



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

Seção: Artigos Científicos

A Ordem Econômica Constitucional entre Serviços Públicos e Atividades Econômicas

The Constitutional Economic Order Between Public Services And Economic Activities

Leonardo Antonacci

Resumo: Expõe-se a teoria jurídica que propõe estar a ordem econômica constitucional brasileira dividida em uma dicotomia entre serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito. A partir de uma recuperação histórica da doutrina, analisa-se que essa teoria tradicional de categorização da ordem econômica no Brasil deriva diretamente da tradição francesa do serviço público, a qual foi incorporada à doutrina nacional desde meados do século XX por diferentes autores, até compor sua formulação mais atual pelas mãos de Eros Grau e Celso Antônio Bandeira de Mello. Após essa apresentação, a teoria tradicional é confrontada com novos contextos políticos e jurídicos que transformaram a ordem econômica, bem como são indicadas as recentes críticas doutrinárias sobre a aplicabilidade da referida dicotomia no direito brasileiro.

Palavras-chave: Serviço Público; Atividade Econômica; Ordem Econômica; Estado Providência; Desestatização.

Abstract: It exposes the legal theory that proposes that the Brazilian constitutional economic order is divided into a dichotomy between public services and economic activities in the strict sense. From a historical recovery of the doctrine, it is analyzed that this traditional theory of categorization of the economic order in Brazil derives directly from the French tradition of public service, which was incorporated into the national doctrine since the mid-twentieth century by different authors, until composing its most current formulation by the hands of Eros Grau and Celso Antônio Bandeira de Mello. After this presentation, the traditional theory is confronted with new political and legal contexts that transformed the economic order, as well as the recent doctrinal criticisms about the applicability of this dichotomy in Brazilian law.

Keywords: Public Service; Economic Activities; Economic Order.

Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v11n1p206-230>

A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL ENTRE SERVIÇOS PÚBLICOS E ATIVIDADES ECONÔMICAS

Leonardo ANTONACCI*

Sumário: 1 Introdução; 2 A tradição francesa do Serviço Público; 3 Formulações da teoria tradicional da ordem econômica; 3.1 Incorporação da teoria do serviço público no direito brasileiro; 3.2 Eros Grau: serviços públicos versus atividades econômicas; 3.3 Celso Antônio Bandeira de Mello: o regime de serviço público; 4 Necessidade de superação da teoria tradicional; 4.1 As transformações recentes da ordem econômica; 4.2 A revisão crítica da teoria tradicional pela doutrina; 5 Conclusão; Referências.

1. Introdução

Este artigo pretende fazer uma apresentação da teoria tradicional de categorização da ordem econômica, notadamente a partir de sua tese basilar de que a ordem econômica seria dicotomizada entre os serviços públicos e as atividades econômicas em sentido estrito, cada qual dessas categorias representando um regime jurídico estanque e uma forma de atuação e intervenção do Estado no domínio econômico.

Essa teorização faz parte da história da doutrina do direito administrativo e constitucional brasileiro desde a primeira metade do século XX, quando autores sustentaram a adoção a teoria do serviço público de matriz francesa para a interpretação da regulação estatal das utilidades públicas, notadamente da energia elétrica, superando o viés da doutrina das *public utilities* americanas.

Mais recentemente, a teoria tradicional permeou todo o debate em torno das privatizações e da Reforma do Estado conduzida na década de 1990, além de ter influenciado decisivamente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quando instado a responder sobre a ordem econômica constitucional. Exemplo nesse sentido é o julgamento da ADPF 46, em que a suprema corte aplicou a teoria tradicional para definir que os serviços postais são serviços públicos e, portanto, estão sujeitos à exclusividade estatal em sua prestação.

A teoria tradicional foi desenvolvida e adotada pela doutrina brasileira no contexto do Estado Providência, em que se desenvolvia-se uma visão positiva da intervenção estatal em setores sociais e econômicos, colocando-se o Estado na posição de provedor oficial daquilo que o capitalismo e o liberalismo não tinham sido capazes de fornecer a todas as classes sociais até então. As demandas sociais e a positivação de

* Mestre em Direito Administrativo e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, com mobilidade acadêmica na Universidade Paris I – Panthéon-Sorbonne. É Gerente de Relações Institucionais na TAG IMF. Advogado com atuação em direito regulatório e relações governamentais. <https://orcid.org/my-orcid?orcid=0000-0003-2820-7401>.

novos direitos fundamentais exigiram da Administração Pública prestações materiais positivas que antes não faziam parte de suas funções e que, conseqüentemente, exigiram a realização de mudanças inéditas na sua forma de atuação.

O paradigma liberal-abstencionista de Estado é substituído por um paradigma intervencionista nas esferas sociais e econômicas, especialmente para atender às demandas populares, até então politicamente reprimidas, no que concerne a emprego, assistência social, previdência, habitação e serviços básicos, como saúde, educação, saneamento e eletricidade.

Nesse contexto, a economia é assunto e tarefa do Estado. A partir desse momento, em vários países, nota-se o surgimento da Constituição Econômica, enquanto um conjunto de princípios, regras e instituições jurídicas a definir um sistema econômico, estabelecendo e organizando seu funcionamento e delimitando as esferas de atuação de diferentes agentes. Ali, inscrevem-se no texto constitucional as formas de atuação e de intervenção do Estado sobre o domínio econômico, bem como a regulamentação estatal para as atividades privadas, inclusive submetendo-as a princípios e finalidades públicas, como pleno emprego, redução das desigualdades e função social da propriedade.

Passando o direito constitucional, passou também o direito administrativo². Com efeito, foram necessárias novas técnicas a viabilizar o cumprimento das novas funções administrativas. A técnica do serviço público, nesse contexto, surge como oportuna para permitir a atuação estatal, com suas regras próprias, em setores econômicos inteiros com vistas a garantir direitos sociais e as prestações em causa. Igualmente, o amplo uso das empresas estatais permitiu que a Administração adotasse formas preparadas para a exploração econômica, alçando o poder público a posição de um dos principais agentes econômicos.

Em uma via de mão dupla, a teoria tradicional adota os pressupostos favoráveis à intervenção do Estado na economia e de assunção total do interesse público pelo Estado para compreender a ordem econômica; assim como a teoria tradicional teve forte papel em subsidiar – técnica e politicamente – o emprego de instrumentos interventivos pelos governos.

Esses contextos políticos e jurídicos, porém, não mais se verificam na realidade. O modelo intervencionista de Estado entra em crise diante de seu esgotamento nos anos 1980 e 1990, tendo sido necessário buscar outras formas para o provimento de prestações econômicas e sociais que até então se encontravam a cargo do Estado. Igualmente, a tradição afrancesada do conceito de serviço público é cada vez mais criticada por seu enviesamento e incompatibilidade com o direito brasileiro. Em decorrência dessa mudança de contextos, foram efetivadas importantes alterações no

² Em referência ao texto de Canotilho: O direito constitucional passa; o direito administrativo passa também. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 705-721.

direito positivo, que extrapolaram os quadros da teoria tradicional, sujeitando-a a críticas a respeito de sua utilidade e adequação ao novo contexto do direito administrativo.

Para o desenvolvimento de todo o tema, o artigo inicia o argumento pela recuperação da teoria francesa do serviço público, segundo a qual existiria um campo determinado da ordem econômica que seria titularizada pelo Estado, explorada exclusivamente pelo Estado e sob regime de direito público. Em seguida, explora-se a construção da teoria tradicional no direito brasileiro na primeira metade do século XX e como foram incorporados os pressupostos da doutrina francesa.

Ainda, serão estudadas as teorizações de Eros Roberto Grau e Celso Antônio Bandeira de Mello, que se inscrevem nessa mesma linha doutrinária embasada na matriz francesa e que, atualmente, são mais relevantes para a interpretação do direito positivo.

A teoria de Eros Grau se encontra mais completa em sua obra *A ordem econômica na Constituição de 1988*, muito embora os entendimentos ali expressos tenham suas primeiras formulações antes mesmo da atual Constituição. Grau assume as contribuições dos autores nacionais e estrangeiros precedentes para oferecer uma teorização mais especificamente sobre a própria categorização da ordem econômica.

De sua parte, Celso Antônio Bandeira de Mello contribui com o aprimoramento do conceito de serviço público ao defender a essencialidade de seu aspecto formal e assim enfocar nos atributos estritamente jurídicos do conceito, de forma a torná-lo operável no sistema jurídico e valorizar-lhe o aspecto formal. Sem prejuízo de outros autores, essas formulações são as mais centrais e permitirão delinear os preceitos gerais da teoria tradicional.

Após dissertar sobre os principais elementos da teoria tradicional, o texto passa a apresentar transformações ocorridas no direito positivo a partir dos anos 1990 que, a nosso ver, demonstram a necessidade de se revistar a teorização sobre ordem econômica. Igualmente, ao fim, são trazidas diferentes contribuições doutrinárias que criticam as construções da teoria tradicional e reforçam essa necessidade de sua revisão.

2. A tradição francesa do Serviço Público

A influência francesa no direito administrativo brasileiro é evidente e há muito tempo marca presença na doutrina e no direito positivo, ainda que venha sendo criticada – também há muito tempo. Primeiramente, é feita digressão sobre o contexto e conceito francês do serviço público para, mais adiante, retomar o tema pelo viés do direito brasileiro.

A história do serviço público na França inicia bem antes da sua atual conceituação. Aponta-se que o fornecimento de prestações materiais pelo Estado foi elemento importante na própria formação e afirmação do Estado moderno, tendo contribuído para a centralização do poder sobre um povo e território, mediante implementação de serviços, como estradas, canais de navegação, serviços postais, moeda, defesa e diplomacia. Nascia daí a ideia de um serviço fornecido pelo Estado ao público, ainda que não houvesse sido juridicamente delineado seu conceito e regime.

Com evoluções e variações sobre o seu conceito ao longo dos séculos³, o termo serviço público foi utilizado pela jurisprudência do Conselho de Estado no século XIX como “função ‘atribuída à Administração Pública’”. Dessa forma, fortalecia-se a imagem do serviço público associada à incumbência estatal sobre determinadas atividades, a qual foi expandida de seus setores originais (diplomacia, moeda etc.) também para a implementação de infraestruturas urbanas e econômicas (ferrovias, iluminação pública, pontes, entre outras).

Foi no início do século XX que o serviço público obteve a conceituação jurídica que hoje se conhece e que ganhou o *status* de “mito”, de “imagem fundadora” do direito administrativo, muito em função da obra de Léon Duguit (1859-1928). Entendia o autor que a missão imposta aos governantes dentro da divisão de papéis na sociedade seria, justamente, de prover os governados com serviços públicos como forma de entreter os liames de solidariedade e interdependência social, liames esses objetivos e preexistentes ao próprio Estado (DUGUIT, 1928, p. 61).

Com isso, o serviço público se via parte de uma determinada teoria do Estado, para muito além de instituto jurídico do direito positivo. O serviço público mobiliza uma determinada ideologia a respeito das tarefas do Estado perante a sociedade, tornando-se um operador ideológico de um Estado generoso e bondoso em prol dos cidadãos, de forma mesmo a incentivar o desempenho dessas tarefas (CHEVALLIER, 2015, p. 4).

De sua parte, a jurisprudência francesa passou a adotar um conceito funcional do serviço público baseado em três critérios: material, orgânico e formal. Assim, receberia a etiqueta de serviço público aquelas atividades que visassem atender ao interesse geral (material) executadas pelo Estado, direta ou indiretamente (orgânico), mediante regime de direito público (formal).

Quanto ao critério material, é certo que por serviço público se entenderá a atividade que atende o interesse geral, restando o problema da identificação desse interesse geral. Pela doutrina de Duguit, esse interesse geral seria a essencialidade da atividade para a coesão social. O interesse geral, por sua vez, é cambiante e variável conforme a necessidade econômica do contexto, do tempo e do lugar. Naturalmente, as

³ Para uma referência sobre a evolução histórica neste período: ZIANI, Salim. *Du Service Public à l’obligation de service public*. Paris: LGDJ, 2015.

flutuações e incertezas quanto ao interesse geral sujeitariam o serviço público a ser empregado em função de motivações políticas momentâneas ou conforme as preferências ideológicas de seu intérprete (CHEVALLIER, 1976, p. 156).

O critério formal, de sua parte, enfoca no regime jurídico de direito público aplicável à execução da atividade, independentemente de quem a exerça. Para Gaston Jèze, só se diria ser serviço público aquela atividade sujeita ao direito público, sendo o critério formal o verdadeiro determinante do conceito. O serviço público seria apurado pela intenção do legislador em conferir a certa atividade o regime publicista, estando, assim, pressuposto o interesse geral.

Quando executada em regime de serviço público, a atividade estaria revestida de atribuições e privilégios típicos do direito administrativo, conforme já aplicável para outras atividades estatais. Trata-se, assim, da outorga dos poderes necessários para a fiel execução do serviço (e do interesse geral subjacente), os quais só poderiam ser garantidos pelos poderes públicos. Por exemplo, o poder para ordenar a desapropriação, para cobrar taxas e para usar privativamente os bens públicos. De outro lado, a atividade estaria sujeita aos princípios do serviço público, incluindo obrigações de continuidade, igualdade e mutabilidade impostas ao operador (MELLERAY; GONOD; YOLKA, 2017, p. 95).

Quanto ao sentido orgânico, o serviço se refere não à atividade, mas ao organismo dela encarregado. Define-se o serviço público como o ente preponderantemente vinculado à Administração Pública que assume uma atividade. Pode-se tratar de uma vinculação direta, quando o governo assume por seus próprios meios o serviço; ou indireta, quando há um intermediário entre o serviço e a administração. Em todo caso, ainda que seja um ente privado, haverá controle e tutela pelo Estado para a organização do serviço (GUGLIELMI; KOUBI; LONG, 2016, p. 110).

Para além desses critérios jurídicos, subjaz ao conceito de serviço público a noção de titularidade estatal, sendo essa, a nosso ver, a essência da tradição do serviço público de matriz francesa que foi incorporada no Brasil. Por *titularidade estatal* se refere à ideia de que certas atividades *pertencem* ao Estado, sejam de sua competência e de seu domínio. A titularidade do serviço público é que justifica: a assunção de atividade relevante à coletividade pelo Estado (critério material), a aplicação do regime publicista (critério formal) e a execução da atividade pelo Estado (critério orgânico).

Esse conceito, inicialmente incidente sobre funções régias “típicas de Estado” (como justiça, polícia e diplomacia), posteriormente permitiria que atividades produtivas (como energia, transporte, águas) fossem associadas às primeiras e colocadas sob o domínio do Estado (CHEVALLIER, 2015, p. 62).

É daqui que decorre o vislumbre da ordem econômica categorizada entre as atividades que estão sujeitas a titularidade e as que não estão – entre os serviços públicos

e as atividades econômicas. Também decorreria uma oposição quase inata entre o regime de direito público aplicável às atividades declaradas públicas e o regime aplicável às demais atividades relegadas aos privados (MARQUES NETO, 2014, p. 54-55).

3. Formulações da teoria tradicional da ordem econômica

A partir da recuperação da visão de diferentes autores e momentos históricos da doutrina brasileira, demonstraremos que toda a teoria tradicional sustenta que a ordem econômica necessariamente deve ser compreendida como uma *dicotomia* entre serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito.

De um lado, quanto aos primeiros, ter-se-ia um campo próprio de atuação estatal, com atividades titularizadas pelo Estado e por ele exploradas em regime de direito público e com o privilégio da exclusividade. De outro lado, quanto às demais atividades econômicas, estas seriam pertencentes à sociedade, livremente exploradas por particulares, em regime de direito privado, e exploradas excepcionalmente pelo Estado, em ambiente de concorrência. Ainda no campo das atividades econômicas em sentido estrito, estariam os monopólios constitucionais, os quais seriam explorados pelo Estado com exclusão da concorrência, mas ainda sob regime de direito privado.

Como decorre da própria exposição dos autores, a construção dessa linha doutrinária esteve enraizada em certa noção francesa de serviço público enquanto uma atividade afeta às funções do Estado e regida pelo direito público, notadamente após a superação de doutrinadores que adotavam lógicas embasadas na tradição americana das *public utilities*.

A teoria tradicional de categorização da ordem econômica estabeleceu-se com a atual formatação por meio das proposições de Eros Grau e Celso Antônio Bandeira de Mello em seus primeiros estudos nos anos 1970 e 1980, ocasiões em que a influência francesa foi ainda mais endossada na doutrina brasileira.

3.1 Incorporação da teoria do serviço público no direito brasileiro

A questão teórica sobre o provimento e regulamentação estatal sobre utilidades públicas surge mais claramente na República Velha, quando a doutrina passa a questionar a natureza e o regime de contratos de concessão (especialmente no setor de energia elétrica).

Em uma primeira fase, a doutrina brasileira se filia à corrente norte-americana de *public utilities*, ainda que sem muita uniformidade. Nessa linha, considerava-se que certas atividades, pelas condições de sua exploração (por exemplo, monopolísticas) e pela importância de seu oferecimento ao público, deveriam ser mais proximamente regulamentadas e controladas pelo poder público. Não seriam atividades pú-

blicas, mas privadas, em que a correspondente livre iniciativa só poderia ser excepcionalmente restrita. O controle estatal viria pelas concessões, justificadas pelo uso de bens públicos ou pela importância coletiva da utilidade.

A fase de adoção da linha das *public utilities* americanas aos poucos chega a seu termo com a inauguração do Estado Providência no Brasil. A partir do Governo Vargas e até os anos 1990, verificou-se a intensificação da intervenção do Estado em setores econômicos e a estatização de empresas ditas prestadoras de serviços públicos.

Ao redor dos anos 1940 em diante, a literatura jurídica brasileira passa a adotar a tradição francesa do serviço público para a compreensão do direito pátrio, em detrimento da tradição de *public utilities*. A nova noção de serviço público desempenharia papel no favorecimento dessa nova face intervencionista do Estado brasileiro (SCHIRATO, 2012, p. 81).

No relatório da comissão de juristas responsáveis pela lei de fiscalização dos serviços públicos concedidos, pelas mãos de Odilon Braga, a comissão consignou que os “serviços públicos concedidos” não são negócios privados, mas que o seu provimento é uma função do Estado. Dessa forma, constituem campo de ação do poder público: “O serviço denomina-se ‘público’, não porque seja de utilização do ‘público’ ou de ‘um público’, mas porque pertence ao sistema das atividades do poder público” (BRAGA, 1947, p. 42).

A influência francesa também é vista na concepção de Ruy Cirne Lima, para quem “serviço público [...] é todo serviço existencial relativamente à sociedade ou, pelo menos, assim havido num dado momento” (LIMA, 1939, p. 69) em aproximação com o sentido material de serviço público elaborado por Duguit.

A elaboração mais completa e afrancesada do serviço público ficaria a cargo de Themístocles Brandão Cavalcanti, que dá preponderância ao critério formal do serviço público. Seguindo lição de Gaston Jèze, o brasileiro assevera que “o serviço, para que seja considerado público, precisa obedecer a um regime jurídico peculiar fixado pelo Estado, a cujo controle deve atender, e destinar-se ao público em geral, sem visar somente benefícios e interesses individuais” (CAVALCANTI, 1961, p. 225).

Nessa mesma linha formalista, Mário Masagão (1974, p. 278) coloca o serviço público como toda atividade finalística do Estado que é regida pelo direito público. Estariam incluídos os serviços judiciais, o poder de polícia, além das atividades administrativas prestacionais. Seriam caracterizados pela generalidade, uniformidade (igualdade, atualmente), continuidade e regularidade.

A noção afrancesada de serviço público se instalou no direito brasileiro e até hoje é claramente perceptível. Autores clássicos e autores mais recentes se remetem às construções francesas em seus estudos como forma de explicação do conceito no nosso direito. Contudo, a nosso sentir, a incorporação histórica desses conceitos

franceses na doutrina brasileira nos levou a uma leitura atávica do direito positivo, com conclusões amoldadas à forma francesa, mas incoerentes com o direito vigente. O direito brasileiro, por sua vez, não se atém aos caracteres do serviço público ditados pela doutrina, de sorte que essa dissonância tem levado a incompreensões sobre o ordenamento vigente.

3.2 Eros Grau: serviços públicos versus atividades econômicas

Em um avanço frente a essas primeiras formulações sobre a ordem econômica, o estudo de Eros Grau tem início em sua tentativa de determinar o sentido do termo “atividade econômica” constante na Constituição de 1988 – e, antes dela, no Decreto-Lei nº 200 de 1967 –, a fim de distinguir as áreas de atuação e de intervenção estatal, bem como para propor a interpretação dos artigos da ordem econômica constitucional.

De partida, diz o autor que inexistente oposição entre atividade econômica e serviço público, na medida em que esse último estaria incluído na primeira expressão. Estando os serviços públicos voltados à satisfação de necessidades e utilização de recursos escassos, seriam um tipo de atividade econômica. Dessa forma, pode-se falar em uma categoria maior de *atividades econômicas em sentido amplo*, dentro da qual estariam as categorias menores *atividades econômicas em sentido estrito* e *serviços públicos*. Gênero e espécies, portanto.

Dentro dessas espécies, cada qual teria suas características próprias, a partir das quais se expõe a oposição entre *serviços públicos* e *atividades econômicas em sentido estrito* na teorização de Eros Grau. Observa-se a apartação dessas duas espécies na medida em que o serviço público é associado definitivamente ao Estado, como aquelas atividades “cujo desenvolvimento compete *preferencialmente* ao setor público” (GRAU, 2001, p. 250), ainda que admitida a delegação a particulares, ao passo em que a atividade econômica em sentido estrito estaria afeta à sociedade: “serviço público está para o setor público, assim como a atividade econômica está para o setor privado” (GRAU, 2001, p. 250).

De um lado dessa oposição, as *atividades econômicas em sentido estrito* seriam aquelas atividades de utilização de recursos escassos, sujeitas à finalidade lucrativa e que poderiam ser exploradas livremente pelos agentes privados, com fundamento na livre iniciativa e nos limites de lei (artigo 170 da Constituição). Nessas atividades, incidiria o regime de direito privado. Apesar da prevalência da atuação privada, excepcionalmente, haveria também atividades econômicas em sentido estrito monopolizadas pelo Estado (artigo 177) e de acesso vedado a particulares, ainda que o Estado as explorasse em regime de direito privado.

Para Grau (2018, p. 105), a Constituição não enumera quais são as atividades econômicas em sentido estrito, as quais seriam definidas por exclusão, isto é: seria atividade econômica tudo aquilo que a Constituição não tivesse adotado por serviço

público. Assim, fixa-se a esfera dos serviços públicos e o restante das atividades é considerada atividade econômica em sentido estrito, sujeita à livre iniciativa e às regras do direito privado. A chave, portanto, está na definição de serviço público, a partir da qual Eros Grau desenvolverá sua categorização da ordem econômica.

Eros Grau buscará critérios e subsídios para determinar, perante a Constituição de 1988, o que deve ser assumido pelo Estado como serviço público. Em uma prévia enunciação de um conceito de serviço público, entende que deve ser construído em torno da ideia de coesão e interdependência social. E recorre à Léon Duguit e à Ruy Cirne Lima para concluir o conceito:

Serviço Público, assim, na noção que dele podemos enunciar, é a atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (Duguit) – ou, em outros termos, atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como serviço existencial relativamente à sociedade em um determinado momento histórico (GRAU, 2018, p. 120).

Seriam serviços públicos aquelas atividades prestadas pelo Estado indispensáveis à consecução da coesão social e que atendessem ao interesse social (GRAU, 2018, p. 124), a par de outros interesses que podem vir a perseguir o Estado. Seria uma noção histórica e variável, não cabendo falar em atividades que seriam por natureza sempre serviços públicos, justamente em razão dessa mutabilidade.

A identificação de quais são (e não são) essas atividades deverá se dar conforme os parâmetros da Constituição, interpretada em seu todo. Nos casos em que não há certeza sobre a categorização de determinada atividade econômica, deve-se, assim, verificar se, no dado momento histórico, a atividade é essencial para a coesão social de forma que seria elevada à serviço público.

Nessa toada, fica claro que Eros Grau adota um conceito material de serviço público, que está afeito às características da atividade. Como se vê, não é o exercício pelo Estado da atividade econômica em sentido amplo que a faz se configurar como serviço público, nem mesmo o regime jurídico a que esteja sujeita a atividade (sendo essa mera decorrência de sua materialidade). Vale reprisar, nas palavras de Grau: “o que determina a caracterização de determinada parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público é a sua vinculação ao interesse social” (GRAU, 2001, p. 257).

Dentre os serviços públicos previstos pela Constituição, Grau ainda os diferencia entre os *serviços públicos privativos* e os *serviços públicos não-privativos*. Nos primeiros, a atividade necessariamente será considerada como serviço público, de forma que a sua prestação é exclusiva ao Estado, sendo admitida a exploração privada apenas mediante delegação via concessão ou permissão, conforme ditado pelo artigo 175 da Constituição. Já nos segundos, as atividades poderão também ser exploradas por

particulares independentemente de delegação, em regime de direito privado, a exemplo dos setores de saúde e educação⁴.

Nos serviços públicos privativos, além do regime de direito público incidente sobre qualquer serviço público, também seria notável a incidência do *privilégio da exclusividade*. Para Grau, “os regimes jurídicos sob os quais são prestados os serviços públicos importam que seja sua prestação desenvolvida *sob privilégios*, inclusive, em regra, o da exclusividade na exploração” (GRAU, 2018, p. 134). O autor ainda opõe essa exclusividade ao monopólio de direito que pode incidir sobre atividades econômicas (em sentido estrito), por força da Constituição. Essa exclusividade, ao contrário do monopólio, não subtrairia a atividade do campo afeito aos privados, vez que, sendo serviço público, a atividade compete ao Estado.

Devemos concluir, também, que Eros Grau retoma a ideia de titularidade estatal e, assim, coloca uma dicotomia na ordem econômica. De um lado, existiria um conjunto, ainda que mutável, de atividades econômicas em sentido amplo que, por suas características, pertenceriam preferencialmente ao Estado e só seriam prestadas por particulares mediante delegação. Essa exclusividade estatal na exploração e o regime publicista oporiam essa categoria à outra categoria, as atividades econômicas em sentido estrito, exploradas em regime de direito privado e livremente acessíveis aos particulares.

Vista essa exposição sobre as categorias adotadas por Eros Grau, resta ainda explorar a explicação que o autor dá aos âmbitos de aplicação dos artigos constitucionais 173, 174, 175 e 177, quando se referem à expressão “atividade econômica”.

Conforme o autor, o artigo 173 e seu §1º empregam “atividade econômica” no *sentido estrito*, assim enunciando as hipóteses em que o Estado poderia intervir (explorar) diretamente no domínio econômico. Nesse caso, estaria o Estado atuando “em área de titularidade do setor privado” (GRAU, 2018, p. 100), nas mesmas condições que as empresas privadas, isto é, mediante regime de direito privado, inclusive quanto a obrigações trabalhistas e tributárias e em regime de concorrência. Nesse tocante, a intervenção estatal deveria ser excepcional, possível apenas quando fundada em “imperativos da segurança nacional” ou “relevante interesse coletivo”. Assim, quanto aos fundamentos, *atividades econômicas em sentido estrito e serviços públicos* se diferenciariam quanto aos interesses que tutelam: esses seriam fundados em interesses sociais, enquanto aquelas em interesse coletivo ou em imperativo de segurança nacional (GRAU, 2018, p. 127)⁵.

⁴ Na Constituição isso fica evidente nos seguintes artigos: “Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: (...)” e “Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.”

⁵ “Desejo deixar bem vincado, neste passo, o seguinte: o interesse social exige a prestação de serviço público; o relevante interesse coletivo e o imperativo de segurança jurídica, o empreendimento de atividade econômica em sentido estrito pelo Estado.” (GRAU, 2018, p. 127)

Quanto ao artigo 174, o vocábulo “atividade econômica” tem seu sentido *lato*, o que se evidenciaria pela expressão “determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”, abrangendo ambas as categorias. A esse respeito, Eros Grau assevera que também é função do Estado a fiscalização e execução das normas de direito econômico, bem como o incentivo e o planejamento das atividades produtivas.

No artigo 175, por sua vez, dispõe-se sobre o núcleo dos serviços públicos. Ali estariam condensadas as características principais de seu conteúdo e regime. Atividades atribuídas ao poder público, a serem delegadas aos particulares mediante concessão e permissão.

De sua parte, o artigo 177 não usa a expressão “atividade econômica”, mas estabelece o exercício pelo Estado de atividades econômicas em sentido estrito em regime de monopólio. As atividades de exploração de petróleo, gás natural e minérios nucleares são *atividades econômicas em sentido estrito* e não *serviços públicos* porque atendem a imperativos de segurança nacional e não a interesse social (GRAU, 2018, p. 122)⁶. O monopólio a eles imposto, diferentemente do privilégio de exclusividade dos serviços públicos, restringe a área afeita aos particulares e, por isso, só deve ocorrer nos casos previstos na Constituição ou em lei.

Essa categorização de Eros Grau, ao que foi visto, pareceria bem compreender o texto constitucional e ser útil ao intérprete ao operar o direito brasileiro. Cremos, porém, que essa categorização perde espaço diante de novos fenômenos do direito constitucional e do direito administrativo, o que leva ao esvaziamento de sua utilidade e põe em questão a sua interpretação do texto constitucional.

Como já foi criticado na doutrina, “os problemas principiam [...] quando se procede ao ‘preenchimento’ (conteúdo) dos conceitos, isto é, a identificação de quais atividades seriam atividade econômica em sentido estrito e quais seriam serviço público” (STEIN, 2018, p. 57). E, aliás, questionamos ademais: se categorizar como atividade econômica ou serviço público ainda diz algo sobre o regime jurídico da atividade.

3.3 Celso Antônio Bandeira de Mello: o regime de serviço público

A visão oferecida por Celso Antônio Bandeira de Mello sobre a categorização da ordem econômica – desde os anos 1970 até atualmente – está alinhada, em seus pressupostos, com a teoria de Eros Grau. Ambas as construções observam na ordem econômica a diferenciação entre atividades econômicas e serviços públicos, bem como entendem pela possibilidade de exploração de atividades econômicas pelo Estado, em regime de direito privado, concorrencialmente ou em monopólio.

⁶ “No caso [serviços nucleares, art. 21, XXIII], assim como naquele do artigo 177 - monopólio do petróleo e gás natural -, razões creditas aos imperativos da segurança nacional é que justificam a previsão constitucional de atuação do Estado, como agente econômico, no campo da atividade econômica em sentido estrito. Não há, pois aí, serviço público.” (GRAU, 2018, p. 122).

A notável diferenciação de Bandeira de Mello frente a Eros Grau e à doutrina brasileira precedente sobre o serviço público se dá por sua contribuição com o rigor metodológico e o enfoque no critério formal. Positivista como é, Bandeira de Mello visa restringir a sua análise aos fatos juridicamente relevantes e às consequências atribuídas no ordenamento, sem computar outros elementos extrajurídicos. Assim, entende que os conceitos jurídicos necessariamente devem ser pontos terminais de princípios e regras jurídicas, referindo-se a uma unidade de regime individualizada e internamente coesa (BANDEIRA DE MELLO, 2017, p. 13).

O conceito de serviço público terá necessariamente dois elementos: *formal* e *material*. Quanto ao *formal*, tem-se a incidência do regime de direito público, justamente o que chancela o caráter jurídico do conceito. Quanto ao elemento *material*, para se estar diante de um serviço público devem estar presentes, cumulativamente, cinco requisitos:

(a) tratar-se de uma *prestação de atividade singularmente fruível pelos usuários*, (b) consistir em atividade *material*, (c) destinar-se à *satisfação da coletividade em geral*; (d) ser reputada pelo Estado como particularmente importante para a satisfação dos interesses da Sociedade; (e) ter sido havida como insuscetível de ser relegada tão só aos empreendimentos da livre iniciativa, razão porque a assume como *pertinente à si próprio* [i.e., na qualidade de titular]. (BANDEIRA DE MELLO, 2017, p. 69).

Pelos requisitos (a), (b) e (c) o autor delinea do ponto de vista fático quais são as atividades econômicas a que se refere, isto é, atividades *uti singuli* prestadas a todos os interessados, descartadas atividades de cunho restrito ou prestadas sem usuários individualizados (*uti universi*). A atividade ser material a opõe a atividades meramente jurídicas, como o poder de polícia.

Os requisitos (d) e (e), por sua vez, demonstram uma ideia de especialidade e peculiaridade material dos serviços públicos frente às demais atividades econômicas em razão de sua importância para a sociedade, semelhante com o que faz Eros Grau ao dizer que são atividades essenciais e afeitas ao interesse social. São qualificadas em serviço público aquelas atividades que, em dado tempo e lugar, por sua importância, “o Estado reputa que não convém relegá-las simplesmente à livre iniciativa, ou seja, que não é socialmente desejável fiquem tão só assujeitadas à fiscalização e ao controle que exerce sobre a generalidade das atividades privadas” (poder de polícia) (BANDEIRA DE MELLO, 2017, p. 67).

Em função dessa importância, a atividade seria titularizada pelo Estado, com o que se vê que Bandeira de Mello se inscreve clara e definitivamente na tradição do serviço público francês ao falar na incidência de titularidade estatal sobre atividades

materiais, assimilando-as ao domínio e às próprias funções do Estado (BANDEIRA DE MELLO, 2017, p. 78)⁷.

Essas cinco características comporão a base material, o substrato fático do que é o serviço público. Mas não bastará a existência de uma tal atividade assim como descrita para que se configure o serviço público. Além disso, é necessário que o direito positivo faça incidir sobre ela um regime jurídico de direito público. Presente tanto o aspecto material, quanto o formal, tem-se aí o serviço público na concepção de Bandeira de Mello.

Esse regime publicista, como todo direito administrativo, é fundado na ideia de supremacia do interesse público sobre o privado e na indisponibilidade do interesse público. Assim, o regime do serviço público preverá medidas derogatórias e exorbitantes do direito comum, em forma de privilégios ou de sujeições, inclusive com técnicas coercitivas, a fim de garantir os valores públicos presentes no serviço⁸.

Portanto, compreendendo tudo que foi exposto, eis o conceito de serviço público em Bandeira de Mello:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público – portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo (BANDEIRA DE MELLO, 2017, p. 81).

Considerado esse conceito e a unidade de regime jurídico que ele carrega, entende Bandeira de Mello que é possível separar aqueles serviços de titularidade exclusiva e de titularidade não exclusiva, no mesmo sentido do entendimento de Eros Grau sobre serviços públicos privativos e não privativos. Entende ainda que é possível classificá-los segundo o regime da imposição constitucional sobre eles, da seguinte forma (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 712):

- (i) Serviços de prestação obrigatória e exclusiva do Estado: atividades que sequer podem ser delegadas via concessão, permissão ou autorização. Trata-se, apenas, dos serviços postais e de correio aéreo nacional (art. 21, X da CF/88);
- (ii) Serviços que o Estado tem obrigação de prestar, mas sem exclusividade: não podem deixar de serem prestados pelo Estado, mas são de livre acesso ao particular.

⁷ O serviço público seria “atividade assumida pelo Estado como própria, na qualidade de titular dela, ou seja, por ele considerada como interna a seu campo de ação típico, isto é, à esfera pública” (BANDEIRA DE MELLO, 2017, p. 78).

⁸ Bandeira de Mello entende que o regime de serviço público terá especialmente os seguintes caracteres: (i) dever inescusável do Estado promover-lhe a prestação, (ii) supremacia do interesse público, (iii) adaptabilidade, (iv) universalidade, (v) impessoalidade, (vi) continuidade, (vii) transparência, (viii) motivação, (ix) modicidade das tarifas e (x) controle interno e externo. BANDEIRA DE MELLO, Curso de Direito Administrativo.

Serviços de educação, saúde, previdência social, assistência social e radiodifusão;

(iii) Serviços que o Estado tem obrigação de prestar e obrigação de conceder: atividades que, além de prestadas diretamente, precisam ser delegadas para que se atinja a “complementariedade” exigida no artigo 223 da Constituição. São serviços de radiodifusão sonora ou de sons e imagens; e

(iv) Serviços que o Estado tem apenas o dever de promover a prestação: todos os demais serviços públicos, especialmente aqueles do artigo 21, XI da CF/88, podendo o Estado tanto explorar diretamente quanto delegar.

Nessa visão, entendemos que os conceitos de Bandeira de Mello não se dissociam fortemente da categorização exposta por Eros Grau. Reitera-se a ideia da dicotomização da ordem econômica e a ideia de titularidade estatal sobre os serviços públicos. Bandeira de Mello, porém, avança na definição dos serviços públicos a partir de caracteres estritamente jurídicos e na definição de seu regime.

4. Necessidade de superação da teoria tradicional

A teoria tradicional foi referência para a doutrina e para a interpretação jurídica pelos tribunais durante quase todo o século XX. Por meio da atuação da Administração Pública, com base no domínio estatal sobre os serviços públicos, o Estado passou a incorporar um sem-número de atividades econômicas mediante empresas estatais e órgãos públicos para darem conta das tarefas prestacionais colocadas a seu cargo ou que o próprio Estado se arvorava na competência de executar. A teoria do serviço público, assim, mantinha uma relação íntima com o Estado Providência, na medida em que lhe servia de instrumento, método e justificativa para a expansão da intervenção estatal nos domínios econômico e social (PISIER-KOUCHNER, 1972, p. 256).

O esgotamento do modelo de Estado Providência veio, então, na década de 1970 e 1980, quando a queda da atividade produtiva causada pela crise do petróleo fez decrescer a arrecadação fiscal, ocasionando crises econômicas e políticas ainda maiores. Conjuntamente a esse contexto, assistiu-se aos Estados nacionais sendo premiados pela globalização e pela revolução tecnológica que criavam forças econômicas e culturais que extrapolam fronteiras e dificultam drasticamente o controle e intervenção do Estado sobre as condições macroeconômicas, tal como tinha sido a prática até então.

A erosão do poder do Estado se tornou evidente em sua incapacidade de financiar suas atividades, bem como pela ineficiência e baixa qualidade com que prestava serviços. A capacidade de intervenção estatal, assim, estava falida e não mais seria possível ao Estado se manter na condição de prestador universal de bens e serviços econômicos e sociais para a sociedade.

Tornou-se imprescindível encontrar novas formas para a prestação à sociedade daqueles serviços que então eram fornecidos pelo Estado. A saída percorrida no Brasil e globalmente foi no sentido de privatizar as atividades estatais, materialmente e

formalmente, no intuito de reduzir a sua dependência do Estado e permitir o concurso de outros agentes e outras formas de financiamento. Lançou-se mão, assim, da alienação de empresas estatais em diversos setores, flexibilização de monopólios, concessão de empreendimentos e serviços públicos e da abertura de mercados a agentes privados, nacionais e estrangeiros. Abriu-se espaço para soluções privadas, mistas ou cruzadas entre o público (estatal) e o privado para o provimento dessas atividades.

Com relação especificamente aos serviços públicos (enquanto método de provimento de serviços), a erosão de poder do Estado e a assimilação da colaboração privada em sua prestação exigiu mudanças na forma de relacionamento entre Estado e a economia, no sentido de uma intervenção mais indireta, técnica e mediada entre os interesses públicos e privados (ARAGÃO, 2017, p. 55).

A crise do Estado mostrou a incapacidade e o esgotamento de um modelo intervencionista, dispendioso e exclusivamente baseado na atividade pública como forma de perseguição dos interesses públicos. Daqui em diante, será necessário adotar novos instrumentos, mais flexíveis e condizentes com o racional econômico privado (ARAGÃO, 2017, p. 56).

E a adoção desses novos instrumentos afetou também a lógica da ordem econômica. Conforme exporemos adiante, para refletir esses novos contextos, o direito positivo consagrou alterações normativas e mudanças de paradigma na forma e atuação da Administração Pública que colocaram em questão a adequação da teoria tradicional para compreensão do ordenamento. No mesmo sentido, a própria doutrina jurídica passou a criticar a teoria tradicional, por cada vez mais entendê-la distante dos atuais preceitos e práticas adotadas na ordem econômica.

4.1 As transformações recentes da ordem econômica

A partir da Reforma do Estado, o direito positivo tem extrapolado os quadros postos pela teoria tradicional ao alterar os marcos regulatórios de alguns setores econômicos sem recair na oposição entre atividades econômicas e serviços públicos. São buscadas soluções mistas e cruzadas entre o público e o privado, especialmente com maior participação privada em atividades tidas como de interesse público, além de uma maior intervenção estatal indireta em atividades antes tidas como tipicamente privadas. Aliás, importa dizer que esse fenômeno não é exclusivo ao Brasil, visto que, na Europa, por obra do direito comunitário, a tradição do serviço público está sendo revisitada pela lógica dos serviços econômicos de interesse geral (SIEG)⁹.

⁹ “A expressão ‘serviços de interesse económico geral’ é usada nos artigos 16º e 86º (2) do Tratado. Não está definida no Tratado, nem no direito derivado. Todavia, na prática comunitária, existe consenso em torno do facto de que a expressão se refere a serviços de natureza económica aos quais os Estados-Membros ou a Comunidade impõem obrigações de serviço público, por força de um critério de interesse geral. O conceito de serviços de interesse económico geral abrange assim sobretudo certos serviços

Em dois setores essas mudanças são mais evidentes diretamente no texto legal: telecomunicações e energia.

As telecomunicações são, há muito tempo, setor com marcante presença estatal e considerado serviço público no direito brasileiro desde a Lei Federal nº 4.117/1962 (Código Brasileiro de Telecomunicações) e a Constituição de 1967/69. A Constituição de 1988 manteve a qualificação em serviço público, limitando a delegação apenas a empresas sob controle acionário estatal (art. 21, XI em redação original), excluindo qualquer participação de empresas privadas.

A estatização total do setor foi alterada pela Emenda Constitucional nº 8 de 1995, quando se fez prever a concessão do serviço a empresas privadas, ainda sob o regime de serviço público. A liberalização do setor ocorreu mesmo pela via infraconstitucional, na Lei Federal 9.742/1997, que dispôs no marco regulatório a exploração também em regime privado (art. 63)¹⁰. Essa legislação foi considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI 1.668, em medida cautelar julgada pelo plenário em 20/08/1998 e confirmada no julgamento final de mérito em 01/03/2021.

No setor de energia, deu-se percurso semelhante. Desde o final do século XIX e início do século XX, há um forte interesse do Estado na intervenção e controle dos serviços de energia, especialmente nos centros urbanos e industriais. Numa primeira fase, esses serviços foram regulados via contratos – seguindo a tradição da *public utilities* –, e ao menos desde 1930 estão à cargo do Estado, mediante empresas estatais e regime de serviço público (STEIN, 2018, p. 100).

A situação se altera quando, a partir de 1990, as empresas estatais de energia elétrica passam a ser privatizadas no Plano Nacional de Desestatização e, mais tarde, a Lei Federal nº 9.427/1996 cria a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), que reestrutura todo o marco regulatório do setor.

Dentre inúmeras reformas trazidas pela legislação de energia, destaca-se o desmembramento da cadeia produtiva (*unbundling*), divisando o setor em quatro fases: geração, transmissão, distribuição e comercialização, cada qual sujeito a um regime jurídico próprio. A geração poderá ser prestada simultaneamente em regime privado (autoprodutor ou produtor independente) e público (concessão); a transmissão e distribuição em regime público, garantido o acesso de outras empresas à rede;

prestados pelas grandes indústrias de redes, como os transportes, os serviços postais, a energia e as comunicações. Todavia, também se refere a qualquer outra actividade económica sujeita a obrigações de serviço público”. COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Livro Verde Sobre Serviços de Interesse Geral. Bruxelas: [s.n.], 2003, p. 6.

¹⁰ Interessante notar, ademais, que o marco regulatório das telecomunicações continuou em mutação. Muito recentemente, a Lei Federal nº 13.879/2019 alterou-o para permitir a adaptação do instrumento de concessão em autorização, mediante o cumprimento de uma série de requisitos, entre eles a assunção de obrigações de investimentos (art. 144-a e seguintes). A conversão do serviço público em atividade econômica seria completamente estranha à Eros Grau.

e a comercialização, em regime privado, em um mercado concorrencial, sob fortes incidências regulatórias e controles por parte do Estado.

Os exemplos dos dois setores acima tratados, sem prejuízo de outros, mostram como a teoria tradicional se encontra colocada à prova diante das alterações do direito positivo. A partir desses exemplos entendemos ser possível indicar, ainda que preliminarmente, quais seriam os principais *fatores de transformação* da ordem econômica. Isso é, há elementos do direito brasileiro que não estão compreendidos na dicotomia entre atividades econômicas e serviços públicos e expõem a necessidade de superação das proposições da teoria tradicional.

Em uma primeira análise, vê-se que as reformas legislativas converteram atividades tidas como serviços públicos em atividades econômicas em sentido estrito, em um processo de *despublicatio* (ou despublicização). Trata-se da alteração quanto ao regime jurídico incidente sobre uma atividade econômica, que antes era sujeita ao regime de serviço público e passa a se sujeitar ao regime de direito privado. Evidentemente, por detrás da substituição do regime jurídico no direito positivo, a despublicização também altera a relação entre público e privado e a configuração das responsabilidades atribuídas a esses dois polos.

Essa alteração, contudo, não decorreu da inexistência de interesse social sobre essas atividades e nem a implicou – aliás, o interesse social é cada dia mais existente nos setores de telecomunicações e energia. O que o direito positivo faz é efetivamente colocar entes privados para atuar em atividades de interesse público, na qualidade de responsáveis diretos por sua execução, enfraquecendo o vínculo subjetivo entre Estado e interesse público (ou interesse social, para Grau), o que contradiz as proposições da teoria tradicional. O serviço público deixa de ser titularizado pelo Estado – deixa de pertencer apenas a seu campo de domínio – e é aberto o seu acesso a entes privados, em regime de direito privado e com o fim do preceito da exclusividade estatal.

Em que pese a despublicização, o Estado permanece sempre interessado nos resultados advindos da exploração da atividade econômica e responsável por eles, por força da própria ordem constitucional que permite a *despublicatio*, na medida em que ainda estão envolvidos direitos fundamentais e interesses públicos na execução da atividade.¹¹

É nesse contexto que se aponta para uma mudança na forma da atuação da Administração Pública, de uma atuação prestacional, direta e visando à produção dos re-

¹¹ Sobre a finalidade social do Estado e a manutenção de sua responsabilidade perante os direitos fundamentais no contexto pós-privatização: GONÇALVES, Estado de Garantia e Mercado; BITENCOURT NETO, Concertação Administrativa Interorgânica; LOUREIRO, Adeus ao Estado Social? O insustentável peso do não-ter; SCHMIDT-ASSMANN, La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática.

sultados (típica do serviço público), para uma atuação indireta, reguladora e fiscalizadora da atividade econômica. A mudança está no *meio*, no *instrumento* a ser empregado pelo Estado na busca do interesse público, na posição de *garante* e de regulador, ao invés de prestador.

Como decorrência desse movimento, no outro lado da moeda vê-se outro fator de transformação da ordem econômica: a *intensificação da regulação estatal* incidente sobre as atividades recentemente despublicizadas ou sobre outros setores econômicos relevantes (a exemplo do setor bancário). Em razão do reconhecimento de interesses públicos envolvidos mesmo em atividades privadas, cabe ao Estado regular e garantir que a atividade será explorada de forma satisfatória a esses interesses, ainda que o Estado não tome para si a exploração. Como já preveem as novas legislações, a regulação recairá sobre os aspectos essenciais da prestação da atividade, como acesso, preço, quantidade, qualidade etc., em restrição (proporcional) às liberdades empresariais e de livre iniciativa.

Assim, passa-se ao lugar das atividades privadas reguladas: atividades econômicas, exercidas em livre iniciativa e por direito próprio dos particulares, em regime de direito privado e sujeito a forte regulação fundada na garantia de direitos fundamentais e interesses públicos.

A intensificação da regulação encaminha ainda para uma aproximação entre os regimes público e privado (i.e., entre atividades econômicas e serviços públicos). A regulação intensa sobre a atividade prepara um regime jurídico de exploração voltado à consecução das finalidades de interesse público subjacentes, inclusive quando isso importa na imposição de obrigações e sujeições aos operadores privados, semelhantes às existentes no regime público.

Nesse tocante, a teoria tradicional pena em explicar como e por que uma atividade relevante ao interesse público pode ser considerada privada e pode ser submetida a tão intenso regime que aproxima alguns de seus aspectos da regulação de direito público. Adicionalmente, veja-se a recente possibilidade de assimetria de regimes jurídicos, isto é, de uma mesma atividade ser simultaneamente regida pelo direito privado ou pelo direito público, a depender do operador (tal como acontece nos setores de telecomunicações e portuário). A partir da categorização dicotômica pura e simples, não é possível se enquadrar as atividades econômicas afetadas por esses fenômenos.

Para além das transformações na ordem econômica já citadas, aponte-se ainda a quebra da exclusividade estatal sobre os serviços públicos como uma das transformações mais relevantes (MARQUES NETO; GAROFANO, 2014, p. 68-69). Isso decorre da revisão de marcos regulatórios que permitiram a exploração de antigos serviços públicos exclusivos agora também por meio de regimes privados e abertos à livre iniciativa. Foi viabilizada a participação privada nessas atividades por direito

próprio, independente de delegação, muitas vezes ao lado do regime público mediante outorga de delegações.

De outro lado, os serviços públicos também estão cada vez mais inseridos em um ambiente de competição, sujeitos ao racional econômico e à exploração privada, com instrumentos mais liberalizados e típicos de direito privado. É possível verificar a existência de concorrência na outorga de contratos de concessão (concorrência *pelo mercado*), concorrência direta e indireta entre prestadores de serviço público e a concorrência entre concessionários e autorizatários na mesma atividade, em regimes distintos.

Nesse sentido, a exclusividade estatal sobre os serviços públicos – que era um pilar da teoria tradicional – vai se mostrando superada. Não é mais possível se distinguir a natureza jurídica de uma atividade econômica com base na aplicação ou não da livre iniciativa – a qual deve indistintamente aplicável por se tratar de princípio constitucional. Hoje, para além da dicotomia, é admissível a exploração privada em setores considerados tradicionais serviços públicos, mediante diferentes incidências de aspectos concorrenciais, quer seja no regime público ou privado.

É diante de todas essas alterações estruturais na ordem econômica trazidas pelo direito positivo a partir da reforma do Estado e das revisões de marcos regulatórios setoriais, que passamos a entender que a teoria tradicional vai se mostrando incapaz de compreender o direito administrativo e constitucional em suas novas facetas.

A ordem econômica é cada vez menos estrita em distinguir a dicotomia entre atividades econômicas e serviços públicos. Os novos quadrantes da regulação, a nosso ver, têm potencial para ensejar questionamentos e revisões da ideia de uma *summa divisio* entre os regimes público e privado. Descritas essas evidências do direito positivo, partimos para a demonstração das visões críticas à teoria tradicional que surgiram na doutrina.

4.2 A revisão crítica da teoria tradicional pela doutrina

O contexto histórico acima narrado e as alterações legislativas que dele decorreram certamente geraram grandes discordâncias políticas à época, inclusive no seio da doutrina do direito administrativo. Ainda que se possa pretender taxar a Reforma do Estado de neoliberal e dela discordar, isso não retira dos juristas a tarefa de lidar com as alterações legislativas ocorridas, revendo a doutrina para que ela se adeque e continue se adequando à nova realidade do direito positivo.

Nesse sentido, conforme aduz André Saddy, a teoria tradicional se encontra desatualizada em face das reformas constitucionais e infraconstitucionais e, por isso, traz pouca utilidade ao operador do sistema:

Essa é a classificação hoje existente, inclusive a mais difundida. No entanto, não significa que seja uma classificação boa. Não é, pelo contrário. Essa dicotomia é péssima para continuar classificando as atividades econômicas que o Estado realiza. Inclusive, frisa-se, classificação a respeito da atuação estatal, lembre-se, a regra é a livre iniciativa e as atividades econômicas devem ser realizadas, *a priori*, pela iniciativa privada. Infelizmente como se poderá perceber a partir da explicação das espécies, daqui em diante, que tal classificação não ajuda a explicar a diferença entre os regimes jurídicos, muito pelo contrário, muitas vezes dificulta (SADDY, 2018, p. 144).

Boa parte da crítica doutrinária a respeito da inadequação da teoria tradicional se dá em razão da crise do próprio conceito de serviço público – elemento chave para a construção da teoria tradicional, como se viu. Entende-se que o serviço público está em crise devido à liberalização de setores econômicos antes tidos como serviços públicos necessários e agora sujeitos a regimes privados e sob forte regulação estatal, tal como aconteceu no contexto europeu.

Em decorrência dessa crise, questiona-se se os pressupostos que baseavam a teoria tradicional não estariam agora também superados. Conforme lembra Carlos Ari Sundfeld, (2000, p. 32) o conceito de serviço público é excessivamente vinculado a um modelo econômico baseado no monopólio e na participação estatal, típico de um Estado Providência que perdeu lugar em meio à crise do Estado. Ademais, continua o autor, o serviço público enquanto conceito síntese de um regime jurídico não é mais viável, na medida em que se encontra no direito positivo um universo de peculiaridades que influenciam o regime jurídico de uma dada atividade.

Nesse sentido, ao invés de se disputar entre serviço público e atividade econômica como conceitos sintéticos de regimes jurídicos circunscritos e identificáveis, será necessário verificar toda a regulação incidente sobre a atividade para se obter o seu regime de exploração, sem se recair em uma mera dicotomia público-privado: “a partir de agora, ou nos enfrontamos nas particularidades – não só normativas mas inclusive as técnicas e econômicas – de cada setor da economia, ou nada teremos a dizer sobre o direito vigente” (SUNDFELD, 2000, p. 34).

Para além, o estudo de Floriano de Azevedo e Rafael Garofano sugere que a inserção da concorrência nos serviços públicos¹² está no cerne da revisão da dicotomia entre atividades econômicas e serviços públicos, visto que muito da teoria tradicional se baseava na exclusividade estatal sobre estes últimos:

Talvez a consequência mais marcante dessa mudança na concepção de serviço público seja a abertura a competição de setores antes considerados de exclusividade (abertura a concorrência), a qual, somada

¹² Sobre como e por que da introdução da concorrência nos serviços públicos, não pode se deixar de citar: SCHIRATO, Vitor Rhein. Livre iniciativa nos serviços públicos. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

às demais consequências tratadas acima, leva a perda de utilidade da clássica economia teórica entre serviço público e atividades econômicas, assim como da dicotomia serviços públicos e serviços sociais (MARQUES NETO; GAROFANO, 2014, p. 68-69).

Dessa forma, a revisão do conceito – e da tradição – do serviço público implicaria a perda de sentido das dicotomias formuladas ao longo da teoria tradicional:

Tal apartação [entre atividades econômicas e serviços públicos] vai ter como finalidade dar coerência ao pensamento de que o serviço público necessariamente é exclusividade estatal e que deve ser sempre prestado sob regime de direito público. Porém a partir do momento que verifica uma significativa redução do número de atividades tratadas sobre a noção tradicional de serviço público, com o respectivo aumento do número de atividades antes tratados como serviço público passam a ser considerados atividades privadas de relevância pública, forçoso reconhecer que, independentemente da revisão conceitual, não há uma diferença substancial ou uma transformação da natureza ou da essência do serviço público, intrinsecamente considerado, ou seja enquanto a atividade econômica que, devido sua alta carga valorativa, cabe ao Estado encontrar meios para provê-la (MARQUES NETO; GAROFANO, 2014, p. 198).

Diante de todo esse contexto histórico e político e, ainda, das críticas e dos questionamentos doutrinários a respeito da adequação e da utilidade da teoria tradicional, devemos teorizar novamente a ordem econômica de forma a compreendê-la em suas novas características e em estrita conformidade com o direito positivo.

5. Conclusão

Este artigo teve como objetivo apresentar a teoria tradicional de categorização da ordem econômica, a qual divide ordem econômica da Constituição brasileira entre serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito, ainda analisando a sua adequação ao contexto atual do direito administrativo. Ao longo do texto, conclui-se que, embora essa teoria tenha sido importante para desenvolvimento do direito administrativo brasileiro durante o Estado Providência, atualmente o emprego desta teoria para compreensão da ordem econômica é criticável, vista sua inadequação diante de novos fenômenos econômicos e jurídicos a que se deu lugar durante a crise do Estado.

Foi demonstrado que a teoria tradicional tem largo assento na doutrina francesa do serviço público. Neste conceito, entendeu-se que o serviço público seria aquela atividade que visa atender ao interesse geral, executadas pelo Estado, direta ou indiretamente, mediante regime de direito público. Assim, deu-se espaço para concepções ideológicas de um Estado interventor e provedor de serviços.

No Brasil, após um primeiro momento em que a doutrina se filiou à corrente norte-americana dos *public utilities*, ficou evidente a influência do direito francês sobre o direito administrativo pátrio, notadamente para se atender às demandas intervencionistas do governo, a partir da Era Vargas.

Essa concepção ganhou maior consistência teórica com Eros Roberto Grau e Celso Antônio Bandeira de Mello, na segunda metade do Sec. XX. Em ambos os autores, denota-se que as atividades econômicas em sentido estrito são opostas aos serviços públicos (embora ambas sejam atividades econômicas em sentido amplo). Para as primeiras, seriam aquelas atividades exercidas por particulares, em regime de livre concorrência e sob direito privado. Já os serviços públicos seriam caracterizados por atividades explorada pelo Estado ou seus delegatários, sob regime de direito público e em prol do interesse público. Ressalta-se que Grau adota conceito material do serviço público (atividade que atende ao interesse público) e Bandeira de Mello favorece o aspecto formal (atividade que é exercida em regime público).

A partir da Reforma do Estado, nas décadas de 1980 em diante, o direito positivo tem observado alterações em marcos regulatórios de setores econômicos, com novas formas e conceitos que não são compreensíveis pela teoria tradicional. Evoluiu-se no sentido de maiores interconexões entre o campo público e o privado, especialmente com maior participação privada em atividades tidas como de interesse público, além de uma maior intervenção estatal indireta em atividades tipicamente privadas. Essas inovações, assim, vêm a questionar a aplicabilidade da teoria tradicional para o atual direito administrativo brasileiro.

Como principais fatores desta transformações com impacto na teoria tradicional, elencou-se: (i) a despublicização de atividades, alterando-se o regime público antes incidente para o regime privado, mesmo nas atividades tidas como relevantes ao interesse público; (ii) a intensificação da regulação – inclusive, nesses mesmos setores despublicizados –, cabendo cada vez mais ao Estado regulamentar e garantir as condições adequadas de exploração do serviço; e (iii) a superação da exclusividade estatal nos serviços públicos, com aberturas de espaços concorrenciais e explorações simultâneas pelos agentes privados e públicos.

De sua parte, concordantemente às conclusões aqui postas, a doutrina do direito administrativo também tem questionado a aplicabilidade e adequação da teoria tradicional. Notadamente, critica-se que a teoria tradicional está demasiadamente associada a uma determinada concepção de Estado e que não é mais capaz de refletir os conceitos jurídicos aplicados pela ordem econômica em seu atual estágio.

É necessário avançar para uma conceituação que prescindida de categorias rígidas e que, simultaneamente, forneça ao leitor a capacidade de compreender e teorizar o que se passa na ordem econômica constitucional e infraconstitucional. Conforme se poderá abordar em nova pesquisa, esta conceituação passa pela admissão da multi-

plicidade de regimes jurídicos para as atividades econômicas, bem como da aproximação cada vez maior dos regimes públicos e privados de exercício da atividade econômica.

Referências

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Forense, 2013.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Serviço Público e Concessão de Serviço Público*. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.
- BRAGA, Odilon. *Serviços Públicos Concedidos*, *Revista de Direito Administrativo*, v. 7, p. 33–55, 1947.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.
- CHEVALLIER, Jacques. *Essai sur la notion juridique de service public*, *Publications de la Faculté de Droit et de sciences politiques et sociales d'Amiens*, v. 6, p. 137–161, 1976.
- CHEVALLIER, Jacques. *Le service public*. Paris: Presse Universitaire de France, 2015.
- DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. t. 2. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing, 1928.
- GONÇALVES, Pedro Costa. *Estado de Garantia e Mercado*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, v. VII, p. 97–128, 2010. Disponível em: <http://www.pedrocostagoncalves.eu/PDF/estado_garantia_mercado>.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 - (interpretação e crítica)*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.
- GRAU, Eros Roberto. *Constituição e Serviço público*. In: GRAU, Eros Roberto; FILHO, Willis Santiago Guerra (Orgs.), *Direito Constitucional: Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- GUGLIELMI, Gilles J; KOUBI, Geneviève; LONG, Martine. *Droit du Service Public*. Paris: LGDJ, 2016.
- LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1939.

- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Evolução do Serviço Público. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). Tratado de Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a, p. 31–69.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. Notas sobre o conceito de serviço público e suas configurações na atualidade, *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, v. 46, p. 63–77, 2014.
- MASAGÃO, Mario. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.
- MELLERAY, Fabrice; GONOD, Pascale; YOLKA, Philippe. *Traité de Droit Administratif - Tome*. Paris: Dalloz, 2017.
- PISIER-KOUCHNER, Evelyne. *Le service public dans la théorie de l'état de Leon Duguit*. Paris: LGDJ, 1972.
- SADDY, André. *Formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.
- STEIN, Leandro Konzen. *Direito Econômico da Energia*. São Paulo: Lumen Juris, 2018.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços Públicos e Regulação Estatal - Introdução às Agências Reguladoras, in: *Direito Administrativo Econômico*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 17–38.
- ZIANI, Salim. *Du Service Public à l'obligation de service public*. Paris: LGDJ, 2015.