁸, os quais não incluem os mencionados voos comerciais, mas tão

²⁵⁷ RIBEIRO, Leonardo Coelho. Reformando Marcos Regulatórios de Infraestrutura - Primeiras Notas ao Caso das Ferrovias. In: **Revista de Direito da Procuradoria Geral**. Edição especial. Rio de Janeiro: Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGE-RJ), 2014. p. 352-353.

²⁵⁸ A autorização de aeródromos públicos civis destinados ao aviação executiva inclui, segundo dados da própria ANAC, nos termos do decreto presidencial nº. 7.871/2012: “(...) os serviços de de táxi aéreo, instrução

somente serviços aéreos privados, serviços aéreos especializados e de táxi aéreo, conforme disposição do *caput* do seu artigo 2º.

Tudo isso deveu-se ao fato de a possibilidade de instaurar-se um modelo de assimetria regulatória no setor aeroportuário vir a, supostamente, distorcer a lógica que orientava a delegação dos aeroportos, segundo o modelo de concessão tradicional, prejudicando a garantia de amortização dos investimentos aportados²⁵⁹.

De tal sorte que o concessionário público não teria de lidar com eventuais perdas de retorno financeiro ao capital empenhado na realização e posterior exploração da obra pública - tal qual se dá no caso dos aeroportos - ocasionados pela abertura à concorrência no setor, acarretando-se uma espécie de desarranjo regulatório, a comprometer, em última instância, a isonomia entre os agentes²⁶⁰ das respectivas estruturas exploratórias.

e treinamento (aeroclubes e escolas de aviação), serviços especializados (agrícola, publicidade, combate a incêndio), aerodesporto, experimental, comercialização e manutenção. A norma objetiva ampliar a oferta de infraestrutura aeroportuária no país voltada para o atendimento da aviação geral, que não se caracteriza como operação regular de transporte público de passageiros, mas que é de grande relevância para o desenvolvimento do país. Segundo dados da Associação Brasileira de Aviação Geral (Abag), em 2011, a frota brasileira desse segmento chegou a 13.094 aeronaves, representando uma expansão de 6,3% em relação a 2010. Desta forma, aeroportos essencialmente voltados para serviços aéreos privados poderão ser planejados e estruturados com maior rapidez e eficiência para atender diferentes mercados, mantidas todas as regras e normas de segurança em vigor para a exploração de aeroportos no país. Pretende-se, assim, somar esforços públicos e privados no provimento de infraestrutura aeroportuária no país. Os interessados nessa modalidade de exploração deverão solicitar a autorização à Secretaria de Aviação Civil (SAC). Após a aprovação da SAC, a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) formalizará a delegação por meio de termo de autorização."

Disponível em: <http://www.anac.gov.br/Noticia.aspx?ttCD_CHAVE=839>

Acessado em: 02.10.2015.

²⁵⁹ Importa destacar que o instituto do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos vem no sentido de restabelecer o suposto equilíbrio entre o agente privado e o público, ante as diversas distorções que podem acometer as contratações públicas. Devendo ser frisado ainda, que não se trata de direito líquido e certo, a ser implementado de imediato, mas sim que demanda demonstração do prejuízo efetivo pelo interessado, o qual pode ser pleiteado em momento diferido, ou seja, comporta algum lapso temporal de espera para sua implementação, visto não se tratar de uma aquisiç  ncia automática. A respeito do tema, disserta Carlos Ari Sundfeld, ao comentar que: *"A circunstância de o prestador atuar em situa  o deficitária por um dado período não pode ser interpretada como uma aceita  o sua ao prejuízo (a eliminar qualquer direito    indeniza  o). A explora  o de um serviço público delegado    marcada por períodos de defasagem tarifária, sem que isso signifique aceita  o de prejuízo pelo prestador. O que tais períodos proporcionam    a necessidade de revisões per  dicas nas condi  es econômicas da delega  o. Não se pode, a cada perda momentânea, suspender o serviço ou abandoná-lo. Como se trata de rela  o de trato sucessivo, por longo prazo,    natural que as empresas exploradoras operem no prejuízo por um lapso razoável de tempo. Sua expectativa, amparada pelo Direito,    a de que, em período subsequente, o déficit seja compensando e o equilíbrio da rela  o jurídica original acabe restabelecido."* SUNDFELD, Carlos Ari. **Transi  o da Explora  o Precária para o Regime de Concessões: O Caso do Transporte Coletivo de Passageiros.**

Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-14-MAIO-2008-CARLOS%20ARI%20SUNDFELD.pdf>> Acessado em: 03.11.2015. p. 6.

²⁶⁰ Situa  o que possui algum paralelo ao caso aqui tratado    o fato de os entes estatais, atuantes na seara econ  mica, tal qual as empresas públicas, disporem de tratamento diferenciado se comparadas às empresas do setor privado. Nesse sentido, o próprio Supremo Tribunal Federal (STF) já tratou de cancelar em sua jurisprudência, a possibilidade de se instituir um *discrimen* jurídico - ante o emprego de uma gama de prerrogativas da Fazenda Pública às estatais prestadoras de serviços públicos.

Sob o argumento de que tais prerrogativas não seriam aplicáveis às estatais que sejam exploradas de atividades econômicas - de forma bastante casuística e pouco apegada a qualquer tipo de técnica mais consistente que

Em assim sendo, o que se verificou foi o veto presidencial frente a tal proposta de alteração da modelagem da infraestrutura aeroportuária, notadamente, a que pretendia a criação dos denominados aeroportos privados para fins de efetivação dos ditos voos regulares.

Pode-se aqui cogitar as diversas motivações que impulsionaram as razões do veto presidencial, no entanto, a carência de maior amadurecimento do tema e as incertezas sobre o resultado das medidas regulatórias, certamente, foram primordiais para se considerar a nova sistemática da regulação como contrária ao interesse público²⁶¹.

Ainda que sem adentrar com profundidade no debate acerca dos impactos positivos e negativos que a modificação do regime exploratório da infraestrutura aeroportuária traria, releva destacar que a justificativa aportada ao veto presidencial afigura-se descabida por, basicamente, duas ordens de razões.

A primeira porque não restou demonstrado que a alteração do regime vigente causaria prejuízos aos atuais delegatários. Nesse sentido, cabe esclarecer que os serviços oferecidos pelos aeroportos privados podem não ser, por um lado, rivais em relação àqueles prestados pelos aeroportos públicos, por outro, tem-se que a oferta inaugurada pelos aeroportos privados pode dirigir-se a uma demanda reprimida, ou seja, um público específico de diverso nível de renda disposto a arcar com serviços de custo mais elevado.

A segunda medida em que, mesmo que causasse prejuízos aos atuais delegatários²⁶², se provado o aumento da eficiência do setor, em virtude de mudanças propostas, estas deveriam ser acolhidas, pois há meios legais de contornar seus ônus, notadamente, através de reequilíbrio econômico financeiros dos respectivos contratos de concessão, tal qual objeto de exposição no capítulo anterior.

A pretensão de modificação da mencionada medida provisória foi uma tentativa de se reeditar a alteração do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565/86), levada a cabo pela MP 652/2014, a qual versava sobre um detalhado programa para fins de promoção da aviação regional.

confira segurança jurídica a tal cenário de incertezas e experimentações, muito embora o próprio texto constitucional não faça tal distinção. Tal teor pode ser conferido no seguinte julgado: Recurso Extraordinário n.: 220.906-9/DF; Relator: Maurício Corrêa. 4ª Turma; Data do Julgamento: 02.03.2004.

²⁶¹ É evidente que no caso em tela, o veto presidencial deu-se em função de uma suposta alegação de contrariedade do projeto de lei ao interesse público e não, em razão de qualquer inconstitucionalidade, outra hipótese esta que se poderia cogitar para fins de veto pelo Chefe do Executivo, nos termos do artigo 66, parágrafo primeiro da Constituição Federal de 1988.

²⁶² Cf.: JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos - Lei 8.666/1993**, 18ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 992-993.

Programa este que também não foi objeto de sanção presidencial, no que concernia à possibilidade de criação de aeroportos autorizados - quanto à criação, bem como quanto à exploração de tal infraestrutura, pelo regime da autorização.

Isto posto, a despeito de o Programa de Desenvolvimento da Aviação Regional (PDAR), o qual era previsto no bojo da aludida MP, ter-se concretizado na parte tocante à temática do modelo de aeroportos civis autorizados, destinados à aviação regular não prosperou - sob a fundamentação de que o veto presidencial visou a invalidar o texto da MP que se revelava em contrariedade ao interesse público -, pelas razões mencionadas em momento pretérito deste estudo.

Em suma, o recente episódio vivenciado no cenário político brasileiro ora narrado representa, sobretudo, a solidificação de uma pré-compreensão negativa acerca do tema, no sentido de que a introdução do modelo de assimetria regulatória acarreta a desestruturação de um determinado setor e, por conseguinte, o comprometimento das garantias dos concessionários no direito de exploração da respectiva infraestrutura.

Daí porque, o estudo visa a uma compilação de argumentos de diferentes ordens, assim como um maior detalhamento da temática da assimetria regulatória, sugerindo possíveis entraves e impedimentos legais que - conforme já esmiuçado em linhas anteriores - não se justificam. A ponto de inviabilizar, por completo, a composição do modelo em debate, conforme restou consignado por meio da escolha pelo chefe do Poder Executivo nacional, ao tratar a questão.

IV.3 - O Modelo Assimétrico de Aeroportos Concedidos e Aeroportos Autorizados

Revolvendo algumas ideias quanto à composição da infraestrutura aeroportuária, o que se pretende pelo presente estudo é analisar a viabilidade, tanto no plano teórico, quanto no plano prático, do referido modelo.

Para tanto, uma vez percorridas as questões de fundo jurídico, diante da análise de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, bem como premissas

econômicas e mesmo do Direito Comparado, resta ainda adentrar o ramo aeroportuário em suas nuances e a exequibilidade de tal proposta, nos termos do que previa a MP 656/2014²⁶³.

Conforme já enunciado, os aeroportos comportam distintas classificações, a depender das funções que venham desempenhar. No que toca à temática ora versada, importa tratar dos aeroportos civis públicos, ou seja, aqueles destinados à aviação regular (o que compreende o transporte de passageiros e de cargas pelas concessionárias do serviço público de delegação pela União, qual seja, o serviço de transporte aéreo).

Em se tratando dos aeroportos civis públicos, em sua concepção tradicional, tem-se a concessão como o instituto apto a outorgar poderes a um particular, o qual figurará como delegatário da exploração de um bem público - infraestrutura aeroportuária -; concessão esta que poderá ser precedida ou não de obra pública²⁶⁴, a depender do arranjo contratual pactuado entre os contratantes e se já existente ou ausente tal infraestrutura aeroportuária.

²⁶³ No que diz respeito à medida provisória n. 656/2014, a mesma foi sancionada, quanto à temática da aviação civil, no aspecto referente ao programa de estímulo à aviação regional, cuja redação era prevista já na MP 652/2014, resultando na Lei n. 13.097/2015. Todavia, objeto de veto pela Presidência da República no quesito atinente à possibilidade de criação de aeroportos privados, ou seja, aeroportos de finalidade pública, cuja exploração fosse de incumbência da iniciativa privada. A iniciativa residia na possível criação de um modelo em que aeroportos privados, cujo bem também seria de propriedade do agente privado, no entanto, desde que autorizado pela agência reguladora do setor (ANAC). Informação obtida por meios dos documentos referente à MP 656/2014, .

Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/118627>>

Acessado em: 20.20.2015.

²⁶⁴ A hipótese seria de concessões complexas, segundo classificação cunhada por Alexandre Santos de Aragão que, muito embora não se trate de uma concessão em especial, a mencionada distinção é bem elucidativa na construção desenvolvida pelo autor. Confira-se: *“Tradicionalmente considera-se ser essencial à conceituação de determinado contrato como concessão de serviço público que a atividade dele objeto seja reservada ao Estado; que o particular só possa explorá-la mediante a concessão, mas, nos casos acima, a atividade em si (estacionamento, teatro etc.) não é exclusiva do Estado. O que é exclusivo do Estado é a possibilidade de elas serem exploradas em bens públicos.*

O ponto central desses contratos é a titularidade do Estado sobre o bem, não sobre a atividade, razão pela qual alguns poderiam ver esses contratos mais como concessão de uso de bem público que de serviço público. Todavia, mesmo as concessões de serviços públicos também são sempre complexas, no sentido de geralmente implicarem na realização de alguma obra pública e utilização ou até modificação de bens públicos.

Naqueles contratos a realização de obras públicas sobre bens públicos é mais relevante do que geralmente é nas demais concessões de serviços públicos. Estão, assim, mais próximas das concessões de serviços públicos precedidos da realização de obra pública (art. 2º, III, L. n.º 8.987/95), e não de uma concessão pura e simples de uso de bem público. A L. n.º 8.987/95 é-lhes, portanto, plenamente aplicável. Essas concessões complexas - concomitantemente de bem, de obra e de serviços públicos - atenuam a exigência de as atividades objetos de concessões de serviços públicos deverem ser titularizadas com exclusividade pelo Estado.

Integram a inegável tendência contemporânea de tornar passível de gestão delegada privada não apenas os serviços públicos econômicos (titularizados pelo Estado) - seu objeto clássico -, como também as atividades econômicas stricto sensu e os serviços públicos sociais e culturais que a iniciativa privada pode explorar por direito próprio, isto é, sobre as quais não há publicatio.” ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Delegações de Serviço Público.**

Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-16-NOVEMBRO-2008-ALEXANDRE%20ARAGAO.pdf>> Acessado em: 30.10.2015. p.7.

De outro modo, assim como já ocorre no caso dos aeroportos civis privados autorizados, nos termos do decreto presidencial tratado - destinados aos serviços aéreos discriminados em passagem anterior do estudo - os aeroportos civis de uso público mas de propriedade privada seriam os denominados aeroportos autorizados²⁶⁵, voltados à aviação regular (efetuada por companhias aéreas, concessionárias da União).

Explica-se: ainda que se tratem de aeroportos públicos, ou seja, destinados ao atendimento do público em geral, tal qual os aeroportos civis públicos, propriamente ditos o são, o bem em questão - no caso dos aeroportos autorizados tratados por esse estudo e nos termos da MP 656/2014 - não seriam de titularidade estatal.

A titularidade do bem, em tais hipóteses, seria do próprio agente econômico²⁶⁶, que passaria a atuar mediante uma autorização operativa - tida esta como um mero consentimento estatal - haja vista possuir o particular possuir, por direito próprio, a prerrogativa de construção da infraestrutura aeroportuária, bem como o direito à sua respectiva exploração.

Da combinação de tais ideias, pode-se sintetizar que a composição de infraestrutura aeroportuária aqui proposta seria a de um modelo de aeroportos concedidos e autorizados, sendo ambos de caráter civil e público, no entanto, no que concerne à titularidade sobre tais bens, ter-se-ia um regime jurídico diferenciado.

Neste ponto residiria a principal distinção, qual seja: o aeroporto concedido ostentaria a feição de um bem público, somente explorado pelo delegatário particular, enquanto que o modelo de aeroporto autorizado representaria um bem privado, também explorado pela iniciativa privada, ainda que para o atendimento público - da aviação regular.

Tudo para que se obtenha um contexto de assimetria regulatória²⁶⁷ no campo da infraestrutura aeroportuária, conjugando-se a prestação do transporte aéreo de passageiros

²⁶⁵ Importante a ressalva feita por Vitor Rhein Schirato, ao considerar que, via de regra, o desempenho de atividades que sejam concorrentes aos serviços públicos, em tese, não demandariam sequer autorizações por parte do Poder Público, como forma de consentimento estatal. Ocorre, todavia, que no caso dos aeroportos, dada a complexidade da infraestrutura envolvida e a questão relacionada à segurança de operação da mesma, a qual demanda forte ingerência regulatória, não se vê, ao menos em teoria, a possibilidade de se prescindir de uma autorização operativa para sua exploração.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre Iniciativa nos Serviços Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 322.

²⁶⁶ Nos termos do Regulamento Brasileiro da Aviação Civil (RBAC) nº 153, o agente econômico explorador da infraestrutura aeroportuária denomina-se, em termos técnicos, de Operador de Aeródromo, o qual poderá ser qualquer pessoa física ou jurídica, cuja exploração caracterize-se pela auferição ou não de lucro na atividade desempenhada.

Disponível em: <<http://www2.anac.gov.br/biblioteca/rbac/RBAC153EMD00.pdf>>

Acessado em: 03.09.2015.

²⁶⁷ Convém registrar que há recente estudo produzido no âmbito da ANTAQ, por meio do Termo de Cooperação TERM-SAF-ANTAQ nº 04/2011, com o Centro de Estudos em Regulação de Mercados - CERME,

e cargas - que já se assentou ser um serviço público de competência privativa da União, nos termos do artigo 21, da Constituição Federal de 1988. Isto com o intuito de que, ao fim e ao cabo, possibilite-se um cenário de competição na prestação do serviço de infraestrutura aeroportuária, que venha atender a demanda básica de fluxo de cargas e de passageiros, ou seja, a dita demanda ordinária²⁶⁸.

De outro lado, uma infraestrutura que possa ser empregada com o objetivo de suprir uma demanda excedente não somente do fluxo de voos, com a expansão de pátios e pistas para a melhor fluidez das malhas aéreas, como também o próprio recinto de saguão e terminal de cargas e descargas necessários a todo o escoamento de passageiros e de cargas que a operação de voos regulares necessita²⁶⁹.

da Universidade de Brasília, o qual sugere que a assimetria regulatória para o setor de portos não se revelou tão eficiente e bem sucedida, tal qual era intencionada pela alteração legislativa operada, ante a configuração dual dos Terminais de Uso Público (PP) e dos Terminais de Uso Privativo Misto (TUP-M). Assim concluiu o mencionado estudo sobre o setor: *“Portanto, não encontrando impacto econômico-financeiro relevante gerado por assimetria regulatória entre terminais arrendados e privativos, observamos que a existência destas assimetrias gera desconforto entre os entes regulados. Isto é, não existe evidência de que as diferenças nas regulações entre terminais arrendados e privativos acarretam desvantagem concorrencial a qualquer dos tipos de terminal, isto é, nenhum tipo de terminal apresenta ineficiências relativamente aos outros terminais que seja proveniente das diferenças entre as normas legais que regem os tipos de outorga.”*

Mas algumas regras impostas sobre os terminais privativos inviabilizam a expansão dos terminais deste tipo especializado em movimentação de contêineres. Para minorar estes desconfortos e estimular novos empreendimentos em terminais privativos de uso misto, propomos na seção VI uma série de alterações nas regras atuais de forma a reduzir substancialmente as principais assimetrias e permitir a expansão dos terminais privativos de uso misto sem prejudicar os terminais arrendados. Com relação à assimetrias que prejudicariam os terminais arrendados, a principal é a que eles têm de pagar pelas outorgas de arrendamento, mas os terminais privativos nada pagam pelas suas outorgas. Propomos que os terminais privativos paguem pela outorga, com metodologia de apreçamento semelhante à aplicada para determinar o lance mínimo de um arrendamento de terminal arrendado em porto público. Vale ressaltar aqui que esta cobrança pela outorga exigirá alteração na legislação pertinente. Com relação à assimetria que prejudica os terminais privativos, propomos a eliminação das exigências que os terminais privativos sejam viabilizados economicamente apenas movimentando carga própria e que a movimentação de carga de terceiros não precise ser residual.” **Relatório Final - Estudo Comparativo das Estruturas de Custo e Avaliação de Projetos/ Investimentos entre Terminais Portuários de Uso Público e Terminais Portuários de Uso Privativo Misto.**

Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/portal/EstudoAssimetriaRegulatoriaTUPPP.asp>> Acessado em: 03.05.2015.

²⁶⁸ Marcos regulatórios sempre são demandados, sobretudo, em se tratando dos setores de infraestrutura, os quais apresentam a característica da inovação tecnológica que tende a acompanhá-lo. Sobre tal questão frente ao setor ferroviário, Leonardo Coelho Ribeiro comenta peculiaridades desse segmento: RIBEIRO, Leonardo Coelho. Reformando Marcos Regulatórios de Infraestrutura - Primeiras Notas ao Caso das Ferrovias. In: **Revista de Direito da Procuradoria Geral**. Edição especial. Rio de Janeiro: Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGE-RJ), 2014. p. 363-365. p. 352-388.

²⁶⁹ Segundo Relatório Operacional de Desempenho dos Aeroportos, referente ao segundo semestre do ano de 2014, desenvolvido pela Secretaria de Aviação Civil (SAC) cuja elaboração envolveu diversos órgãos e entidades da Administração Pública, a coleta de dados levada a cabo permitiu concluir que o grau de satisfação dos usuários dos serviços de infraestrutura aeroportuária ainda se mantém muito aquém do esperado, considerados os principais aeroportos do país. Dentre os diversos quesitos analisados, o comparativo com os indicadores do mesmo período do segundo semestre de 2013 sugerem leve aumento dos níveis de satisfação dos usuários de serviços, o que se pode concluir que a demanda ainda supera, de forma considerável, a oferta das utilidades disponibilizadas. Nesse sentido, diante de dados obtidos do próprio setor aéreo, resta patente a necessidade por ampliação da oferta de uma infraestrutura aeroportuária, em especial, segundo o estudo em tela, aquela relacionada à segurança dos aeroportos, custo dos estacionamento, limpeza de banheiros, custos

É oportuno adicionar que a infraestrutura dos aeroportos não envolvem tão somente pistas e pátios de aeronaves e cargas transportadas. É certo que os mesmos também abarcam os estacionamento de veículos para os usuários dos serviços aeroportuários, o comércio e a prestação de serviços e de bens que apresente amenidades ou a facilitação aos passageiros usuários em trânsito nos aeroportos, disponibilidade de serviços de aviação (a exemplo de táxis-aéreos ou fretamento de aeronaves de uso privado), dentre outros que possam vir a ser instituídos, alidados ou não à atividade-fim dos serviços aeroportuários.

Em síntese, o que se pretende pela conjugação de uma infraestrutura aeroportuária concedida em operação simultânea a uma infraestrutura autorizada é que se possibilite a ampliação da oferta de terminais aeroportuários, sem que para tanto, dependa-se, única e exclusivamente, do agente delegatário da concessão do aeroporto civil público.

Até mesmo porque, conforme já tratado em passagens anteriores, o delegatário concessionário, seja de serviço público ou explorador de qualquer atividade ou bem públicos, submete-se a uma série de conformações, inerentes ao regime de direito público. Ao passo que o autorizatário, afeto ao regime de direito privado, encontra-se inserido em uma lógica diversa de exploração do bem, visto não se tratar de um bem público, mas sim de um bem privado.

Nesse sentido, pertinente destacar, a título de ilustração dentre as referidas cláusulas de direito público, aquela que dispõe a respeito da configuração da INFRAERO (Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária), em sede das concessões tradicionais de aeroportos civis públicos destinados à aviação regular.

A referida empresa pública federal iniciou sua operação como exploradora direta da infraestrutura aeroportuária. Ocorre, todavia, que em vistas da crescente evolução tecnológica e da demanda operada no setor aeroportuário, o Estado brasileiro deparou-se com a necessidade de abertura do segmento à exploração via iniciativa privada²⁷⁰.

relacionados à alimentação nos aeroportos, limpeza geral do aeroporto, conforto térmico, valor dos produtos comerciais, dentre outros que apresentaram menor grau de insatisfação dos consumidores. **Relatório Operacional de Desempenho dos Aeroportos - Secretaria de Aviação Civil.**

Disponível em: <<http://www.aviacao.gov.br/relatorio-geral-dos-indicadores/relatorio-2o-trimestre-2014>>
Acessado em: 30.09.2015. p.11-23.

²⁷⁰ Nos termos da Exposição de Motivos do Plano Diretor da Reforma do Estado, consta em documentação da época que uma das metas consistia na readequação da noção de serviço exclusiva, ou seja, somente residiria sob a gestão do Estado, a titularidade de serviços tidos como não essenciais, com vistas à implementação de uma Administração Pública gerencial. Nesse sentido, salienta o documento:

“6.4. Objetivos para los servicios no-exclusivos:

- Transferir para el sector público no-estatal estos servicios, a través de un programa de "publicización", transformando las actuales fundaciones públicas en organismos sociales, es decir, en entidades de derecho

Diante de tal cenário, deu-se o período de outorga das concessões dos aeroportos, outrora tidos como de titularidade e exploração diretas pelo Poder Público, iniciando-se um abrandamento da exclusividade na prestação pelo Estado brasileiro.

Em assim sendo, os modelos contratuais firmados foram desenhados obedecendo à seguinte composição: um contrato de concessão de exploração de um bem público, no qual a INFRAERO passou a figurar como agente acionária das concessionárias de infraestrutura aeroportuária, de modo a assegurar à empresa pública referida o recebimento dos dividendos obtidos pelo agente privado²⁷¹.

privado, sin fines lucrativos, que tengan autorización específica del Poder Legislativo para celebrar contratos de gestión con el Poder Ejecutivo y así tener derecho a la dotación presupuestaria.

- Lograr así una mayor autonomía y una mayor responsabilidad consecuente para los directores de esos servicios.

- Lograr adicionalmente un control social directo de esos servicios por parte de la sociedad a través de sus consejos de administración. Más ampliamente, fortalecer prácticas de adopción de mecanismos que privilegien la participación de la sociedad tanto en la formulación como en la evaluación del desempeño de la organización social, viabilizando el control social.

- Lograr, finalmente, una mayor colaboración entre el Estado, que continuará el financiamiento de la institución, la propia organización social, y la sociedad a la que sirve y que deberá también participar minoritariamente en su financiamiento mediante la compra de los servicios y las donaciones.

- Aumentar, así, la eficiencia y la calidad de los servicios, atendiendo mejor al ciudadano-cliente, a un menor costo.”

Plan Director de la Reforma del Aparato del Estado.

Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/plandiretor.pdf>>

Acessado em: 07.07.2015. p. 22.

²⁷¹ A tendência global de abertura dos setores econômicos à exploração pela iniciativa privada foi observada nas últimas décadas, notadamente, em se tratando dos países latino-americanos. No caso brasileiro, o que se pode considerar é que a mera liberalização dos setores, não acompanhada de uma reforma estrutural da própria máquina pública, em nada altera a dinâmica econômica. Nesse sentido, comentam Francisco Gaetani, Carlos Pereira e Marcus Melo, quando da análise das alterações do setor de telecomunicações brasileiro e as respectivas reformas que deveriam ter acompanhado tal segmento: “Once a reform initiative is actually proposed and approved it must be implemented. Implementation is key because any reform proposal is incomplete and many crucial elements are in fact decided upon while reforms are implemented. It is here that the conventional notion of state capacity focuses. State capacity in fact also involves administrative capabilities (human and financial resources as well as information). In many areas such as regulation, central banking or taxation, it also requires political autonomy (in contrast to industrial policy and R& D). It also requires some kind of “accountable insulation”, i.e. insulation with accountability mechanisms. Bureaucratic insulation from the Market actors and from the political sphere is necessary and is a pre-condition for effectiveness. State capacity also involves steering capacity, i.e. the capacity to coordinate the actors involved. Not all of the policy outcomes of the reform process are in fact anticipated. Good policy outcomes feed back onto the state itself and foster systemic capacity. As indicated before these processes are embedded in a broader institutional environment. Agenda setting capacities and institutional veto gates are constitutionally defined and represent the rules of the game. All of the factors discussed above relate at a broader level to the issue of credibility. Autonomy and independence as well as coordination and steering they all relate to the capacity of states and actors to make credible commitments. The institutional endowment represents therefore the broader context in which the game described above is played. The quality and effectiveness of the institutional rules to enforce political transactions determines the level of credibility of the reform decisions taken.” GAETANI, Francisco, PEREIRA, Carlos; MELO, Marcus. **State Capacity and Institutional change: A Case Study of Telecom Regulation in Brazil.** Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Agencias/05Gaetani_regulacao.pdf> Acessado em: 03.09.2015. p. 3.

Isto posto, conforme é possível observar ante a dinâmica orquestrada em sede das concessões de aeroportos tradicionais, tratava-se de um modelo de composição híbrida entre agente privado e ente estatal, na figura da referida empresa pública. Nesse sentido, a INFRAERO passou a operar, societariamente, com 49% do capital total na concessão, o que lhe assegurava direito à indicação de membros em diferentes níveis de direção, além das atribuições que lhe sejam conferidas em sede do acordo de acionistas.

Destarte, o que se conclui é que a modelagem eleita foi a de vinculação ao Poder Público, ante a noção originária de que por se tratar de uma infraestrutura que ostenta um interesse público deveria ser afetada à esfera da tutela pelo ente estatal. Não se permitindo, assim, que o agente privado explorasse a infraestrutura aeroportuária, na integralidade - sem a atuação da empresa pública aérea²⁷².

Deve-se ainda ressaltar que, com o passar dos anos, o Estado brasileiro lançou-se em um momento posterior às Primeiras Concessões, denominado de Segundo Lote

²⁷² Nos termos do estudo monográfico sobre o setor, disponibilizado pela Consultoria Legislativa do Senado Federal, são apresentadas fortes críticas direcionadas à atuação da INFRAERO e a maneira pela qual a mesma passou a operar uma distorção em sede da dinâmica dos aeroportos nacionais. Confira-se as conclusões, segundo o trecho adiante: *“Outro fator de ineficiência na provisão de serviços aeroportuários é a administração dos principais aeroportos pela INFRAERO. Essa empresa pública obedece a diretrizes políticas, ao invés de econômicas, em sua atuação. Privilegiam-se investimentos em terminais de passageiros, que têm maior visibilidade, com relação às pistas de pouso, taxiamento e pátios de estacionamento de aeronaves. As despesas de conservação e manutenção são sacrificadas com relação aos novos investimentos, que propiciam inaugurações. A distribuição regional dos investimentos também é distorcida, provocando uma alocação de infra-estrutura excessiva em diversas cidades, que permanece ociosa, por falta de demanda, enquanto faltam recursos para a expansão onde a infra-estrutura é escassa, como o terminal São Paulo. Resulta daí um conjunto de aeroportos deficitários, cujas receitas são insuficientes para dar conta da manutenção de suas atividades, pois não há, nem nunca houve, demanda para os investimentos que lá foram realizados. O financiamento dessas despesas é feito pela redistribuição dos recursos arrecadados nos aeroportos congestionados, que financiam os demais. Assim, recursos são drenados para fora dos aeroportos onde eles seriam mais necessários. 99 Nos termos do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 1966, “tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada (art. 3º). 100 Constituição Federal: Art. 154. A União poderá instituir: I – mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição. 49 necessários, no que pode ser caracterizado como um perverso sistema de subsídios cruzados. A ocupação de cargos por influência política é um fator não apenas de ineficiência, pelo empreguismo, mas também de favorecimento à corrupção, pois o enorme volume de recursos movimentados atrai a cobiça de grupos políticos interessados em possíveis fontes de financiamento de suas campanhas101. Por deter a INFRAERO um monopólio sobre principais aeroportos do País, não há incentivos à melhoria da produtividade e do aperfeiçoamento tecnológico. Não há tampouco uma individualização nas finanças de cada aeroporto, pois eles não têm personalidade jurídica própria. O caráter estatal da empresa também dificulta sua regulação pela ANAC, uma vez que seus dirigentes têm influência política e a agência é vulnerável a injunções do Ministério da Defesa. Além disso, penalidades de natureza financeira, como multas, dificilmente afetarão os incentivos da empresa, pois onerarão exclusivamente à União, sua única acionista. A influência política da INFRAERO também lhe tem permitido reter uma parcela excessiva das tarifas TAN e TAT, que se destinam a remunerar o controle do tráfego aéreo, realizado principalmente pelo DECEA102.”* PINTO, Victor Carvalho. **O Marco Regulatório da Aviação Civil: Elementos para a Reforma do Código Brasileiro de Aeronáutica**. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-42-o-marco-regulatorio-da-aviacao-civil-elementos-para-a-reforma-do-codigo-brasileiro-de-aeronautica>> Acessado em: 02.11.2015. p. 48-49.

de Concessões²⁷³. Tal período caracterizou-se por uma leva de concessões de aeroportos, tal qual no regime anterior, em que a assunção de tais concessões não se deu por um único agente privado, mas sim, na maior parte dos casos, pela via de consórcios privados, através de leilões.

Já em um terceiro momento, as concessões dos aeroportos passaram a concentrar-se no bojo do denominado Plano de Investimento em Logística 2015-2018, em que uma nova gama de aeroportos foram destinados à delegação à iniciativa privada, obedecendo-se à dinâmica de leilões²⁷⁴, oriundos de diferentes regiões do país.

²⁷³ Segundo consta de informações veiculadas pela própria INFRAERO, as ondas de concessões que se operaram ao longo da trajetória brasileira compreendem as seguintes fases, conforme citação a seguir: “O primeiro aeroporto concedido foi o de São Gonçalo do Amarante, em Natal, no Rio Grande do Norte. O leilão foi realizado em agosto de 2011 e a concessão iniciada em janeiro de 2012. A seguir, foram contemplados os aeroportos Internacional de Brasília Presidente Juscelino Kubitschek, Internacional de Guarulhos André Franco Montoro e o Internacional de Viracopos, em Campinas. O leilão ocorreu em 7 de fevereiro e as concessões tiveram início em 11 de julho de 2012. O Aeroporto Internacional de Brasília foi arrematado por R\$ 4.501 bilhões, lance feito pelo Consórcio Inframérica Aeroportos, composto pelas empresas Infravix Participações S.A e Corporation América S.A, por um prazo de 25 anos. O Aeroporto Internacional de Guarulhos, por prazo de 20 anos, foi arrematado por 16.213 bilhões, pelo Consórcio Invepar, composto pelas empresas Invepar (Investimentos e participações em infraestrutura S.A) e ACSA, da África do Sul. Já o Aeroporto de Viracopos ficou em 3.821 bilhões, pelo prazo de 30 anos, para o consórcio Aeroportos Brasil, composto pela Triunfo Participações e Investimentos, UTC Participações e Egis Airport Operation (...). O segundo lote das concessões contemplou os aeroportos Internacional do Rio de Janeiro, Galeão Antonio Carlos Jobim e o Internacional Tancredo Neves Confins, em Minas Gerais. O primeiro foi arrematado pelo consórcio Aeroportos do Futuro, formado pela Odebrecht e Transport, com participação de 60%, e a Operadora do Aeroporto de Cingapura Changi, com 40%. O lance mínimo foi estipulado em 4,8 bilhões, superado em 293%. O vencedor ganhou a disputa com o lance de 19 bilhões para operar o aeroporto por 25 anos. O segundo, Confins, foi arrematado pelo consórcio Aero Brasil formado pela Cia de Participações em Concessões – CCR, com participação de 75%, Operadora do Aeroporto de Zurique, Flughafen Zürich AG, com 24% e Munich Airport International Beteiligungs GMBH, com 1%. O lance mínimo de 1,1 bilhão foi superado em 66%, e o consórcio venceu o certame com o lance de 1,8 bilhão para operar o aeroporto por 30 anos. Assim como o primeiro pacote de concessões, para o segundo houve um leilão, realizado em 22 de novembro de 2013, sendo homologado em 23 de janeiro de 2014. (...) Em cerimônia no Palácio do Planalto, realizada no dia 9 de junho de 2015, foi anunciado pela Presidência da República o lançamento do Plano de Investimento em Logística 2015-2018, que inclui a concessão de mais quatro aeroportos da Rede Infraero. São eles: Aeroporto Internacional Pinto Martins, em Fortaleza, Aeroporto Internacional de Salvador Deputado Luís Eduardo Magalhães, Aeroporto Internacional de Florianópolis Hercílio Luz e Aeroporto Internacional Salgado Filho, em Porto Alegre.” Dados obtidos do sítio eletrônica da INFRAERO. Disponível em: <<http://www.infraero.gov.br/index.php/transparencia/concessao.html>> Acessado em: 27.11.2015.

²⁷⁴ Oportuno trazer as críticas de Fernando Barbalho Martins diante da última onda de concessões levada adiante pelo governo federal. O autor tece discordâncias ao recente modelo que trata de instituir a vedação de participação de acionistas de outros concessionários de aeroportos brasileiros. Nessa esteira, expõe o autor: “(...) A eliminação da economia de escala proporcionada pela eventual concessão de aeroporto a grupo ou consórcio que já conte com acionista com outorga em outro aeródromo contraria os ditames da eficiência produtiva descrita acima, não permitindo um aumento de rendimento do sistema com uma redução de custos decorrentes de tal processo de concentração.

Por outro lado, a eficiência alocativa também resta desrespeitada, na medida em que a participação de acionista de outro concessionário nesta nova rodada de licitações melhora a situação deste agente privado, sem como já se demonstrou na seção anterior, piorar a posição concorrencial dos demais competidores no mercado.

Finalmente, o trade-off intertemporal proposto pela ANAC é ilógico, na medida em que veda tal participação no presente, mas abre a possibilidade de fazê-lo no futuro, quando as posições no mercado já estarão consolidadas e, portanto, mais propensas a eventual abuso naquele momento do que atualmente (...).”

Somente para fins de registro, tal pacote de concessões²⁷⁵ contou com um procedimental diferenciado dos anteriores, cuja primeira fase envolveu o denominado Procedimento de Manifestação de Interesse - PMI, em que, notadamente, a Administração Pública valeu-se de consulta ao setor privado, com vistas ao subsídio de informações de estudos e pareceres sobre a infraestrutura aeroportuária que pretendia desenvolver.

Assim sendo, ante o brevíssimo panorama de exploração dos aeroportos públicos civis brasileiros, o que se pode concluir é pela constatação de que o Poder Público sempre manteve-se à frente da gestão do serviço aeroportuário. Não facultando, assim, aos agentes particulares, a atuação em paralelo, mas tão somente conjugados com ele próprio, segundo o regime tradicional de concessão de uso do bem público, para fins de realização da atividade aeroportuária.

MARTINS, Fernando Barbalho. O Direito da Infraestrutura e o Risco Político: Um Estudo do Processo de Concessões Aeroportuárias. In: **Revista de Direito da Procuradoria Geral**. Edição especial. Rio de Janeiro: Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGE-RJ), 2014. p. 345.

²⁷⁵ Em se tratando do setor aeroportuário brasileiro, o que se comunga entre os especialistas é o entendimento no sentido de que o processo de flexibilização da gestão dos mesmos, notadamente por meio da série de concessões dos aeroportos, bem como demais medidas em tal sentido, contribuíram para a maior eficiência desse mercado. A noção de eficiência aqui empregada converge com o que se verificou diante do marco regulatório estabelecido frente às companhias aéreas, no que diz respeito ao transporte aéreo. Nesse sentido, Alessandro Oliveira comenta essa transição de saldo positivo do setor de transporte aéreo, realidade esta que poderia ser transposta para o setor de infraestrutura aeroportuária: “O setor de transporte aéreo no Brasil passou por duas grandes reformas regulatórias ao longo dos últimos 35 anos: a introdução da regulação estrita (a era da “competição controlada”), entre o final dos anos 1960 e início da década 1970, e a Política de Flexibilização da Aviação Comercial (a era do “livre mercado”), introduzida no início da década de 1990. Ao longo destas quatro décadas de políticas governamentais para o setor, estes foram os dois marcos regulatórios mais notáveis, e que influenciam o debate com relação à regulação do setor ainda hoje. Com a liberalização dos anos 1990 e, mais recentemente, com o advento da Lei de criação da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC (Lei n. 11.182, de 27 de setembro de 2005), alcançou-se o resultado em que o transporte aéreo é, hoje em dia, um setor com alto grau de desregulamentação econômica, onde, na maioria das situações, as companhias aéreas competem livremente por posições no mercado. Dado que o setor possui atualmente um marco regulatório mais liberal, tem-se que o adequado entendimento da dinâmica desta indústria passa por uma maior compreensão de como se processa a concorrência entre as empresas participantes do mercado.

Para ser eficiente e apresentar-se como alternativa competitiva viável no mercado de aviação comercial, uma companhia aérea precisa investir pesadamente em sistemas de gestão e na tomada de decisão ágil e eficaz. Uma das decisões que mais afetam sua performance operacional e financeira é a decisão quanto à determinação de sua capacidade produtiva, ou Vol. 1, N. 2 (2007) *Revista de Literatura dos Transportes - RELIT* Página 23 seja, quanto a alocação do tipo de aeronave, sua configuração em termos de número de assentos, bem como a determinação do número de frequências de voo a serem operadas nos vários mercados existentes no âmbito de sua malha aérea. Trata-se de uma etapa do processo decisório da companhia aérea que é fundamental para todo o sistema aéreo, dado que, em última instância, influencia na determinação não apenas do posicionamento de mercado daquela empresa, mas também engendra aspectos operacionais relevantes, como a intensidade do uso das pistas de pouso e decolagem e do controle de tráfego aéreo, com efeitos relevantes nos níveis de congestionamento do sistema como um todo.” OLIVEIRA, Alessandro V. M. **Regulação da Oferta no Transporte Aéreo: Do Comportamento de Operadores em Mercados Liberalizados aos Atritos que Emergem da Interface Público-Privado**.

Disponível em: <<http://www.pesquisaemtransportes.net.br/relit/index.php/relit/article/view/jv1n2p2/25>>
Acessado em: 30.06.2015. p. 2-3.

Isto posto, o que se sugere é que tal modelagem permaneça sem que se obste, de antemão, a possibilidade de uma infraestrutura aeroportuária civil vir a ser explorada pela iniciativa privada, sem afetação ao regime jurídico de direito público - conforme a modelagem tradicional acima descrita, ou seja, sua exploração segundo o modelo de autorização operativa²⁷⁶.

Dessa forma, passar-se-ia a dispor de um modelo de infraestrutura aeroportuária dual, ou seja, uma destinada ao atendimento da demanda a ser suportada pelo Poder público, por meio do instituto da concessão²⁷⁷; e outra a ser objeto de exploração pelos agentes econômicos privados. Compondo-se assim, um modelo aeroportuário mais completo e integrado às exigências que o território nacional brasileiro reclama²⁷⁸.

Justifica-se a afirmação de mais completo porque uma vez que a infraestrutura aeroportuária passe a contar com uma estrutura que seja explorada pela iniciativa privada, em concomitância²⁷⁹ com aquela que se encontre sob responsabilidade do

²⁷⁶ A regulação do setor aeroportuário é objeto de intensa preocupação pormenorização por parte do agente regulador pátrio. Vide o grau de detalhamento da normatização técnica do setor, segundo o Regulamento Brasileiro da Aviação Civil (RBAC) nº 154.

Disponível em: <<http://www2.anac.gov.br/biblioteca/rbac/RBAC154EMD01.pdf>>

Acessado em: 03.09.2015.

²⁷⁷ MARTINS, Fernando Barbalho. O Direito da Infraestrutura e o Risco Político: Um Estudo do Processo de Concessões Aeroportuárias. In: **Revista de Direito da Procuradoria Geral**. Edição especial. Rio de Janeiro: Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGE-RJ), 2014. p. 348-349.

²⁷⁸ Recente estudo elaborado por uma Comissão de Serviços de Infraestrutura do Senado Federal tratou de radiografar o sistema de infraestrutura aeroportuária brasileira, visando ao diagnóstico de diversos pontos a serem aprimorados. Nesse sentido, em primeiro parecer, a Comissão destacou os seguintes pontos: “*Primeiro, a necessidade da expansão da capacidade de infraestrutura aeroportuária. Então se começou a fazer o trabalho de monitoramento dos investimentos em obra de infraestrutura, reforma e expansão dos aeroportos, principalmente os aeroportos da rede Infraero. Iniciou-se também um trabalho de melhoria de gestão, o que chamamos, dentro da Secretaria, de plano de eficiência aeroportuária – são ações de curto prazo que podem melhorar a capacidade aeroportuária com pequenas ações, investimentos em tecnologia, qualificação de mão de obra em processos, melhorias operacionais para processamento e despacho de passageiros e cargas, ou seja, medidas de curtíssimo prazo para melhorar a gestão dos aeroportos e, com isso, aumentar a capacidade da infraestrutura. Esse projeto já está implantado em alguns aeroportos brasileiros, em especial Guarulhos e Confins; ele será expandido para o Galeão, para os aeroportos do Rio de Janeiro.*” Relatório Parcial. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/comissoes/CI/CISTAC/REL/CISTAC_Relatorio_Parcial.pdf> Acessado em: 09.11.2015. p. 274.

²⁷⁹ Importante acrescentar que, muito embora determinadas atividades ostentem a configuração de um monopólio natural não permitindo a concorrência, deve-se, ainda, considerar a possibilidade de serem submetidas à competição frente à seguimentação de seu processo produtivo, ou mesmo, ante a instituição de uma estrutura concorrencial modal. Assim pontuam Joísa Dutra, Patrícia Sampaio e Antônio Maristrello Porto: “*Ainda no que tange à promoção da qualidade da regulação dos transportes coletivos, merece ser lembrado que, ainda que algumas indústrias, como as ferrovias, sejam monopólios naturais, em tese é possível, em algumas situações, a presença de concorrência intermodal.*

Nos Estados Unidos, no século passado, a regulação dificultadora da concorrência entre os transportes rodoviário e ferroviário no transporte de cargas, ambos regulados pela ICC, foi alvo de críticas. (...)

(...) No Brasil, a regulação incentivadora de concorrência intermodal apresenta algumas dificuldades. Além de se combater os riscos atrelados ao processo da regulação — entre eles, o de captura das entidades reguladoras pelo poder econômico ou pelo governo (poder concedente) — faz-se necessário lidar com a forma federativa de Estado, em que competências regulatórias sobre distintos modais muitas vezes estão a cargo de

Poder Público, passa-se a permitir a modernização de espaços e o desenvolvimento das inovações tecnológicas do setor em questão²⁸⁰.

Em verdade, a liberdade ampla de gestão que o explorador privado dispõe-se em contraposição às amarras a que está jungido o concessionário, permite àquele incorporar uma série de inovações tecnológicas no desenvolvimento de sua atividade, modernizando-se e tornando-a mais eficiente²⁸¹.

Não só. É possível que, uma vez incorporada certa tecnologia por aeroportos privados, haja uma facilitação da sua incorporação também pelos aeroportos públicos. Explica-se: como o explorador privado não estará, em regra, submetido, por exemplo, a limitações tarifárias e a exigências de universalização, poderá ele incorporar inovações de custo mais elevado (pois terá condições de repassá-lo ao consumidor), e/ ou cuja oferta não possa ser disponibilizada a todos os clientes (em razão de não se sujeitar à regra da universalização).

Ocorre que, uma vez incorporada certa tecnologia que os exploradores dos aeroportos públicos não teriam condições de adotar pelas operadoras de aeroportos privados, é possível que a demanda pela inovação criada por estes gere efeitos benéficos àqueles, tais como: a redução de preços e/ou a ampliação da oferta ao público consumidor.

Ademais, importa ressaltar o intercâmbio de expertise como uma externalidade positiva do processo de introdução da assimetria regulatória no setor de infraestrutura aeroportuária, já que se passa a ter uma pluralização de prestadores, sujeitos a regimes jurídicos diversos, atuando em um mesmo sistema.

Com efeito, nota-se que a interação estabelecida entre os diferentes exploradores pertencentes ao sistema e entre estes e os usuários, que, por sua vez, se relacionem com diversos prestadores da atividade cria um intenso fluxo de informações em

diferentes órgãos.” DUTRA, Joísa Campanher; SAMPAIO, Patrícia; PORTO, Antônio José Maristrello. Dificuldades na Regulação dos Transportes Coletivos. In: **Revista Conjuntura Econômica**. Vol. 66, n. 3. Rio de Janeiro: IBRE/FGV, 2012. p. 4.

²⁸⁰ Segundo manual descritivo de *design* e operação aeroportuária da ICAO (International Civil Aviation Organization), as nações signatárias da Convenção de Chicago tem de valer-se do normativo acerca da infraestrutura aeroportuária para o setor nele estipulados, de tal modo que a regulação nacional deve basear-se no normativo internacional, com o fim de se obter certa hegemonia regulatória desse segmento, conferindo-se padronização aos níveis de segurança. O que demonstra, em certa medida, a intensa regulação do setor, não se justificando o argumento de que a exploração pela iniciativa privada traria riscos à proteção dos usuários.

Aerodrome Standards: Aerodrome Design and Operations. Disponível em:

< <http://www.icao.int/safety/implementation/library/manual%20aerodrome%20stds.pdf>>

Acessado em: 05.10.2015.

²⁸¹ MARTINS, Fernando Barbalho. O Direito da Infraestrutura e o Risco Político: Um Estudo do Processo de Concessões Aeroportuárias. In: **Revista de Direito da Procuradoria Geral**. Edição especial. Rio de Janeiro: Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGE-RJ), 2014. p. 338-340.

que o conhecimento alcançado por determinado agente, proposital ou acidentalmente, permite que os demais passem a também reproduzir²⁸².

Certamente, tal afirmação - de que a abertura à exploração pela iniciativa privada de um aeroporto que passe a operar, em concomitância com uma estrutura de aeroporto de exploração pelo Poder Público - não induz a uma *conditio sine qua non*, mas tão somente sugere que o estímulo à competitividade seja intensificado em tais ambientes.

Isto porque, o mercado opera, no mais das vezes, conforme a equação, já tratada no capítulo anterior: otimiza a produção, ante a diminuição do tempo, bem como a redução dos respectivos custos, revelando-se assim o incentivo aos agentes na busca pela inovação dos meios de produção, de forma a obter o aumento da escala de produção, frente ao seu competidor.

Portanto, caso a prestação do serviço de infraestrutura aeroportuária dispusesse de um prestador privado, simultâneo ao prestador estatal, o qual contasse com uma atração de investimentos em sua atuação, poder-se-ia obter uma alternativa à expansão da malha aeroportuária e de crescimento do setor, compatibilizando-se às demandas reprimidas do mesmo. Não se mantendo dependente, única e exclusivamente, do prestador estatal o qual se vê sobrecarregado ante as exigências do segmento²⁸³, conforme comprova a própria onda de concessões assistidas ao longo dos anos.

²⁸² PORTER, Michael E. **Estratégia Competitiva - Técnicas para Análise de Indústrias e da Concorrência**. (Trad.). BRAGA, Elisabeth Maria de Pinho Braga. 2ª edição. 7ª reimpressão. Rio de Janeiro. Elsevier, 2004. p. 178.

²⁸³ Segundo relatório consolidado, elaborado pela McKinsey&Company, estudo este encomendado pelo BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social), em que se buscou mapear o referido setor brasileiro, mediante processo de Chamada Pública BNDES/FEP No. 003/2008, as melhoras que devem ser operadas no setor de infraestrutura aeroportuária compreendem: “*Aviação civil com planejamento integrado com outros modais (i.e. vinculada ao Ministério dos Transportes); efetiva coordenação e planejamento do setor como um todo; novo marco regulatório do setor, com legislação clara e organizada em um número mínimo de diplomas consolidadores; controle de tráfego aéreo civil regulado e fiscalizado pela ANAC; sistema de incentivos, com metas claras norteadas pelos objetivos de política pública Governança; maior utilização do modal aéreo, triplicando o volume atual de passageiros, 310 milhões PAX; 0,7 viagem/hab/ano; Principais aeroportos do País operando sem gargalos críticos; RMSP, principal hub na América Latina, oferecendo nível de serviço B/C; 2 novos hubs internacionais: RJ e Nordeste; Guarulhos, Viracopos e Galeão com acesso ferroviário rápido; controle de tráfego aéreo civil de classe mundial Infraestrutura; mercado competitivo, sem barreiras de entrada significativas, com novas rotas domésticas e internacionais; cias. aéreas operando com alto nível de eficiência, com repasse destes ganhos aos passageiros; redução de 50% na lacuna de yield; 2 vezes mais aeroportos com rotas regulares; eliminação das barreiras estruturais e custos evitáveis Serviços aéreos; papel relevante da iniciativa privada na administração de aeroportos; eficiência operacional de classe mundial; receitas comerciais = 40-50% do total Administração aeroportuária; Sistema autossuficiente.*” **Estudo do Setor de Transporte Aéreo do Brasil: Relatório Consolidado**, 2010.

Disponível

em:

<http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/pesquisa/chamada3/sumario_executivo.pdf> Acessado em: 30.07.2015. p. 15.

Na linha do que sugerem os indicativos aqui esboçados - concorrência, otimização na linha de produção, incremento de inovações tecnológicas - tais aeroportos de gestão exclusiva pela iniciativa privada poderiam dispor de maior atrativo a tais investimentos, visto que a dinâmica negocial e de gestão não encontra os impedimentos legais que o regime de direito público impõe ao concessionário.

Tudo para que, ao fim e ao cabo, possa-se contemporizar um ambiente de prestação simultânea na atividade aeroportuária brasileira, como meio de obtenção de esforços comuns entre Poder Público e iniciativa privada, configurando-se assim, a dita assimetria regulatória frente ao setor, ao se permitir a constituição de aeroportos públicos civis e aeroportos privados civis, destinados à aviação não executiva regular.

O desenvolvimento dos argumentos até aqui obtidos permite afirmar que por intermédio dessa composição alcançar-se-ia um cenário de prestação básica do atendimento da população pelo delegatário do serviço de infraestrutura aeroportuária - concessionário.

Ao passo que, o agente privado, não adstrito às limitações que o regime jurídico de direito público lhe imporia, possa desempenhar suas atividades de modo a tornar-se atrativo ao capital investidor e, por conseguinte, reproduzidor de inovações tecnológicas do ramo e elevador dos níveis de qualidade e satisfação dos usuários do setor.

4.4 Unindo os Elos: Lições da Assimetria Regulatória e o Setor Aeroportuário

Após a apresentação de viés mais descritivo acerca do setor aeroportuário brasileiro, cumpre ainda estabelecer algumas correlações entre as ideias desenvolvidas sobre o regime de assimetria regulatória e o setor em questão, para fins de conclusão do presente estudo. Para tanto, percorrer-se-ão os conceitos aqui trabalhados e a maneira pela qual a interpretação acerca do setor poderia ser equacionada.

Primeiramente, impõe-se rememorar que a noção de serviço público - a qual foi empregada no trabalho em tela para fins de exemplificação das atividades que ostentam interesse público - não deve ser lida de forma estanque, a compreender somente prestações

de cunho social, mas também econômicas²⁸⁴. Nem mesmo deve ser tratada de forma genérica, abarcando toda e qualquer atividade prestada pelo Estado.

À luz de tais noções, pode-se considerar que quando se está diante do setor de infraestrutura aeroportuária, deve-se analisar um ramo híbrido, o qual abrange duas modalidades de atividades, quais sejam: a de gestão de bem público e o exercício do transporte aéreo. A abordagem desse último serviço não é objeto da dissertação, ainda que, indiretamente, o tratamento do problema da gestão dos aeroportos deva considerar aspectos inerentes a tal atividade. O cerne aqui tratado diz respeito à gestão do uso do bem público aeroporto.

Segundo comumente difundido, os aeroportos sempre trouxeram consigo a noção intrínseca de soberania, segundo a qual o Estado-Nação, soberano quanto a seu espaço aéreo, detinha o domínio sobre a exploração de tal bem, assegurando-se a manutenção daquela, a partir do controle das estruturas de acesso a ele, os aeroportos.

Ocorre, todavia, que, como passado em outros setores, o avanço tecnológico viabilizou um adequado controle do espaço aéreo sem a necessidade de domínio pleno sobre a infraestrutura aeroportuária. Não é só. O progresso econômico-social permitiu uma ampliação do uso do transporte aéreo para diversas finalidades, fazendo surgir novas demandas sobre dito transporte e, conseqüentemente, pela infraestrutura necessária a seu desenvolvimento.

A partir da evolução da sociedade e das demandas por novas tecnologias, bem como a necessidade de atração aos investimentos privados, procedeu-se à abertura do setor que, no caso brasileiro, concentrou-se na onda de concessões²⁸⁵, levadas a cabo pelo governo federal.

²⁸⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 160-162.

²⁸⁵ Notadamente, o que se aponta é que os aeroportos brasileiros revelam-se deficitários, uma vez que seus ativos não decorrem, majoritariamente, de suas próprias receitas, mas sim de receitas externas. Noutros termos, deve-se viabilizar a operação mais dinâmica dos aeroportos brasileiros, de forma que a gestão eficiente consiga auferir maior receita ante sua própria estrutura, evitando-se a operação a níveis deficitários. Daí porque a necessidade de abertura do setor ao investimento e às inovações tecnológicas, de forma a tornar mais produtiva a operação dos aeroportos nacionais, reduzindo custos e funcionando como atrativo de demanda de público. A afirmação ora realizada é retirada da conclusão do estudo a seguir: *“De maneira geral, entre 2002 e 2007, apenas os aeroportos de Guarulhos e Campinas foram superavitários todos os anos, se levarmos em conta a correta depreciação dos ativos. Quando o aeroporto era superavitário levando em conta a depreciação contábil adequada, ele passava também nos testes Stand Alone e de custo incremental (isto é, ele era considerado não subsidiado pelos demais). Pelo teste do custo incremental, também em Congonhas, Manaus, Navegantes, Fortaleza e Ilhéus as receitas específicas de cada aeroporto superaram a nossa estimativa de custo incremental do aeroporto. Por outro lado, ainda levando em conta a depreciação correta, se o aeroporto passasse no teste Stand Alone, ele necessariamente passaria no de custo incremental e seria superavitário. Ao se efetuarem os mesmos testes para atividades ou combinações de atividades em âmbito nacional, percebeu-se*

O que se pode considerar, tomando por base as premissas tratadas na parte inicial do estudo é que, a despeito de o Poder Público haver reservado ao seu domínio a titularidade sobre tais bens, a questão da exclusividade de tal titularidade passou a ser colocada em questão, uma vez que também pode ser discutível a essencialidade de tal escolha política.

A uma, porque a soberania sobre o espaço aéreo não se confunde com a ideia de soberania sobre o próprio bem, o aeroporto²⁸⁶. A duas, porque manter a titularidade do bem ao domínio estatal e delegar sua gestão representa, em termos práticos, fazer a opção pela gestão privada do bem público.

Com isso, a discussão acerca da reserva da titularidade estatal sobre tal bem público resta assim posta em foco. O que incrementa o tema aqui abordado, já que revela a necessidade de maior acuidade por parte do regulador quanto à possibilidade de se proceder à abertura do setor aeroportuário, ante a instituição do regime de assimetria regulatória.

Dessa forma, em não se encontrando a matéria sacramentada, mas sim suscetível a questionamentos e novas proposições é de se ter em mente que o setor aeroportuário deve ser submetido a um exame de proporcionalidade das finalidades pretendidas, em especial, no que tange à política regulatória que será objeto de implementação a longo prazo.

Explica-se: a análise da proporcionalidade da medida regulatória deve se ater quanto a três sub-regras, são, pois: (a). a da adequação, (b). a da necessidade e, por fim, (c). a

*que: 1) Com depreciação, houve cinco combinações (três pares e uma tripla) de atividades, todas elas incluindo Operações de Aeronaves, que tiveram o teste de custo incremental rejeitado em pelo menos um ano, e todas tiveram rejeição no teste Stand Alone no período de 2002-2007; 2) Sem depreciação, houve quatro combinações (incluindo a totalidade) de atividades que tiveram o teste Stand Alone rejeitado em pelo menos um ano, mas nenhuma atividade ou combinação de atividades teve alguma rejeição no teste de custo incremental no período de 2002-2007. 167 Se, por um lado, contabilizar a depreciação permite levar em conta melhor o custo de capital do aeroporto, há que se lembrar que o custo contábil difere do custo econômico. De fato, o custo de aquisição dos equipamentos e edificações que estão sendo depreciados não reflete necessariamente seu real custo de oportunidade, isto é, o seu preço de mercado. Assim, por exemplo, aeroportos com investimentos muito recentes tendem a aparecer com custos de capital mais altos, já que ainda não depreciaram totalmente os investimentos feitos.” FIUZA, Eduardo P.S.; PIONER, Heleno Martins. **Estudo Econômico sobre Regulação e Concorrência no Setor de Aeroportos**. Disponível em: <<http://www2.anac.gov.br/arquivos/pdf/EstudosRegulatorios.pdf>> Acessado em: 10.08.2015. p. 166-167.*

²⁸⁶ Convém ressaltar que o poder de polícia necessário a garantir a soberania estatal sobre o espaço aéreo poderá ser exercido mesmo em aeroportos privados, devendo o quadro regulatório da atividade prever a obrigação de os autorizatários tolelarem o desempenho dessa função administrativa em sua estrutura e, até mesmo, de prestar-lhe auxílio (por exemplo, disponibilizando um espaço adequado para o seu desenvolvimento). Nesse sentido, nota-se, por exemplo, que os aeródromos privados subordinam-se ao poder de polícia da ANAC e do Departamento de Controle do Espaço Aéreo (DECEA), como bem aponta Carolina Caiado Lima Rodrigues. RODRIGUES, Carolina Lima Caiado. Poder de Polícia e o Setor Aéreo do Brasil. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). **Poder de Polícia na Atualidade: Anuário do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico - CEDAU do ano de 2011**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 290

da proporcionalidade em sentido estrito. Isto posto, analisando o caso do setor de aeroportos brasileiros, o exame deve compreender a aferição quanto à sub-regra da adequação, nos seguintes termos: se a eleição pelo modelo de titularidade exclusiva do Estado revela-se como o meio mais apto aos objetivos pretendidos (em especial: ampliação da oferta, melhoria da qualidade da atividade e alcance de tarifas que respeitem uma satisfatória relação custo-benefício), interditando-se a possibilidade de o agente privado também figurar como titular da exploração da infraestrutura aeroportuária.

Já em relação à sub-regra da necessidade, a escolha pela exclusividade da titularidade da exploração ao Poder Público deve se apresentar como imprescindível à satisfação das finalidades almejadas para o setor. O que, como já sugerido em linhas pretéritas, não se revela tão fundamental, eis que, na prática, o Estado brasileiro opta pela delegação da gestão de seus aeroportos à própria iniciativa privada.

Assim é que uma alternativa para que os aeroportos - ainda que identificados como bens que resguardam algum interesse público sejam objeto de proteção pelo ente estatal - seria manter a obrigação de o Estado brasileiro permanecer no encargo da gestão de tais bens, a fim de garantir que os direitos fundamentais relacionados a tais atividades sejam atendidos, sem, contudo, manter a exclusiva titularidade sobre os mesmos.

O que não inviabilizaria, por outro lado, a prestação em concomitância com a iniciativa privada. Nesse sentido, a exploração pelo ente estatal ou por seu delegatário operar-se-ia segundo o regime de direito público (*publicatio*), enquanto que aos agentes econômicos exploradores seria aplicado o regime de direito privado (*ordenatio*). Perfazendo-se assim um modelo de assimetria regulatória ao setor aeroportuário²⁸⁷, no qual a dualidade de regimes de titularidade de exploração de atividades passariam a conviver.

²⁸⁷ Em trabalho monográfico sobre o tema da infraestrutura aeroportuária de gestão pela iniciativa privada, o autor comenta: “Ao autorizar a exploração de aeroportos à iniciativa privada, criar-se-ia condições para a admissão de competidores para atuar de forma mais flexível no setor aeroportuário, assim, diretamente fomentando a competição entre aeroportos por mais tráfegos e negócios. Isso também poderia resultar no aumento do número de cidades servidas e na descentralização de aeroportos congestionados, o que ocorreria mediante o surgimento de novos aeroportos hubs.

Não se pode deixar de acrescentar a esses benefícios a possível melhora geral na qualidade do serviço prestado, constatado que a concorrência a ser criada em determinados tipos de aeroportos, nos quais ela for suportável, traria avanços tecnológicos e maior rapidez na realização dos investimentos necessários, já que os entes privados autorizados não têm os mesmos entraves normalmente enfrentados por empresas públicas, e até mesmo concessionários, a exemplo de precificação de serviços e obrigações contratuais com o governo, dada a maior intensidade regulatória imposta sobre eles.” PRAZERES, Doriêdo Luiz dos. **A Exploração de Aeroportos em Regime Privado (Regime de Autorização)**. Disponível em: <http://www.academia.edu/5471100/A_Explora%C3%A7%C3%A3o_de_Aeroportos_em_Regime_Privado_Regime_de_Autoriza%C3%A7%C3%A3o> Acessado em: 10.08.2015. p. 59-60.

Em derradeira análise, segundo a sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito - a qual expressa a noção de sopesamento de custo-benefício - tem-se que a reserva da titularidade de exploração dos aeroportos ao exclusivismo do Estado parece não se justificar diante dos possíveis benefícios que a alteração de regime exploratório poderia acarretar.

Certo ainda considerar que o interesse público subjacente a tal atividade pode ser plenamente preservado mediante o estabelecimento de normas regulatórias que venham a delimitar o espectro do exercício da livre iniciativa pelos autorizatórios, bem como pela própria prestação concomitante da atividade pelo Poder Público.

Conforme já assentado em tópicos específicos do estudo, a probabilidade de um eventual incremento da atividade aeroportuária com a abertura da titularidade de tais bens aos agentes privados poderia vir a representar um presumível aumento nos níveis de qualidade do serviço aeroportuário brasileiro. De tal modo que, a inviabilização, de plano, quanto a essa oportunidade não se justificaria.

O limitado escopo deste trabalho e o seu caráter jurídico não permitem uma profunda incursão sobre a análise de aspectos técnicos e econômicos que comprovem ser o regime de assimetria regulatória apto a garantir o alcance dos objetivos acima descritos no setor aeroportuário.

Aliás, tamanha pretensão, se fosse cometida, esbarraria na própria carência de estudos mais detalhados voltados para esse tema, o que, possivelmente, pode dever-se, ainda que não totalmente, à própria incipiência do debate sobre a admissão da aplicação do regime de assimetria regulatória ao setor, desestimulando o avanço da discussão sobre suas consequências.

Daí porque uma das finalidades do presente estudo é defender que, sob o ponto de vista jurídico, inexistirá óbice ao regime de assimetria regulatória, pois a reserva de exclusiva titularidade de determinadas atividades ao Estado só pode se dar pela via excepcional, o que não se configura em relação à infraestrutura aeroportuária. Isso para que, superada essa situação de incerteza, possa haver estímulo ao desenvolvimento de estudos mais aprofundados sobre a viabilidade econômica e técnica de implementação de tal regime de exploração do setor de infraestrutura de aeroportos.

De todo modo, oportuno esclarecer que a posição defendida neste trabalho, em favor da instituição do regime assimétrico, não se pauta em argumentos puramente

indutivos, mas sim em ensinamentos consagrados das Ciências Econômicas²⁸⁸ e na percepção de que o modelo simétrico de exploração da infraestrutura aeroportuária apresenta sérias deficiências²⁸⁹.

Acrescente-se, pois, a tal análise de proporcionalidade o fato de que a flexibilização da titularidade sobre os aeroportos - de modo que passem não mais a ser tidos como bens públicos mas sim que se permita sua caracterização como bens privados - não configura riscos a questões atinentes à soberania de Estado, visto que o bem público aeroporto não se confunde com o domínio sobre o espaço aéreo nacional²⁹⁰.

Já se pode ver, assim, que, além de se atender à leitura dos dispositivos constitucionais²⁹¹ que foram aqui desenvolvidas, também restaria contemplada uma posição mais consentânea com a noção de subsidiaridade contempada pelo estudo, no sentido que a regra do exercício das atividades econômicas seria o desempenho pelos agentes econômicos privados, figurando o Estado como ator residual²⁹².

²⁸⁸ As noções econômicas basilares aqui desenvolvidas compreendem o raciocínio de que a introdução da competitividade nos setores econômicos tende à otimização da produção, obtida mediante a diminuição do tempo de produtividade, bem como a redução dos respectivos custos é que funcionarão como um incentivo aos *players* na busca pela inovação dos meios de produção, de modo a alcançar o aumento da escala de produção, frente ao seu competidor. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Tradução: Luis Marcos Sander; Francisco Araújo da Costa. 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 49-55.

²⁸⁹ **Estudo do Setor de Transporte Aéreo do Brasil: Relatório Consolidado**, 2010. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/pesquisa/chamada3/capitulo3.pdf> Acessado em: 30.07.2015. p. 141.

²⁹⁰ Importa aqui comparar o regime exploratório aeroportuário e o portuário, que, recentemente, sofreu uma profunda mudança, passando a sujeitar-se à assimetria regulatória. Nesse sentido, cabe salientar que a manutenção do controle sobre o domínio marítimo também era tida, tradicionalmente, como essencial para a garantia da soberania estatal. Nada obstante, atualmente, não mais se sustenta a tese de que a reserva de exclusiva titularidade estatal sobre os portos seja necessária para preservá-la. Vitor Rhein Schirato faz tal observação, quando da análise do setor de portos brasileiro: *“A relação entre os serviços portuários e o Estado é antiga e tradicional. Por ser um elemento essencial à proteção da soberania nacional e à existência e ao desenvolvimento da relação com outras nações, os serviços e as atividades portuários, em alguma medida, encontram-se sob algum controle ou regulação do Estado”*. SCHIRATO, Vitor Rhein. **As Infraestruturas Privadas no Novo Marco Setorial de Portos**. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Portos e seus Regimes Jurídicos: A Lei nº 12.815/2013 e seus Desafios**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 326. p. 325-343.

²⁹¹ A título de exemplificação, a discussão acerca da leitura da CRFB/88 quanto à Ordem Econômica brasileira, no bojo da análise apresentada deu-se no seguinte sentido: de que a liberdade econômica, ao assegurada pela promoção da livre iniciativa (art. 1, IV), bem como o regramento de atuação subsidiária do Estado brasileiro (art. 173), além do artigo 174 da Carta Magna, o qual aponta que o Estado brasileiro atuará como agente normativo e regulador da atividade econômica não trata de prestigiá-lo como agente econômico, mas sim regulador.

Ademais, o artigo 175 da CRFB/88, interpretado, sistematicamente com os artigos 170, 173 e 174 da Carta de 1988, sugere a compreensão de que o Estado possui o dever de prestar serviços públicos, direta ou indiretamente, sem, contudo, deter a titularidade exclusiva dos mesmos, à semelhança do que ocorre com os serviços de saúde e educação (artigos 196 e 205 da CRFB/88), os denominados *serviços compartilhados* ou *sociais*.

²⁹² Quando se afirma em sede do presente estudo que o processo de escolha para que uma atividade seja submetida à reserva da exclusividade estatal obedeça a parâmetros criterizados, está-se a sugerir que a regra seria a livre iniciativa para a exploração das atividades econômicas; sendo o residual a concentração de atividades ao domínio exclusivo pelo Poder Público, em conformidade com os argumentos já apresentados no

Até mesmo porque, como é possível observar a partir de um olhar mais atento ao setor, os agentes econômicos privados demonstram interesse na possibilidade de exploração da infraestrutura aeroportuária. Essa afirmação pode ser comprovada pelo simples exame dos diversos pleitos veiculados perante a Secretaria de Aviação Civil (SAC)²⁹³, intencionado a autorização para a exploração de aeroportos privados em que possam ser desenvolvidos, exclusivamente, os serviços aéreos privados, os serviços aéreos especializados e os de táxi aéreo²⁹⁴ (que não se confundem com os serviços aéreos da aviação regular - como, por exemplo, os voos comerciais operados pelas companhias aéreas delegatárias do Poder Público).

A partir de tal constatação, pode-se aliar argumentos de ordem teórica com questões de cunho prático, à medida em que é possível identificar uma disposição dos atores privados em lançarem-se ao investimento da exploração sobre o setor aeroportuário brasileiro. Daí porque, sustenta-se haver uma indevida restrição ao exercício da livre iniciativa.

Certamente, não se olvidando, a compensação dos agentes delegatários do Poder Público, os quais já se encontravam com seus respectivos contratos de concessão em curso²⁹⁵ e que se verão surpreendidos pela introdução da competição no setor em destaque.

decorrer do trabalho. De tal modo que, tal eleição não se caracterize por uma seleção arbitrária e desprovida de fundamentação pela Administração Pública.

A noção de que as atividades prestadas pelo Estado devem denotar algum grau de essencialidade foram objeto de maior abordagem em artigo de autoria própria, cuja ideia, sinteticamente falando, conduzia-se à seguinte noção: “(...) *As atividades de interesse público que sejam desempenhadas pela entidade estatal exclusividade devem ser restringidas, por meio da concentração de uma mínima parcela daquelas à órbita de prestação única pelo Estado, em decorrência não somente da oferta mais eficiente e adequada de tais serviços pelos particulares, orientados por uma dinâmica de mercado, mas também em razão de a própria Ordem Econômica constitucional pátria prestigiar e assim preceituar o direito fundamental à livre iniciativa. Cumpre ademais dispor, que a leitura que mais se coaduna com a orientação de um modelo de Estado Democrático Pluriclasse e que prestigie, de fato, a liberdade econômica, por meio da valorização da iniciativa privada é aquela que oportuniza aos particulares não somente a prestação, mas a própria titularidade, quanto ao mais amplo conjunto das atividades que venham a ser prestadas no corpo da sociedade, ainda que estas denotem, em algum grau, uma relação mais direta com o interesse público.*” TORRES, Maira Ayres. Serviço Público Líquido - A Lógica Residual do Estado Regulador. In: GUERRA, Sergio. (Org.). **Teoria do Estado Regulador**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 299.

²⁹³ As informações acerca dos pleitos de autorização dos agentes privados, com vistas à exploração dos aeroportos privados podem ser localizados no próprio sítio eletrônico da Secretaria de Aviação Civil (SAC). Disponível em: <<http://www.aviacao.gov.br/aceso-a-informacao/outorgas/projetos-em-andamento>> Acessado em: 13.08.2015.

²⁹⁴ Parecer técnico da Procuradoria Federal, referente à remessa à Secretaria de Aviação Civil (SAC) acerca do pleito à autorização para fins de exploração do aeroporto privado de Cascavel. Processo nº: 00055.000080/2015-52.

Disponível em: <<http://www.aviacao.gov.br/aceso-a-informacao/outorgas/arvoredo-fly-in.pdf>> Acessado em: 12.08.2015.

²⁹⁵ Acerca do tema sobre a ampliação da contratação pública, ante a introdução de novos agentes econômicos e demais mecanismos de incremento do regime jurídico tradicional dos contratos administrativos, interessante a observação do cenário internacional europeu desenvolvida por Maria João Estorninho: ESTORNINHO, Maria

Razão pela qual se faz necessária a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de tais contratações, resguardando-se as legítimas expectativas²⁹⁶ depositadas quando da pactuação com o Poder Público, desde que se comprove que a alteração do quadro regulatório acarretará efetivos prejuízos aos atuais prestadores delegatários. Isso porque a oferta de atividade que se inaugurará pode não ser rival àquela já existente, vindo a atender outro nicho de mercado, não interferindo, assim, no equilíbrio dos contratos de concessão.

Importa de igual forma mencionar que a introdução e a manutenção do modelo de assimetria regulatória tem de ser objeto de uma aferição periódica, prospectiva e retrospectiva, a demandar do agente regulador o constante controle²⁹⁷ para fins de cumprimento dos objetivos intencionados para o setor. Dito isto, o instrumental da Análise de Impacto Regulatório (AIR) deve ser empregado de modo a detectar se a composição nos termos de uma competição assimétrica vem ou não a atingir o esperado ou se, a opção pela manutenção do regime simétrico é mais adequada ao setor analisado.

Nesse sentido, o exame do ramo de infraestrutura aeroportuária deverá buscar aferir se e em que medida a opção por um ou outro regime, que esteja vigendo ou que se almeje implementar contribui para a ampliação da oferta da atividade aeroportuária de forma a atender as demandas existentes (inclusive e, sobretudo, a reprimida) e esperada, para a melhoria da qualidade da atividade prestada, principalmente, viabilizando a incorporação célere e não excessivamente onerosa de novas tecnologias e, ainda, para situar as tarifas em um patamar adequado, sob a ótica da relação custo-benefício.

Feitos tais delineamentos, sugere-se que, em termos da possibilidade de elevação da otimização dos serviços aeroportuários, de aumento dos padrões de eficiência, assim como de ampliação da oferta da atividade, ou mesmo, de adaptabilidade às inovações tecnológicas do setor, a oportunidade de abertura da titularidade da gestão dos aeroportos,

João. **Curso de Direito dos Contratos Públicos: Por uma Contratação Pública Sustentável**. Coimbra: Almedina, 2014. p. 64-72.

²⁹⁶ A noção de que os direitos de propriedade devem ser assegurados, de modo a possibilitar-se um cenário de atratividade ao capital investidor é a que se segue no presente estudo. Ainda mais, quando se está diante da formulação de regras pelo agente regulador, com vistas ao incremento de determinado setor econômico. Na esteira do pensamento de Douglass North, a ideia pode ser sintetizada a partir do seguinte trecho: “*A capital Market entails security of property rights over time and will simply not involve where political rules can arbitrarily seize assets or radically alter their value. Establishing a credible commitment to secure property rights over time requires a ruler who exercises forbearance and restraint in use coercive force, or the shackling of the ruler’s power to prevent arbitrary seizure of assets (...)*” NORTH, Douglass C. Institutions. In: The Journal of Economic Perspectives. Vol. 5, No. 1 (Winter, 1991), Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1942704?seq=5#page_scan_tab_contents> Acessado em: 03.09.2015. p. 101.

²⁹⁷ Assim dispõe: GUERRA, Glauco Martins. Agências Reguladoras no Brasil: Princípios da Legalidade e Regulação. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (Org.). **Direito Regulatório - Temas Polêmicos**. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 295-337.

segundo um regime de direito privado, não deva ser descartada, sem que para tanto seja demonstrada uma justificação exaustiva acerca de tal escolha.

Tudo isso seria, ao menos em tese, possibilitado pela flexibilidade proporcionada pela quebra da exclusividade de titularidade estatal sobre a gestão dos aeroportos, permitindo-se que a iniciativa privada também passasse a titularizar, por direito próprio tais bens. Isso porque dita flexibilização refletiria um incentivo a mais aos agentes econômicos para virem a aportar seus investimentos²⁹⁸, uma vez que a rigidez do regime de direito público representa, em alguma medida, um fator de não incentivo aos agentes econômicos, dadas as limitações que lhe são peculiares.

A ilustração do setor aeroportuário, teve o intuito de representar, na prática, a composição de um modelo de titularidade de exploração dual em que agente público e agente econômico privado poderiam conviver na gestão dos aeroportos brasileiros; cada qual incumbido de sua função e obrigações, a depender das exigências atinentes a cada modalidade de regime, se de direito público (*publicatio*), se de direito privado (*ordenatio*).

É justamente isso o que se vem tentando defender, ao longo deste trabalho, não como solução única, peremptória e perfeita, a ser replicada em toda e qualquer atividade que, atualmente, tenha a sua titularidade reservada ao Estado, mas como alternativa real que deve sempre ser analisada à luz das circunstâncias de cada setor, porquanto, em tese, afigura-se como a opção mais consentânea ao texto constitucional vigente.

²⁹⁸ É de se apontar, somente a título de ilustração, que setores econômicos, tal qual o setor de infraestrutura aeroportuária, demandam do agente econômico privado, em termos de gestão da estrutura, um ágio em torno de 373% a serem pagos pelo consórcio vencedor Invepar, como no caso do aeroporto de Guarulhos - São Paulo, conforme descrito em estudo de 2014 desenvolvido pela CNI (Confederação Nacional da Indústria). Daí a conclusão do trabalho em tela para a diminuta procura pelos leilões da leva de aeroportos concedidos: *“O resultado dos leilões surpreendeu e gerou preocupações pelos ágios elevados alcançados e pela composição dos consórcios vencedores. Sob esse aspecto, foi ressaltada a ausência das grandes empreiteiras nacionais e das operadoras de grandes aeroportos internacionais, cujas propostas foram derrotadas; o porte e a experiência prévia dos operadores aeroportuários integrantes dos consórcios vencedores; e ainda a participação indireta dos fundos de pensão das empresas estatais na concessionária do aeroporto de Guarulhos, o que, associado à participação da Infraero, poderia configurar uma gestão com forte influência estatal”*. Nesse contexto, as preocupações manifestadas diziam respeito à viabilidade econômica das operações em face dos ágios pagos pelos consórcios vencedores e da capacitação dos 18 O reduzido porte dos operadores está associado à exigência de habilitação técnica do edital: o processamento mínimo de cinco milhões de passageiros anuais em pelo menos um ano nos últimos dez anos. 42 CNI - **CONCESSÕES EM TRANSPORTES E PETRÓLEO E GÁS: AVANÇOS E PROPOSTAS DE APERFEIÇOAMENTOS** operadores aeroportuários integrantes desses consórcios para processar a movimentação prevista para os aeroportos licitados.” **Concessões em Transportes e Petróleo e Gás: Avanços e Propostas de Aperfeiçoamento**. Estudo desenvolvido pela CNI - Confederação Nacional da Indústria.

Disponível em:

<http://arquivos.portaldaindustria.com.br/app/conteudo_24/2014/07/22/456/V12_Concessoestransportepetroleoegas_web.pdf>

Acessado em: 04.08.2015. p. 42-43.

Conclusões

Chega-se ao momento de finalização do presente estudo com o intuito de registrar, ainda que não se possa falar em soluções, mas possíveis respostas à hipótese do regime de assimetria regulatória como mecanismo de dinamização dos setores econômicos, notadamente, daqueles que estreitam alguma relação com o interesse público.

Nesse sentido, o que se pretendeu no decorrer do desenvolvimento das análises aqui propostas foi justamente um debruçar mais detalhado sobre em quais situações seria desejável a introdução do modelo de assimetria regulatória, bem como os instrumentais de sustentabilidade do referido regime.

Para tanto, o estudo contemplou um aprofundamento sobre a temática dos serviços públicos, uma vez que a noção, originariamente, adotada pela doutrina jusadministrativista brasileira foi no sentido de considerar que toda e qualquer atividade prestada pelo Estado vinha a ser classificada como serviço público. Daí porque, o estudo canalizou esforços a fim de identificar que a noção amplíssima de serviço público não mais vigeria nos dias atuais.

À luz dessa premissa, o que se buscou analisar foi a evolução da concepção acerca do papel do Estado frente ao atendimento das demandas sociais. Discorrendo sobre o tema, perpassou-se pelo modelo de Estado Providência, aos moldes de um arquétipo de Estado do Bem Estar Social²⁹⁹ - criado sob a crença de que toda demanda social revelava-se como obrigatoriedade de fornecimento pelo Estado - até o advento do denominado Estado Regulador, em que o Estado cedeu espaço aos agentes privados, limitando-se ao balizamento de suas atividades e dos excessos ocasionados pelo dinamismo do mercado.

Para a melhor caracterização desse momento de transição na concepção acerca do entendimento sobre o papel do Poder Público frente aos atores sociais, buscou-se trabalhar a evolução do conceito de serviço público, juntamente com as razões pelas quais se decide por afetar uma determinada atividade à titularidade exclusiva do Estado, salvo hipóteses excepcionais, devidamente justificadas.

²⁹⁹ Cf.: AMORIM, João Pacheco de. **Direito Administrativo da Economia**. Volume I (Introdução e Constituição Económica). Coimbra: Almedina, 2014. p. 84-86.

A partir de então, foram lançadas questões a fim de indagar-se o porquê de uma atividade encontrar-se adstrita ao regime de direito público (*publicatio*) ou manter-se fora desse âmbito, sujeita ao regime de direito privado (*ordenatio*). Até mesmo porque, conforme o trabalho intencionou ressaltar, o próprio legislador constituinte não procedeu a qualquer tipo de escolha - vide o texto constitucional na parte destinada à Ordem Econômica - pela análise dos dispositivos elencados no capítulo próprio do presente estudo.

Implicando ainda afirmar que a manutenção de uma concepção acerca do papel do Estado e mesmo do serviço público ou de demais atividades relacionados ao interesse público, demandaria também uma adequação em conformidade com a evolução dos tempos, bem como das próprias demandas que a mutação social encarregar-se-ia de eleger como pauta de prioridades dos governos.

Noutros termos, pensar em gestão pública é, acima de tudo, colocar-se ao dispor da mutabilidade das demandas sociais, visto que essas variam conforme contextos políticos e econômicos. Assim sendo, após a inauguração da discussão travada entre os limites e as motivações para se afetar uma determinada atividade à titularidade exclusiva do Poder Público, passou-se a explorar-se a possibilidade de convivência entre os regimes de direito público e o de direito privado, em sede de uma mesma atividade econômica.

Tudo isso para que, ao fim e ao cabo do capítulo inaugural do estudo, fosse possível concluir-se pela noção de que os critérios para se proceder ou não à abertura de um determinado setor econômico à exploração pela iniciativa privada - de modo que o mesmo deixe de ser de titularidade exclusiva pelo Poder Público - seja conduzido mediante um processo parametrizado.

Explica-se: a opção pelo modelo de titularidade exclusiva de uma determinada atividade ao Estado implica consequências que devem ser objeto de sopesamento por parte, sobretudo, do agente regulador do ramo em questão. Nessa linha de pensamento, o que se pretendeu afirmar foi que uma vez realizada a transição entre o modelo de exclusividade da titularidade estatal para o de multiplicidade da titularidade, ante a abertura para a exploração dos agentes econômicos, deve-se adotar instrumentos aptos à manutenção desse novo modelo, de modo a torná-lo sustentável e tendente à evolução e não, ao seu próprio engessamento.

Uma vez construído tal raciocínio, passou-se à análise dos possíveis argumentos para fins de corroboração do regime de assimetria regulatória. Inicialmente, foram abordadas as questões sobre a viabilidade prática de composição de um ambiente em

que se tenha um prestador submetido à exploração de uma atividade segundo o regime de direito público e outro(s) afetos ao regime de direito privado.

De tal modo que, o agente delegatário do Poder Público - ou próprio Estado - encontre-se submetido aos deveres inerentes aos contratos públicos - seja esta relacionada a um serviço público ou não -, enquanto que o outro dedique-se à exploração da atividade em conformidade à regência do Direito Privado (consequentemente, sem as mencionadas obrigações do regime de direito público).

Avançou-se, então, na temática de forma que se possibilitou desenvolver argumentos de diversas ordens, com vistas à justificação do modelo de assimetria regulatória. Nesse sentido, iniciou-se com o argumento de natureza constitucional, em que a noção da subsidiariedade - seja esta compreendida como princípio ou regra, explícita ou implicitamente, extraída do texto constitucional - tratou de orientar a lógica de exploração das atividades, no contexto de um Estado Regulador.

Adiante, uma vez identificada a subsidiariedade como vetor interpretativo da ordem econômica constitucional brasileira³⁰⁰, a constatação a que se pôde chegar convergiu com a própria noção de que ao Estado deve ser reservado, com a restrição do regime de exclusividade, a prestação de atividades que denotem algum grau de essencialidade.

Nesse aspecto, o vetor para a classificação de uma atividade como de exclusividade da prestação pelo Poder Público assentou-se como aquela tida como essencial, ou seja, em que sua ausência torna impossibilitada a própria condição do indivíduo em sociedade. Além disso, ainda que se entenda pela necessidade de prestação de uma atividade pelo Poder Público, não há que se cogitar de que a titularidade sobre a mesma seja exclusiva, ou seja, interditando-se o direito à exploração pela iniciativa privada.

Por ocasião dessa interpretação, a manutenção da noção amplíssima ou mesmo ampla de serviço público resta por inviabilizar a possibilidade de se permitir que demais agentes venham a explorar uma mesma atividade, em regime de concorrência. Claro, se as condições físicas e contextuais da mesma possibilitarem tal concorrência, haja vista o que não ocorre diante dos denominados monopólios naturais.

Isto posto, o argumento seguinte foi o de ordem econômica, salientando que a concorrência nos setores econômicos poderia gerar benefícios, tais como a ampliação da

³⁰⁰ Em sentido diverso, deve-se ter em consideração os apontamentos de José Vicente dos Santos de Mendonça, o qual salienta que a subsidiariedade não seria, propriamente, um princípio constitucional, mas sim uma diretriz político-administrativa do Estado. Cf.: MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico. A Intervenção do Estado na Economia à Luz da Razão Pública e do Pragmatismo**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 261-274.

oferta do serviço e mesmo o incremento das inovações tecnológicas do segmento analisado, caso o modelo de assimetria regulatória pudesse ser implementado.

Para tanto, a fim de que os argumentos não soassem puramente teóricos e desprovidos de mínima análise prática, foram ilustrados os modelos experimentados pelos contextos dos serviços públicos na Europa e nos Estados Unidos, em que se deram os denominados Serviços de Interesse Econômico Geral (SIEG) e das *Public Utilities*, respectivamente.

Além disso, foram analisados os títulos jurídicos habilitantes para fins de exploração das atividades econômicas, de modo a averiguar a forma como os modelos tradicionais de delegação (via concessão/ permissão) ao agente privado, poderiam conviver com a exploração por parte de agentes econômicos submetidos ao modelo de autorização operativa. Esta compreendida não como uma autorização precária, figura tradicional do Direito Administrativo, mas sim como um instituto mais robusto e de solidez correspondente às expectativas e investimentos dos *players* em segmentos econômicos específicos.

Mais precisamente quanto ao modelo de assimetria regulatória, o estudo ocupou-se da análise das consequências e impactos que o mesmo poderia resultar quando de sua introdução, em determinado ambiente econômico. Diante de tal perspectiva, tentou-se delimitar os possíveis entraves que o referido regime poderia sofrer, de antemão, mediante sua inserção em um dado contexto.

Nesse intuito, tratou-se, em especial, da questão relacionada às inovações tecnológicas e os respectivos custos marginais que o Poder Público poderia vir a enfrentar, caso mantivesse a exploração de uma determinada atividade, de forma exclusiva. Concluindo-se que o ônus de manutenção da adaptabilidade de uma atividade às inovações que os processos de modernização da tecnologia poderiam operar não seriam suportados pelo agente público, fosse este Estado, na qualidade de explorador direto, ou mesmo, diante de um agente delegatário do Poder Público.

Isso se deve ao fato de que em devendo o Estado assegurar a continuidade do serviço, bem como a modificidade tarifária do serviço prestado, tal qual se dá no caso dos serviços públicos - os quais foram empregados pelo presente estudo a fim de servir de parâmetro, por se tratar de uma atividade prestada pelo Estado e que denota uma relação intrínseca com o interesse público - o acompanhamento das inovações tecnológicas restaria, por certo, comprometido.

A uma porque os investimentos necessários para essa adaptação constante ou serviriam para custear uma tarifa de padrão médio ou serviriam para fins de investimento na própria qualidade do serviço prestado. A duas porque o Poder Público não dispõe de expertise e corpo técnico, tal qual a iniciativa privada conta. De modo a mutabilidade da tecnologia, facilmente seria tida como ultrapassada se considerado o tempo e a dinâmica da máquina pública estatal.

Relevou, ainda, assinalar no estudo, que determinados mecanismos jurídicos deveriam ser adotados para fins de manutenção do ambiente de assimetria regulatória. Quanto a esse ponto, foram destacados o instituto da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos e a Análise de Impacto Regulatório (AIR).

O primeiro, considerada a suposta alegação de desarranjo do setor em que a assimetria regulatória venha a ser empregada, viria a reequilibrar contratações com agentes privados de outrora - delegatários do Poder Público - que detinham a expectativa de exploração com exclusividade do setor e não em plena competição, ante a abertura do segmento por meio da assimetria.

O segundo, como instrumento apto a diagnosticar se determinado setor deve proceder à abertura à competição, ante a alteração para o regime de assimetria regulatória, bem como se a manutenção desse modelo revela-se salutar ao pleno desenvolvimento do setor, ante avaliações periódicas.

Em suma, um instrumental essencial para emprego pelo agente regulador, ainda que - conforme ressaltado pelo estudo - possa o mesmo não obter qualquer conclusão, pela via de um exame probabilístico. Hipótese esta em que o aconselhável seja a opção pela não introdução do regime de assimetria regulatória.

De forma derradeira, finalizou-se o estudo em tela com a apresentação da recente discussão envolvendo o setor de infraestrutura aeroportuária brasileiro, consistente na rejeição, via veto presidencial, ante a alteração introduzida pelo Senado Federal da Medida Provisória 656/2014, em que se tentou efetivar a criação de um aeroporto civil privado, apto a concorrer com o modelo público de delegação (aeroportos concedidos), no que tange à exploração de voos comerciais regulares.

Inicialmente, trabalhou-se com a abordagem do modelo de delegação tradicional dos aeroportos brasileiros, pela via da concessão de tais espaços públicos, seguindo-se da análise da modificação que a referida MP intencionava operar.

Para que se chegasse a um ponto de equilíbrio na composição de uma modelo de prestação assimétrica, em especial, no que tange ao regime dos aeroportos brasileiros.

Tudo isso para que seja possível ascender-se a um patamar de operação híbrida, em que a essencialidade do serviço prestado (consideradas todas as peculiaridades que uma atividade relacionada ao interesse público demanda), fosse ofertada pelo Poder Público (via delegatário ou de forma direta); enquanto que outra parcela de demanda do serviço fosse garantida pela exploração dos agentes econômicos privados.

De forma a atender aos anseios de inovações tecnológicas e ampliação da oferta dos serviços do setor, com vistas à elevação do grau de satisfação de seus usuários, por meio de uma lógica de suprimento de maiores expectativas dos utentes e não de suprimento básico, tal qual o prestador de serviço público deve dedicar-se.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. *Principais Elementos de uma Teoria da Dupla Natureza do Direito*. Tradução de Fernando Ribeiro Leal. In **Revista de Direito Administrativo**. v. 253, 2010. p. 9-30.

AMARAL, Diogo de Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. Vol. II, Coimbra: Almedina, 2014.

AMORIM, João Pacheco de. **Direito Administrativo da Economia**. Volume I. (Introdução e Constituição Económica). Coimbra: Almedina, 2014.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O Serviço Público e as suas Crises*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 421-440.

_____. **Delegações de Serviço Público**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-16-NOVEMBRO-2008-ALEXANDRE%20ARAGAO.pdf>> Acessado em: 30.10.2015.

_____. **Direito dos Serviços Públicos**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. 3ª edição. Rio de Janeiro, 2013.

_____. *Serviços Públicos: Regulação para a Concorrência*. In: **Temas de Direito Regulatório**. GUERRA, Sérgio. (Coord.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O Argumento das Capacidades Institucionais entre a Banalidade, a Redundância e o Absurdo. In: **Direito, Estado e Sociedade**. n. 38, jan/jun 2011. p. 47.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular. *In: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. n. 11. Salvador, 2007. p.13-14. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-HUMBERTO%20AVILA.pdf>> Acessado em: 10.07.2015.

_____. **Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-4-outubro-2005-humberto%20avila.pdf>> Acessado em: 30.09.2014.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: Rumo a uma Outra Modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. 2ª edição. São Paulo: Editora 34, 2011.

BINENBOJM. Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo - Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **As Parcerias Público-Privadas (PPPS) e a Constituição**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf>> Acessado em: 03.11.2015.

BLACK, Julia. Procedimentalizando a Regulação. *In: Regulação Econômica e Democracia: O Debate Europeu*. MATTOS, Paulo Todescan Lessa. (Coord.). São Paulo: Singular, 2006. p.141-203.

BÜCHS, Milena; EDWARDS, Rebecca; SMITH, Graham. **Third sector organisations' role in pro-environmental behaviour change – a review of the literature and evidence**. Disponível: <http://eprints.soton.ac.uk/339808/1/tsrc_working_paper_81_tsos_and_practices_change.pdf> Consultado em: 12.07.2015.

CARVALHO, Vinícius Marques de. Desregulação e Reforma do Estado no Brasil: Impacto sobre a Prestação de Serviços Públicos. *In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (Org.)*.

Direito Regulatório – Temas Polêmicos. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 143-160.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira Castro. **A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais: Ensaio sobre o Constitucionalismo Pós-Moderno e Comunitário.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno.** Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. **O Estado de Direito.** Tradução de Antonio Araldo Ferraz dal Pozzo e Augusto Neves dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

COASE, Ronald H. **The Problem of Social Cost.** The Journal of Law and Economics. Bank Research Observer, 1988.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia.** 5ª edição. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CORDEIRO, Antônio Menezes Cordeiro. Concorrência e Direitos e Liberdades Fundamentais na União Europeia. *In:* ALBUQUERQUE, Ruy de; CORDEIRO, Antônio Menezes. **Regulação e Concorrência – Perspectivas e Limites da Defesa da Concorrência.** Coimbra: Almedina, 2005.

CRETILLA JR., José. **Direito Administrativo Brasileiro.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CRUZ, Paulo Márcio. *In* CASTRO Jr., Oswaldo Agripinoi de; PASOLD, Cesar Luiz. **Direito Portuário, Regulação e Desenvolvimento.** 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 275-300.

CYRINO, André Rodrigues. **Direito Constitucional Regulatório – Elementos para uma Interpretação Institucionalmente Adequada da Constituição Econômica Brasileira.** Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. **Regulações Expropriatórias: Apontamentos para uma Teoria.** Disponível em:
<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/46463/44454>> Consultado em 30.08.2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas**. 9ª edição. São Paulo: Atlas.

Curso de Direito Administrativo. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DUTRA, Joísa Campanher; SAMPAIO, Patrícia; PORTO, Antônio José Maristrello. Dificuldades na Regulação dos Transportes Coletivos. *In: Revista Conjuntura Econômica*. Vol. 66, n. 3. Rio de Janeiro: IBRE/FGV, 2012. p. 46-49.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

ESTORNINHO, Maria João. **Curso de Direito dos Contratos Públicos: Por uma Contratação Pública Sustentável**. Coimbra: Almedina, 2014.

FARACO, Alexandre Ditzel; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; COUTINHO, Diogo Rosenthal. Universalização das telecomunicações no Brasil: uma tarefa inacabada. *In: Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte: Fórum, ano 1, n. 2, 2003. p. 9-58.

FERREIRA, Eduardo Paz; MORAIS, Luís Silva. A Regulação Sectorial da Economia – Introdução e Perspectiva Geral. *In: Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?* FERREIRA, Eduardo Paz; MORAIS, Luís Silva; ANASTÁCIO, Gonçalo. (Coords.). Coimbra: Almedina. p. 7-38.

FIUZA, Eduardo P.S.; PIONER, Heleno Martins. **Estudo Econômico sobre Regulação e Concorrência no Setor de Aeroportos**. Disponível em: <<http://www2.anac.gov.br/arquivos/pdf/EstudosRegulatorios.pdf>> Acessado em: 10.08.2015.

FREITAS, Juarez. **O Controle das Políticas Públicas e as Prioridades Constitucionais Vinculantes**. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista9/controleJuarez.pdf>>. Acessado em 21.03.2015.

FREITAS, Rafael Vêras de; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **A Nova Regulação Portuária**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GABARDO, Emerson. **Interesse Público e Subsidiariedade - O Estado e a Sociedade Civil para Além do Bem e do Mal**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GAETANI, Francisco, PEREIRA, Carlos; MELO, Marcus. **State Capacity and Institutional change: A Case Study of Telecom Regulation in Brazil**. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Agencias/05Gaetani_regulacao.pdf> Acessado em: 03.09.2015.

GARCIA, Flávio Amaral; FREITAS, Rafael Vêras de. Portos Brasileiros e a Nova Assimetria Regulatória – Os Títulos Habilitantes para a Exploração da Infraestrutura Portuária. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Portos e seus Regimes Jurídicos - A Lei 12.815/2013 e seus Desafios**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 221-261.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. O Direito Posto e o Direito Pressuposto. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

GOLDBERG, Ilan. **Do Monopólio à Livre Concorrência: A Criação do Mercado Ressegurador Brasileiro**. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação. In: **Direito Administrativo Econômico**. SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.). São Paulo: Malheiros, 2000. p. 39-71.

_____. *Regime Jurídico das Telecomunicações: Autorização, Permissão e Concessão. Interesse Público - IP*. Belo Horizonte: Fórum. n. 12, ano 3, 2001. p. 3. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=51380>>. Acesso em: 7 dez. 2014.

_____. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUERRA, Glauco Martins. Agências Reguladoras no Brasil: Princípios da Legalidade e Regulação. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (Org.). **Direito Regulatório - Temas Polêmicos**. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GUERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras: Da Organização Administrativa Piramidal à Governança em Rede**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. Normatização por Entidades Reguladoras Independentes: Uma Contribuição para o Desafio da Tecnicidade. In: **Temas de Direito Regulatório**. GUERRA, Sérgio. (Coord.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p.1-48.

HORBACH, Carlos Bastide. *Os Princípios do Serviço Público na França e no Brasil*. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). **Direito Público em Evolução: Estudos em Homenagem à Professora Odete Medauar**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

HARLOW, Carol. **Global Administrative Law**. *European Journal of International Law*. Vol. 17, Firenze, 2006. Disponível em: <<http://ejil.oxfordjournals.org/content/17/1/187.full.pdf+html>> Acessado em 03.06. 2015. p. 187-214.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Restrições Regulatórias à Concorrência**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

JUSTEN, Mônica Spezia. **A Noção de Serviço Público no Direito Europeu**. São Paulo: Dialética, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de Serviços Públicos: Comentários nº 8.987 e 9.074, de 1995**. São Paulo: Dialética, 1996. p. 122-126.

_____. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos - Lei 8.666/1993**, 18ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **As Diversas Configurações da Concessão de Serviço Público**. Disponível em: <<http://justenfilho.com.br/wp-content/uploads/2008/12/mj60.pdf>> Acessado em: 10.01.2015.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Agências Reguladoras e Democracia: Existe um Déficit Democrático na “Regulação Independente”? In: **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. (Coord.). ARAGÃO, Alexandre Santos de. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011

_____. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

LEAL, Fernando Angelo Ribeiro. **Propostas para uma Abordagem Teórico-Metodológica do Dever Constitucional de Eficiência**. Disponível em: <

<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-15-AGOSTO-2008-FERNANDO%20LEAL.pdf>> Acessado em: 16.07.2014.

LIMA, Fabio Almeida. Os leilões de energia: uma análise do Contrato de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente Regulado (CCEAR). *In: Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte: Fórum, ano 5, n. 18, p. 41-68, 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=41049>> Acessado em: 24.06.2015.

MAJONE, Giandomenico. Do Estado Positivo ao Estado Regulador: Causas e Consequências da Mudança no Modo de Governança. *In: Regulação Econômica e Democracia: O Debate Europeu*. MATTOS, Paulo Todescan L. (Coord.). São Paulo: Singular, 2006.

MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Serviço Público, que Futuro?** Coimbra: Almedina, 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras Independentes – Fundamentos e seu Regime Jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. Pensando o Controle da Atividade de Regulação Estatal. *In: Temas de Direito Regulatório*. GUERRA, Sérgio. (Coord.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

_____. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. *In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.). Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p.72-98. Disponível em: <<http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/185/145>> Consultado em 08.01.2015.

_____. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

_____. Os Serviços de Interesse Econômico Geral e as Recentes Transformações dos Serviços Públicos. *In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). Direito Público em Evolução: Estudos em Homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 531-548.

_____. A Nova Regulamentação dos Serviços Públicos. *In: Revista de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.1, fevereiro, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acessado em: 09.12.2014.

_____. **Estado Contra o Mercado: Uber e o Consumidor**. Disponível em:

<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI221670,91041Estado+contra+o+mercado+Uber+e+o+consumidor>. Acessado em: 17.06.2015.

MARTINS, Fernando Barbalho. O Direito da Infraestrutura e o Risco Político: Um Estudo do Processo de Concessões Aeroportuárias. *In: Revista de Direito da Procuradoria Geral*. Edição especial. Rio de Janeiro: Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGE-RJ), 2014. p. 337-351.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O Novo Estado Regulador no Brasil: Eficiência e Legitimidade**. São Paulo: Singular, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 29ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico. A Intervenção do Estado na Economia à Luz da Razão Pública e do Pragmatismo**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MONCADA, Luís Cabral de. **Direito Econômico**. 6ª edição. Portugal: Coimbra Editora, 2012.

MOREIRA, Egon Bockmann. O Direito Administrativo da Economia e a Atividade Interventiva do Estado Brasileiro. *In: Estudos de Direito Econômico*. Vol. 2. Belo horizonte: Fórum. p. 153-180. MOREIRA, Egon Bockmann.. (Orgs.). Volume 2. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 153-180.

_____. Agências Reguladoras Independentes, Poder Econômico e Sanções Administrativas. *In: Temas de Direito Regulatório*. GUERRA, Sérgio. (Coord.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 164. p.160-199.

MOREIRA, Vital. **Auto-Regulação Profissional e Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1997.

_____. **Os Serviços Públicos Tradicionais sob o Impacto da União Europeia**. *In: Revista de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.1, fevereiro, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acessado em: 08.12.2014. p.1-21.

_____; MAÇÃS, Fernanda. **Autoridades Reguladoras Independentes: Estudo e Projecto de Lei-Quadro**. Portugal: Coimbra, 2003.

_____. Agências Reguladoras Independentes em Xequo no Brasil. *In: MOREIRA, Vital; MARQUES, Maria Manuel Leitão. A Mão Invisível: Mercado e Regulação*. Coimbra: Almedina, 2008

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Poder, Direito e Estado: o Direito Administrativo em Tempos de Globalização. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno – Legitimidade, Finalidade, Eficiência, Resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

Curso de Direito Administrativo – Parte Introdutória, Parte Geral e Parte Especial. 15ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Regulação e Universalização dos Serviços Públicos – Análise Crítica da Regulação da Energia Elétrica e das Telecomunicações**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MOUROUGANE, Annabelle; FURCERI, Davide. Financial Crises: Past Lessons and Policy Implications. In: **OCDE Economics Department Working Papers**. p.17-19.
Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/226777318564>> Acessado em: 13.05.2015

NORTH, Douglass C. **Custos de Transação, Investimentos e Desempenho Econômico**. Instituto Liberal, São Paulo, 1994.

Institutions. *The Journal of Economic Perspectives*. Vol. 5, No. 1 (Winter, 1991), pp. 97-112.
Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1942704?seq=5#page_scan_tab_contents>
Acessado em: 03. 09.2015.

OLIVER, E. WILLIAMSON. **The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach**. Disponível em: <https://www2.bc.edu/~jonescq/mb851/Feb19/Williamson_AJS_1981.pdf>
Acessado em: 26.11.2015.

OLIVEIRA, Alessandro V. M. **Regulação da Oferta no Transporte Aéreo: Do Comportamento de Operadores em Mercados Liberalizados aos Atritos que Emergem da Interface Público-Privado**. Disponível em:
<<http://www.pesquisaemtransportes.net.br/relit/index.php/relit/article/view/jv1n2p2/25>>
Acessado em: 30.06.2015.

PAIXÃO, Leonardo André. Aspectos Jurídico-Institucionais do Setor Elétrico Brasileiro. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (Org.). **Direito Regulatório - Temas Polêmicos**. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 339-378.

PINHEIRO, Armando Castelar. **Bancos Públicos no Brasil: Para Onde Ir?** Artigo Apresentado no III Seminário ANBID de Mercado de Capitais. Disponível em: <<http://www.ie.ufrj.br/datacenter/ie/pdfs/seminarios/pesquisa/texto0104.pdf>> Acessado em: 19.06.2015.

PINHO, José Antonio Gomes de; CAMPOS, Ana Maria Rita Silva Sacramento. **Accountability: Can We Now Translate It Into Portuguese?** Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122009000600006> Acessado em: 06/12/2014

PINTO, Victor Carvalho. **O Marco Regulatório da Aviação Civil: Elementos para a Reforma do Código Brasileiro de Aeronáutica.** Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-42-o-marco-regulatorio-da-aviacao-civil-elementos-para-a-reforma-do-codigo-brasileiro-de-aeronautica>> Acessado em: 02.11.2015.

PIRES, Adriano; HOLTZ, Abel. **Sistema Elétrico Brasileiro Expansão Hidrotérmica,** 2011. Disponível em: <<http://www.cbie.com.br/arquivos/Relat%C3%B3rio%20Sistema%20Hidrot%C3%A9rmico.pdf>> Consultado em: 30.11.2015.

POSNER, Richard A. **Creating a Legal Framework for Economic Development..** World Bank Research Observer. Volume 13, Issue 1, Published: February 1998 p. 1-11.

_____. **Natural Monopoly and Its Regulation.** Stanford Law Review, v.21, n.3, p. 548-643, Feb. 1969.

_____. **Economic Analysis of Law.** 5th ed. New York. Aspen Law & Business, 1998.

_____. **Why The Government Should Regulate Uber and Taxis.** Disponível em: <http://www.slate.com/articles/news_and_politics/view_from_chicago/2015/01/uber_surge_pricing_federal_regulation_over_taxis_and_car_ride_services.html> Acessado em: 27.11.2015.

_____. **Why is Airplane Service so Bad?** Disponível: <<http://www.becker-posner-blog.com/2008/04/why-is-airline-service-so-bad-posner.html>> Acessado em: 15.11.2015.

PORTER, Michael E. **Estratégia Competitiva - Técnicas para Análise de Indústrias e da Concorrência.** (Trad.). BRAGA, Elisabeth Maria de Pinho Braga. 2ª edição. 7ª reimpressão. Rio de Janeiro. Elsevier, 2004.

PRAZERES, Doriêdo Luiz dos. **A Exploração de Aeroportos em Regime Privado (Regime de Autorização)**. Disponível em:

<http://www.academia.edu/5471100/A_Explora%C3%A7%C3%A3o_de_Aeroportos_em_Regime_Privado_Regime_de_Autoriza%C3%A7%C3%A3o> Acessado em: 10.08.2015.

QUADROS, Fausto de. **Direito da União Europeia – Direito Constitucional e Administrativo da União Europeia**. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2013.

RACHED, Danielle Hanna. *Desregulação e Telecomunicações* In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (Org.). **Direito Regulatório - Temas Polêmicos**. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 123-142.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

RESNIK, David B. **Is the Precautionary Principle unscientific?** Stud. Hist. Phil. Biol. & Biomed. Sci, n. 34 (2003), 329-344. Disponível em:
<http://www.researchgate.net/publication/222844415_Is_the_Precautionary_Principle_Unscientific> Acessado em: 26.11.2015.

RIBEIRO, Ana Maria de Almeida. **Serviço Público: Aproximações entre o Tratamento da Noção no Direito Francês e no Direito da União Europeia**.

Disponível:<<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/87579/000911172.pdf?sequence=1>> Acessado em: 03.01.2015.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. Reformando Marcos Regulatórios de Infraestrutura - Primeiras Notas ao Caso das Ferrovias. In: **Revista de Direito da Procuradoria Geral**. Edição especial. Rio de Janeiro: Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGE-RJ), 2014. p. 352-388.

RODRIGUES, Carolina Lima Caiado. Poder de Polícia e o Setor Aéreo do Brasil. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). **Poder de Polícia na Atualidade: Anuário do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico - CEDAU do ano de 2011**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 281-292.

SADI, Jairo. É Possível a Análise Econômica da Constituição? In. **Direito da Regulação e Políticas Públicas**. SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. (Coords.). São Paulo: Malheiros, 2014. p. 80-90.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica (Princípios e Fundamentos Jurídicos)**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Regulação e Desenvolvimento. *In: Regulação e Desenvolvimento*. SALOMÃO FILHO, Calixto. (Coord.). São Paulo: Malheiros, 2002. p. 29-63.

SÁNCHEZ, Pedro Fernandez. **Os Parâmetros de Controlo da Privatização Administrativa – Instrumentos de Fiscalização Judicial da Decisão Jurídico-Pública de Privatização**. Coimbra: Almedina, 2009.

SANTANA, Ivone. **Telefônica Declara Guerra contra Whatsapp**. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/4290986/telefonica-declara-guerra-contra-whatsapp>> Acessado em 20.11.2015.

SANTIAGO JUNIOR, Fernando Antonio. **A Regulação do Setor Elétrico Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: “O Caso Uber”**. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf>>. Acessado em: 30.11.2015.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. Uma Proposta de Releitura da Ordem Econômica na Constituição de 1988. *In: GUERRA, Sergio. (Org.). Teoria do Estado Regulador*. Curitiba: Juruá, 2015.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Geração de energia elétrica no Brasil: 15 anos fora do regime de serviço público. *In: Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte: Fórum, ano 8, 2010.
Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=69232>>
Acessado em: 06.06.2015.

_____. **Livre Iniciativa nos Serviços Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. As Concessões de Serviços Públicos em Evolução. *In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). Direito Público em Evolução: Estudos em Homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 565-588.

_____. As Infraestruturas Privadas no Novo Marco Setorial de Portos. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Portos e seus Regimes Jurídicos: A Lei nº 12.815/2013 e seus Desafios**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 325-343.

SEIDENFELD, Mark. **Microeconomic Predicates to Law and Economics**. Cincinnati: Anderson Publishing Co, 1996. p.39.

SHAPIRO, Stuart. Unequal Partners: Cost-Benefit Analysis and Executive Review of Regulations. **Environmental Law Report**, v. 35, n. 7, p.10433-10444, 2005. Disponível em: <<http://policy.rutgers.edu/faculty/shapiro/elr%20article.pdf>> Acessado em: 30.04.2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. In: Revista dos Tribunais. v. 798, 2002. p. 23-50.

SOUTELINO, André Luís Dias. **A Regulação Para Introduzir a Competição no Setor Aeroportuário**. Disponível em: <<http://www.dominipublico.gov.br/download/teste/arqs/cp119790.pdf>> Acessado em: 10.09.2015.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Direito das Concessões**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. **Direito Administrativo em Debate**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Fundamentalização e Fundamentalismo na interpretação do Princípio Constitucional da Livre Iniciativa* In. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Constitucionalismo Democrático e Governo das Razões: Estudos de Direito Constitucional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 142-189.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 5ª edição, 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____; CÂMARA, Jacinto Arruda. Reforma das Telecomunicações: O Problema da Implantação das Novas Redes. In: **Revista Interesse Público - IP**. Belo Horizonte: Fórum, ano 1, n. 2, 1999. p. 14. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=52009>>. Acesso em: 30.08.2015.

Transição da Exploração Precária para o Regime de Concessões: O Caso do Transporte Coletivo de Passageiros.

Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-14-MAIO-2008-CARLOS%20ARI%20SUNDFELD.pdf>> Acessado em: 03.11.2015.

SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. **Libertarian Paternalism Is Not An Oxymoron**. University of Chicago Law Review, Forthcoming. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=405940>> Acessado em: 02.03.2015.

TORRES, Jessé. Presença da Administração Consensual no Direito Positivo Brasileiro. In: **Direito Administrativo e Democracia Econômica**. FREITAS, Daniela Bandeira de; VALLE, Vanice Regina Lírio do. (Coords.). Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TORRES, Máira Ayres. Serviço Público Líquido - A Lógica Residual do Estado Regulador. In: **Teoria do Estado Regulador**. GUERRA, Sergio. (Org.). Curitiba: Juruá, 2015.

TORRES, Silvia Faber. **O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TUROLLA, Frederico Araújo; OLIVEIRA, Alessandro V. M. *Financiamento da Infraestrutura de Transportes*. In **Journal of Transport Literature**, vol.7, no.1, Manaus, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2238-10312013000100007> Acessado em: 29.11.2015.

VALENTE, Patrícia Pessôa. **Análise de Impacto Regulatório – Uma Ferramenta à Disposição do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

VALLE, Vanice Lírio do. *Governança: Nova Fronteira do Direito Regulatório*. In: **Direito Administrativo e Democracia Econômica**. FREITAS, Daniela Bandeira de; VALLE, Vanice Regina Lírio do. (Coords.). Belo Horizonte: Fórum, 2012. 245-266.

VERMULE, Adrian. Rationally Arbitrary Decisions. In: **Administrative Law**, March 25, 2013, Harvard Public Law Working Paper No. 13-24 p.19. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2239155> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2239155>> Acessado em: 29.11.2015.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **O Dever de Fundamentação Expressa de Actos Administrativos**. Lisboa: Almedina, 2003.

VIVES, Xavier. **Competition Policy in Banking**. Disponível em: <https://www.law.northwestern.edu/research-faculty/searlecenter/workingpapers/documents/Vives_CP_in_banking_Oxrep.pdf> Acessado em: 20.04.2015

_____; Elena Carletti. **Regulation and Competition in the Banking Sector**. Disponível em: <<http://blog.iese.edu/xvives/files/2011/09/Carletti-Vives-prot.pdf>> Acessado em: 13.05.2015.

WINDHOLZ, Eric; HODGE A., Graeme. Conceptualising Social and Economic Regulation: Implications for Modern Regulators and Regulatory Activity. *In: Monash University Law Review*. v.38, n.2, 2012. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2215334> Acessado em: 23.06.2015.

ZANITELLI, Leandro Martins. Regulação Responsiva e Efeito Solapador das Sanções. *In: PORTO, Antônio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia (Orgs.). Direito e Economia em Dois Mundos: Doutrina Jurídica e Pesquisa Empírica*. Editora FGV, Rio de Janeiro, 2014.

* Legislações e Julgados:

I). BRASIL, Lei 7.565, de 19 de dezembro de 1986, Código Brasileiro de Aeronáutica.

II). BRASIL, Lei 8.666/93, de 21 de junho de 1993, Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.
Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>
Acessado em: 03.02.2015.

III) BRASIL, Medida Provisória 656/2014, de 07 de outubro de 2014, Reduz a zero as alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP, da COFINS, da Contribuição para o PIS/Pasep-Importação e da Cofins-Importação incidentes sobre a receita de vendas e na importação de partes utilizadas em aerogeradores, prorroga benefícios, altera o art. 46 da Lei nº 12.715, de 17 de setembro de 2012, que dispõe sobre a devolução ao exterior ou a destruição de mercadoria estrangeira cuja importação não seja autorizada, e dá outras providências.
Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/118627>>
Acessado em: 20.20.2015.

IV). BRASIL, Resolução CONAMA nº 1 de 23 de janeiro de 1986. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res86/res0186.html>>
Acessado em 30.07.2015.

V). BRASIL, Regulamento Brasileiro da Aviação Civil (RBAC) nº 153, de 23 de junho de 2012. Disponível em: <<http://www2.anac.gov.br/biblioteca/rbac/RBAC153EMD00.pdf>> Acessado em: 03.09.2015.

VI). BRASIL, Regulamento Brasileiro da Aviação Civil (RBAC) nº 154. De 12 de junho de 2012. Disponível em: <<http://www2.anac.gov.br/biblioteca/rbac/RBAC154EMD01.pdf>> Acessado em: 03.09.2015.

VII). BRASIL, Regulamento Brasileiro de Aviação Civil (RBAC) nº 156, de 06 de julho de 2010. Disponível em: <http://www2.anac.gov.br/transparencia/audiencia/aud04_2012/7%20-%20RBAC%20156%20-%20Anexo%20I%20%C3%A0%20Resolu%C3%A7%C3%A3o.pdf> Acessado em: 03.10.2015.

VIII). UNIÃO EUROPEIA, Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia de 21 de junho de 2007. Dispõe sobre o Funcionamento da União Europeia. Disponível em: <http://europa.eu/pol/pdf/qc3209190ptc_002.pdf>; Acessado em: 10/01/2015.

IX). SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF-139/DF. Min. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, DF. 11 de março de 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=139&processo=13>> Acessado em: 13.12.2014.

X). SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n.: 220.906-9/DF. Relator: Maurício Corrêa. 4ª Turma; Brasília, DF. 02 de março de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1690066>> Acessado em: 08.09.2015

***Estudos/ Pesquisas/ Reportagens Citados:**

I). Open Markets Matter – The Benefits of Trade and Investment Liberalisation.

Disponível:<http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/trade/open-markets-matter_9789264162938-en#page40> Acessado em: 18.06.2015.

II). Voto 85/2015– GCIF do Conselheiro Igor Vilas Boas de Freitas, proferido na 777ª Reunião do Conselho Diretor da ANATEL.

Disponível:<<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=329351>> Acessado em 12.07.2015.

III). Informações do Sítio Eletrônico do CADE.

Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?9d9061a878ad42c154e172c599bf>>
Acessado em: 03.07.2015.

IV). Pesquisadores da FGV avaliam impacto das mensagens instantâneas para as empresas de telecomunicações. Disponível em: <<http://fgvnoticias.fgv.br/pt-br/noticia/pesquisadores-da-fgv-avaliam-impacto-das-mensagens-instantaneas-para-empresas>

[de?utm_source=basemailer&utm_medium=email&utm_campaign=emaildiario](http://fgvnoticias.fgv.br/pt-br/noticia/pesquisadores-da-fgv-avaliam-impacto-das-mensagens-instantaneas-para-empresas)>
Consultado em: 21.08.2015.

V). Regulatory Impact Analysis: A Tool for Policy Coherence. Disponível em:

<http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/regulatory-impact-analysis_9789264067110-en#page1>

VI). Turismo 2020: Cinco Princípios para uma Ambição – Tornar Portugal o Destino Turístico mais Ágil e Dinâmico da Europa. Disponível em: <

<http://www.turismodeportugal.pt/Portugu%C3%AAs/turismodeportugal/destaque/Documentos/turismo-2020-cinco-principios-para-uma-ambicao.pdf>>

Acessado em 29.11.2015

VII). Wingspread Statement on the Precautionary Principle, January, 26, 1998.

Disponível em: <<http://www.sehn.org/wing.html>> Acessado em: 29.11.2015.

VIII). Relatório Parcial dos Temas Discutidos nas Audiências Públicas. Disponível em:

<http://www.senado.leg.br/comissoes/CI/CISTAC/REL/CISTAC_Relatorio_Parcial.pdf>

Acessado em: 09.11.2015. p. 274.

IX). Desafios e Oportunidades do Setor de Telecomunicações no Brasil - Comunicados do IPEA, 2010. Disponível em:

<http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/comunicado/100607_comunicadoipea57.pdf> Acessado em 01.12.2015.

X). Aerodrome Standards: Aerodrome Design and Operations. Disponível em:

<<http://www.icao.int/safety/implementation/library/manual%20aerodrome%20stds.pdf>>

Acessado em: 05.10.2015.

XI). Relatório Operacional de Desempenho dos Aeroportos - Secretaria de Aviação

Civil. Disponível em: <<http://www.aviacao.gov.br/relatorio-geral-dos-indicadores/relatorio-2o-trimestre-2014>> Acessado em: 30.09.2015. p.11-23.

XII). Concessões em Transportes e Petróleo e Gás: Avanços e Propostas de Aperfeiçoamento. Estudo desenvolvido pela CNI - Confederação Nacional da Indústria. Disponível em:

<http://arquivos.portaldaindustria.com.br/app/conteudo_24/2014/07/22/456/V12_Concessoestransportepetroleoegas_web.pdf>

Acessado em: 04.08.2015. p. 42-43.

XIII). Plano Diretor da Reforma do Aparato do Estado. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>> Acessado em: 07.07.2015.

XIV). Estudo do Setor de Transporte Aéreo do Brasil: Relatório Consolidado, 2010. Disponível em:

<http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/pesquisa/chamada3/capitulo3.pdf> Acessado em: 30.07.2015.

XV). Outorgas de Projetos em Andamento. Disponível em:

<<http://www.aviacao.gov.br/acesso-a-informacao/outorgas/projetos-em-andamento>> Acessado em: 13.08.2015.

XVI). Parecer técnico da Procuradoria Federal acerca do pleito à autorização para fins de exploração do aeroporto privado de Cascavel. Processo nº: 00055.000080/2015-52.

Disponível em: <<http://www.aviacao.gov.br/acesso-a-informacao/outorgas/arvoredo-fly-in.pdf>>. Acessado em: 12.08.2015.