

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito

Leonardo Antonacci Barone Santos

**A SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA ENTRE SERVIÇOS PÚBLICOS E ATIVIDADES
ECONÔMICAS**

Belo Horizonte
2021

Leonardo Antonacci Barone Santos

**A SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA ENTRE SERVIÇOS PÚBLICOS E ATIVIDADES
ECONÔMICAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Florivaldo Dutra de Araújo

Belo Horizonte
2021

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Junio Martins Lourenço - CRB 6 3167.

S237s Santos, Leonardo Antonacci Barone

A superação da dicotomia entre serviços públicos e atividades econômicas manuscrito / Leonardo Antonacci Barone Santos.-- 2021. 223 f.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito

Bibliografia: f. 213-223.

1. Grau, Eros Roberto, 1940- 2. Direito administrativo - Teses
3. Serviço público - Teses 4. Estado - Teses I. Araújo, Florivaldo Dutra de. II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 35(81)



UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Faculdade de Direito
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ATA DE DEFESA DE DISSERTAÇÃO

Aos vinte dias do mês de agosto de 2021, às 9:00 horas, via plataforma virtual, reuniu-se, em sessão pública, a Banca Examinadora integrada pelos seguintes professores: Prof. Dr. Florivaldo Dutra de Araújo (orientador do candidato/UFMG); Prof. Dr. Eurico Bitencourt Neto (UFMG) e Prof. Dr. Marco Aurelio de Barcelos Silva (IDP), para a defesa de Dissertação como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito do Bel. LEONARDO ANTONACCI BARONE SANTOS, matrícula nº 2019652085, intitulada: "A SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA ENTRE SERVIÇOS PÚBLICOS E ATIVIDADES ECONÔMICAS". Cada examinador arguiu o candidato pelo prazo máximo de 30 (trinta) minutos, assegurando ao mesmo, igual prazo para responder às objeções cabíveis. Encerradas as arguições, procedeu-se ao julgamento da banca, tendo-se verificado a seguinte nota (0 a 100) e conceito (aprovado/reprovado) atribuídos pela Banca:

Nota: 100 (cem) Conceito: Aprovado



Documento assinado eletronicamente por **Florivaldo Dutra de Araujo, Professor do Magistério Superior**, em 08/09/2021, às 12:41, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 5º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Marco Aurelio de Barcelos Silva, Usuário Externo**, em 21/09/2021, às 16:01, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 5º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Eurico Bitencourt Neto, Professor do Magistério Superior**, em 17/11/2021, às 16:46, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 5º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.ufmg.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0946602** e o código CRC **858BAF24**.

Para meus pais, Cleber e Cláudia, por tudo além daquilo que eu conseguiria dizer.

Para meu avô, Otávio Francisco dos Santos (in memoriam), que, de tudo, me ensinou que é preciso oferecer para poder receber.

AGRADECIMENTOS

À minha família, meus pais, avós, tias e primos, agradeço pela lições de amor e perseverança. Vocês são o fundamento de tudo que eu pude construir até aqui.

Aos amigos trazidos pela vida, aqueles que vem de tempos imemoráveis, mas sempre rememorados: Artur Soares, Bruno Costa, Felipe Dias, Pedro Lino, Gilberto Mendes, Giovanni Sanches, Guilherme Barros, Marlon Cardona.

Aos amigos feitos neste Território Livre e levados para a vida: Dan Escamilha, Bianca Rocha, Gustavo Franco, Bruno Fontenelle, Fernando Morais, Rodrigo Soares, Filipe Ribeiro, Flaviano Neto e tantos outros que acompanharam as aventuras deste mestrado. Sempre agradeço por terem me inspirado a verde esperança que anseia pelo nosso futuro. A Alberto Salomão, Bianca Mauri, Wellerson Tick, Letícia Nasta, Rodrigo Perri e nossa produção com quem pude compartilhar, ao vivo, os momentos finais da escrita.

Na Academia, meu primeiro agradecimento se deve ao orientador Professor Florivaldo Dutra de Araújo, pelo ensinamento do zelo pela docência, da precisão teórica e do franco debate. Aos Professores Eurico Bitencourt Neto e Maria Tereza Fonseca Dias por me exporem ao gosto pelo Direito Administrativo, desde a graduação. Ao Professor Titular José Luiz Borges Horta, pela amizade e pelo ensino do cultivo da intelectualidade.

Aos colegas feitos e refeitos neste mestrado, o agradecimento pelo convívio e compartilhamento da jornada: Maria Gabriela Cruz, Murilo Melo Vale, Breno Longobucco, Danuza Paiva, André Villani, Gabriel Fajardo, Bruna Costa, Renata Lima e Juliana Senna.

Aos amigos do Azevedo Sette Advogados, Frederico Bopp, Bruna Bouissou, Bruno Vianna e Ana Beatriz Franzero, pelas oportunidades de colocar em prática a vivência da regulação do serviço público, além de todo companheirismo cotidiano e referências pessoais e profissionais que pude colher. À equipe da TAG IMF, em especial à Caroline Cypriano, por me ofertar a experiência da regulação e colocar à prova muitos dos aprendizados acadêmicos e não acadêmicos.

Este trabalho foi escrito durante a Pandemia, em difíceis momentos que, até aqui, graças a Deus, podemos vencer. O defronte cotidiano com a fragilidade da condição humana e o isolamento social ainda terão descobertos seus significados e repercussões. Conseguir finalmente concluir esta dissertação é sinal do tanto que tenho que agradecer a todos que dela participaram.

E, ao final de tudo, eu agradeço a esta dissertação pelo ensinamento de muita valia que tive nessa experiência: de que a vida é vivida no dia a dia.

Muito obrigado a todos.

Julho de 2021.

“Tenho as opiniões mais desencontradas, as crenças mais diversas. É que nunca penso, nem falo, nem ajo... Pensa, fala e age por mim sempre um sonho qualquer meu, em que me encarno de momento. Vou a falar e falo eu-outro.”

Fernando Pessoa, Livro do Desassossego

RESUMO

A pesquisa questiona a teoria que entende que a ordem econômica estabelecida sob a Constituição de 1988 está dividida em duas categorias jurídicas estanques: serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito. Nessa teoria, de um lado, o serviço público se constituiria daquelas atividades econômicas em sentido amplo em que há a satisfação de interesses sociais, titularizadas pelo Estado, exploradas em regime de direito público e em caráter de exclusividade. As atividades econômicas em sentido estrito, por outro lado, satisfazem interesses coletivos e são exercidas em livre iniciativa e concorrência (salvo pelos monopólios constitucionais), sendo exploradas em regime de direito privado. A dissertação critica essa teorização por entender que ela não é suficiente para compreender a complexidade da ordem econômica positiva, muito em função da crise do Estado Providência, com as consequentes privatizações e reformas regulatórias e o então aparecimento de um Estado de Garantia. Como hipótese, sugere-se que a ordem econômica não seja compreendida de forma dicotômica e, sim, mediante um modelo teórico que considere a multiplicidade de regulações aplicáveis às atividades econômicas em sentido amplo. O texto revisita os conceitos de serviço público, atividade econômica e monopólio constitucional, de forma compreende-los nesse novo contexto do Estado e do direito positivo. Com esse fundamento, é analisada a efetiva regulação existente sobre as atividades econômicas, de forma que se logrou demonstrar a variabilidade de regulações para além dos preceitos teóricos tradicionais que fixavam interpretações inconsistentes com o direito positivo. Nesses termos, ao longo da pesquisa, a hipótese foi confirmada e se propõe breve primeira elaboração de como compreender a ordem econômica a partir de suas múltiplas regulações.

Palavras-chave: Regulação, Serviço Público, Eros Grau, Ordem Econômica, Estado de Garantia

ABSTRACT

The research questions the theory in which the economic legal order established under the Brazilian Constitution may be divided into two legal categories: public services and economic activities *stricto sensu*. In this theory, on one hand, the public service would constitute those economic activities in a broad sense in which there is the satisfaction of social interests, owned by the State, exploited under public law and on a monopoly basis. Economic activities in the strict sense, on the other hand, satisfy collective interests and are exercised under free initiative and competition (except for constitutional monopolies), being exploited under private law. The dissertation criticizes this theory because it understands that it is not enough to understand the complexity of the economic legal order, due to the crisis of the Welfare State, with the consequent privatizations and regulatory reforms and the appearance of an Ensuring State. As a hypothesis, it is suggested that the economic legal order is not to be understood in a dichotomous way, but through a theoretical model that considers the multiplicity of regulations applicable to economic activities in a broad sense. The text revisits the concepts of public service, economic activity and constitutional monopoly, in order to understand them according to this new context of the State and law. With this premises, the existing regulation on economic activities is analyzed, in such a way that it was possible to demonstrate the variability of regulations go beyond the traditional theoretical precepts, which fixed interpretations inconsistent with the law. In these terms, throughout the research, the hypothesis was confirmed and is proposed a brief first elaboration on how to understand the economic legal order based on its multiple regulations.

Keywords: Regulation, Public Service, Eros Grau, Economic Law, Ensuring State

RESUMÉE

La recherche remet en question la théorie selon laquelle l'ordre économique établi par la Constitution de 1988 est divisé en deux catégories juridiques: les services publics et les activités économiques au sens strict. Dans cette théorie, d'une part, le service public serait les activités économiques au sens large dans lesquelles il y a satisfaction d'intérêts sociaux, dont l'État est le titulaire, exploités en droit public et à titre exclusif. Les activités économiques au sens strict, en revanche, satisfont les intérêts collectifs et s'exercent dans la libre initiative et la concurrence (à l'exception des monopoles constitutionnels), étant exploitées en droit privé. Le mémoire critique cette théorisation car on comprend qu'elle ne suffit pas de comprendre la complexité de l'ordre économique en droit positif, en raison de la crise de l'État-providence, des privatisations et des réformes réglementaires qui en découlent et de l'apparition d'un État Garant. À titre d'hypothèse, il est suggéré que l'ordre économique ne se comprend pas de manière dichotomique, mais par le biais d'un modèle théorique qui considère la multiplicité des régulations applicables aux activités économiques au sens large. Le texte revisite les notions de service public, d'activité économique et de monopole constitutionnel, afin de les appréhender dans ce nouveau contexte d'État et de droit positif. Sur cette base, est analysée la régulation existante sur les activités économiques, de telle manière qu'il est possible de démontrer la variabilité des régulations au-delà des préceptes théoriques traditionnels qui fixaient des interprétations incompatibles avec le droit positif. En ces termes, tout au long de la recherche, l'hypothèse a été confirmée et est proposée une brève première élaboration de la manière de comprendre l'ordre économique en fonction de ses multiples régulations.

Mots-Clés: Régulation, Service Public, Eros Grau, Ordre Économique, État Garant.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
a) Contextualização do tema e problematização inicial	14
b) Delimitação do problema e metodologia	18
c) Itinerário da dissertação	21
Capítulo 1. A TEORIA TRADICIONAL: DICOTOMIA ENTRE SERVIÇOS PÚBLICOS E ATIVIDADES ECONÔMICAS	23
1.1. O contexto político: Estado Providência	25
1.2. A tradição do serviço público	27
1.2.1. A teoria do serviço público no direito francês	27
1.2.2. O significado do serviço público: titularidade estatal	33
1.3. As principais formulações da teoria tradicional.....	36
1.3.1. Incorporação da teoria do serviço público no direito brasileiro	36
1.3.2. Eros Grau: serviços públicos <i>versus</i> atividades econômicas.....	40
1.3.3. Celso Antônio Bandeira de Mello: o regime de serviço público.....	46
1.4. A dicotomia da ordem econômica: titularidade, exclusividade e regime	49
1.5. A dicotomia da ordem econômica posta à prova	53
1.5.1. Antecedentes políticos: crise do Estado e Reforma do Estado	53
1.5.2. As transformações recentes da ordem econômica	55
1.5.3. A revisão crítica da teoria tradicional pela doutrina	60
Capítulo 2. O ESTADO DE GARANTIA NA ORDEM ECONÔMICA	63
2.1. Novos contextos políticos: Estado de Garantia	64
2.1.1. Externalização e desestatização de finalidades públicas.....	64
2.1.2. Dever público de garantia	66
2.1.3. Teoria das responsabilidades públicas	70
2.2. Regulação da atividade econômica	75
2.2.1. Caracterização da técnica regulatória.....	75

2.2.2.	As finalidades da regulação	81
2.2.3.	A regulação em múltiplos instrumentos	83
2.2.4.	Proporcionalidade na escolha da regulação incidente	88
Capítulo 3.	PERFIL CONSTITUCIONAL DA ORDEM ECONÔMICA.....	92
3.1.	Revisão dos elementos caracterizadores do serviço público.....	93
3.1.1.	Serviço público e direitos fundamentais.....	93
3.1.2.	Titularidade como reserva estatal na ordem econômica	98
3.1.3.	Titularidade como responsabilidade estatal perante a ordem econômica	105
3.1.4.	Exclusividade estatal e livre concorrência nos serviços públicos	112
3.1.5.	Premissas constitucionais para o regime de serviço público	120
3.2.	Atividade econômica e regulação	124
3.2.1.	Atividades econômicas sob regulação genérica.....	124
3.2.2.	<i>Despublicatio</i> e a emergência das atividades privadas reguladas	129
3.2.3.	Regime de direito privado e intensificação da regulação.....	139
3.3.	Monopólios constitucionais.....	145
3.3.1.	Monopólio e excepcional restrição à livre iniciativa.....	145
3.3.2.	Flexibilização e acesso à atividade sob intensa regulação.....	148
Capítulo 4.	A REGULAÇÃO DAS ATIVIDADES ECONÔMICAS	154
4.1.	O regime constitucional da intervenção direta no domínio econômico	155
4.2.	Empresas estatais: classificação e regimes	160
4.2.1.	A falência da dicotomia para determinação do regime aplicável	160
4.2.2.	Complexidade e hibridez do regime das empresas estatais	166
4.3.	A regulação de acesso na ordem econômica.....	172
4.4.	Interfaces na prestação em regime público e regime privado	182
4.4.1.	O núcleo do regime de serviço público e sua regulação	182
4.4.2.	Regulação das obrigações de serviço público.....	190
4.4.3.	Aplicação do direito do consumidor aos serviços públicos	196

CONCLUSÃO.....	202
a) Inexistência de dicotomização da ordem econômica	206
b) Multiplicidade da regulação das atividades econômicas	208
c) Aproximação dos regimes de direito público e de direito privado.....	211
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	215

INTRODUÇÃO

a) Contextualização do tema e problematização inicial

O objeto central desta pesquisa é a teoria tradicional de categorização da ordem econômica. Essa teoria sustenta que a ordem econômica prevista na Constituição de 1988 está dividida em duas naturezas jurídicas de atividades econômicas em sentido amplo. A primeira é o serviço público, atividade em que se verifica a satisfação de interesses sociais e que, por isso, é titularizada pelo Estado e por ele exercida em caráter de exclusividade (vedada à livre iniciativa) e de privilégio mediante regime de direito público. A segunda é a atividade econômica em sentido estrito, caracterizada por ser titularizada pela sociedade civil e exercida em livre iniciativa e em ambiente concorrencial, sujeita ao regime de direito privado. Entre as atividades econômicas em sentido estrito estão, ainda, os monopólios constitucionalmente estabelecidos em favor do Estado e exercidos em regime privado.

Coloca-se, então, uma categorização dicotômica da ordem econômica com fundamento em um conjunto de critérios e características determinados pela Constituição para cada grupo de atividades econômicas.

A formulação da teoria tradicional se deu notadamente nos anos de 1980, década em que a doutrina deu origem aos principais trabalhos sobre o tema, de autoria de Eros Grau e Celso Antônio Bandeira de Mello.¹ Esses escritos seguiam a vertente teórica já expressa na doutrina brasileira que propunha a incorporação da teoria do serviço público francês no direito brasileiro, o que se iniciou na década de 1930, com autores como Ruy Cirne Lima, Themístocles Cavalcanti e Francisco Campos. Pela influência francesa, essa vertente sustentava que determinadas atividades seriam próprias ao Estado (titularizadas) e necessariamente exploradas em regime publicista derogatório do direito comum. Em conjunto com essas características, foram também incorporadas ideologias e mentalidades do direito francês que embasavam a teoria do serviço público, tais como posições estatistas e intervencionistas que se evidenciam.²

1 GRAU, Eros Roberto. **Elementos de direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981; GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988; GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 - (interpretação e crítica)**. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2018 (com primeira edição em 1990); BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Prestação de serviços públicos e administração indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014 (com primeira edição em 1980, como “Elementos de Direito Administrativo”).

2 GIACOMMUZI, José Guilherme. **Estado e Contrato**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

A teoria tradicional foi elaborada no contexto histórico e político do Estado Providência, o que foi determinante para a adoção de seus pressupostos e preceitos. Postulava-se nesse paradigma uma dissociação entre sociedade e Estado, cabendo a este a tutela exclusiva e direta do interesse público e, em decorrência disso, valorizava-se a intervenção do Estado na prestação de várias atividades e na satisfação de direitos sociais. Nesse contexto, a teoria tradicional calharia muito bem aos operadores do sistema jurídico, na medida em que oferecia o fundamento teórico para uma ampla atuação econômica estatal – notadamente mediante a criação de serviços públicos e monopólios. Da mesma forma, pressupostos como o da titularidade e o da exclusividade estatal sobre o serviço público seriam consonantes com o contexto político vigente e, assim, foram assimilados à interpretação constitucional.

A teoria foi essencial para a compreensão e interpretação do direito constitucional e administrativo sob a égide da Constituição de 1988 e mesmo antes dela. Influenciou a construção de teorias e posições doutrinárias, bem como formou compreensão da doutrina sobre a ordem econômica. Por exemplo, e de forma mais evidente, a dicotomização foi essencial para a classificação dos regimes das empresas estatais e a delimitação e (in)aplicação da livre concorrência nos serviços públicos.

Igualmente, pode-se observar que a teoria tradicional influenciou determinantemente a jurisprudência dos tribunais do país em julgamentos significativos. Exemplo bastante evidente é o do julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 46, em que se questionava a constitucionalidade da exclusividade estatal na exploração dos serviços postais e que tinha, como pano de fundo, a categorização dessa atividade dentro da ordem econômica. A partir do voto condutor do então Ministro Eros Grau, e adotando a teoria deste, o Supremo Tribunal Federal (STF) considerou que o serviço postal se configura como um serviço público, portanto estaria necessariamente sujeito à exclusividade estatal. Além desse caso, a influência pode ser percebida em julgamentos em que se tinha em questão o regime jurídico das empresas estatais ou o limite dos monopólios constitucionais.

Em que pese a relevância e a ampla adoção da teoria tradicional no direito brasileiro, aos poucos, desde os anos de 1990, é perceptível o surgimento de novos fenômenos no direito positivo que desafiam a adequação e a funcionalidade da teoria tradicional para a compreensão da ordem econômica.

Naquele momento, a crise do Estado denotava a necessidade de superação de um modelo prestacional, ativista e estatista da intervenção econômica, típico do paradigma Estado Providência. Por todo o globo – e com especial intensidade no Brasil e na América Latina –, os governos se encontraram cada vez mais imobilizados para atuar perante o mercado

e a sociedade, notadamente em decorrência da falência fiscal causada pelos anos de déficit orçamentário, ineficiência e agigantamento das tarefas estatais. Ainda são evidenciadas facetas desse Estado Providência cada vez mais criticadas pela assunção de setores econômicos pelo Estado, em detrimento de sua exploração pela iniciativa privada, a qual era suposta por ser tutelada e dirigida pelas instituições públicas.

Ao fundo de uma teoria do Estado, tem-se também uma revisão dos próprios pressupostos teóricos e filosóficos do relacionamento entre Estado e sociedade. O paradigma anterior, em que se observava a marcante associação entre Estado e provimento do interesse público, passa a dar lugar a um modelo de partilha de responsabilidades entre os dois polos e de ativação das responsabilidades de interesse público atribuídas aos entes privados (a sociedade como um todo).

Pretendendo responder às dificuldades apresentadas nesse contexto, a partir da Reforma do Estado, tal como empreendida no Brasil e semelhantemente a de outros países, são paulatinamente estabelecidos novos preceitos sobre a forma de intervenção do Estado nos domínios econômico e social. Assim, são empreendidas privatizações e reformas regulatórias que se endereçam aos principais marcos normativos do direito administrativo brasileiro, a exemplo da criação de novas legislações para o setor de telecomunicações, energia e, nesse mesmo intuito, posteriormente, do setor portuário. Deve-se apontar, também, a franca criação de agências reguladoras e conseqüente mudança nas formas de regulação administrativa e intervenção econômica indireta, além da elaboração de novas leis para concessão de serviços públicos e para parcerias público-privadas, que permitiram instrumentalizar novas formas de colaboração entre Estado e sociedade.

Com as reformas constitucionais, legislativas e regulatórias acima tratadas, foram significativamente modificadas as formas de intervenção econômica, de maneira que se deve questionar se os preceitos da teoria tradicional efetivamente coadunam com a atual composição do ordenamento.

Em uma primeira ordem dessas alterações, pode ser apontado o fenômeno da despublicização (*despublicatio*), mediante o qual serviços públicos foram convertidos em atividades econômicas em sentido estrito a serem exploradas por agentes privados em regime de direito privado, em contrariedade com o preceito da tutela do interesse social pelo Estado, como defendido pela teoria tradicional. Nesse mesmo passo, observa-se que algumas dessas atividades são ainda simultaneamente exercidas em regime de serviço público, dando lugar a uma nova situação de assimetrias regulatórias desconhecida da doutrina tradicional.

Também se verifica que as atividades econômicas em sentido estrito (para usar a categorização tradicional) passaram a endossar prescrições mais impositivas e restritivas de liberdades econômicas, em vista da satisfação de interesses públicos variados – muitas vezes, os mesmos interesses tutelados pelo serviço público. Com isso, a dicotomização entre regimes público e privado perde sentido, por não categorizar nem responder com segurança qual é o regime aplicável a essas atividades econômicas, sendo necessário extrapolá-la para perceber a aproximação desses regimes.

Essa aproximação ainda pode ser denotada diante da liberalização de serviços públicos, cujo regime é atenuado em seu viés impositivo, exorbitante e privilegiado para adotar fórmulas mais mercadológicas e empresariais, como introdução da concorrência, liberdade tarifária ou menor imposição de requisitos decorrentes dos princípios do serviço público (igualdade, mutabilidade, continuidade e modicidade). No mesmo sentido, a liberalização dos monopólios gerou a submissão ao mercado concorrencial de atividades até então exclusivas do Estado, em um regime privado altamente regulado, tal como se observa nas atividades despublicizadas.

A nosso ver, essas inovações não encontram suficiente assento e compreensão teórica a partir das balizas da teoria tradicional, ao menos como ela se encontra atualmente formulada. Todas essas transformações, tanto teóricas quanto pragmáticas, acabam por agitar o direito administrativo e passam a demandar novas formulações da doutrina que sejam capazes de compreender a realidade do ordenamento no tempo presente.

A doutrina do direito administrativo, porém, ainda não elaborou novas teorizações que considerem e lidem integralmente com essas inovações percebidas no direito brasileiro, seja para reiterar a teoria tradicional, seja para propor a sua atualização. É até possível encontrar autores que discordam abertamente da teoria tradicional e demonstram a sua incapacidade de servir de fundamento para a compreensão da ordem econômica – ainda que muitas dessas críticas sejam pontuais ou decorrentes do estudo de temas específicos. Mesmo assim – e mesmo entre esses críticos – larga parte da doutrina ainda adota, ministra e aplica os preceitos da teoria tradicional para explicar o funcionamento do sistema jurídico de forma inquestionada. Falta, ainda, uma teorização substancial e que confronte a teoria tradicional, desde seus pressupostos até sua aplicabilidade prática.

É diante de todo esse panorama que se desenvolve a presente pesquisa.

b) Delimitação do problema e metodologia

A partir da contextualização do tema e de sua problematização inicial, seria possível propor uma ampla gama de problemas e de abordagens metodológicas para o desenvolvimento da pesquisa. A escolha do tema poderia perpassar desde recortes abrangentes e teórico-filosóficos até recortes específicos sobre a aplicação da teoria tradicional a determinados setores econômicos ou a conceitos relevantes do direito administrativo. Seria possível, por exemplo, optar por uma pesquisa de direito comparado em outros países, especialmente naqueles de direito administrativo de matriz francesa. Ainda, a pesquisa poderia abranger um estudo jurisprudencial para verificar a aplicabilidade e adequação da teoria tradicional.

Para a presente dissertação, entretanto, optamos por realizar uma pesquisa de cunho jurídico-dogmático, em que se têm como principais dados de pesquisa os elementos internos ao próprio ordenamento jurídico, como as normas positivas e as decisões da jurisprudência. Assim, visa-se colocar esses elementos em relação para contrastá-los com os pressupostos e proposições da teoria tradicional a fim de avaliar a aptidão dessa teoria para compreender esse ordenamento.

Esta pesquisa questiona a teoria tradicional em seu preceito sobre a dicotomia da ordem econômica entre atividades econômicas *stricto sensu* e serviços públicos e as supostas formas de intervenção do Estado que estariam correlacionadas a cada uma das categorias. Trata-se de uma perspectiva compreensiva sobre uma proposição estrutural da teoria tradicional que permite colocar em relação os principais elementos do ordenamento positivo e, assim, possibilitará futuras investigações mais profundas e detalhadas sobre temas específicos.

Propôs-se o seguinte problema central para a pesquisa: *A Constituição brasileira vigente expressa uma categorização dicotômica da ordem econômica entre atividades econômicas em sentido estrito e serviços públicos, sendo possível delimitar os fundamentos e o regime de cada categoria?*

Para a resposta a esse questionamento, elaborou-se a seguinte hipótese: *Considerando o marco do Estado de Garantia, a ordem econômica criada pela Constituição de 1988 não é composta por uma categorização dicotômica das atividades econômicas, sendo possível verificar o estabelecimento de múltiplas e variáveis regulações que não se dividem em categorizações estanques.*

A ideia subjacente que motivou a pesquisa é questionar se a teoria tradicional é adequada e útil para interpretar a ordem econômica vigente no direito brasileiro, a partir de seu preceito da dicotomização da ordem econômica entre as categorias do serviço público e da atividade econômica em sentido estrito. Intuímos que essa teoria coloca uma interpretação

“*prêt-à-porter*” da ordem econômica que não é capaz de lidar com o ordenamento e compreendê-lo tal como ele se encontra positivado hoje, visto ser a teoria fundamentada em um paradigma de Estado já ultrapassado e em uma tradição jurídica francesa que também não é suficiente para analisar o direito brasileiro.

Ao se realizar uma categorização, busca-se que os objetos classificados contenham padrões e características comuns entre si, de forma que se possa melhor organizar e explicar o universo analisado. Ademais, as categorizações não são prontamente boas ou ruins por si, mas dependem de sua utilidade tendo em vista a finalidade para a qual são empregadas, podendo ser mais ou menos adequadas para cada finalidade.

Especialmente para as categorizações jurídicas, entendemos que devem ter como critérios os elementos do ordenamento vigente analisado, sob pena de a categorização adotar padrões e características incomparáveis e que não pertençam ao mesmo universo dotado de validade jurídica. Igualmente, a partir desses elementos positivados no ordenamento, a categoria deve ter como finalidade precípua auxiliar o intérprete a operar o sistema jurídico, aproximando-o da solução de casos difíceis e permitindo maior conhecimento sobre o objeto categorizado.

Ao criticarmos a *categorização da teoria tradicional*, apontamos para a inaptidão das características e dos critérios propostos pela teoria para descrever a composição da ordem econômica (entre serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito). Entendemos que esses critérios não correspondem a normas válidas no ordenamento brasileiro nem descrevem padrões efetivamente verificáveis. O critério da exclusividade estatal sobre os serviços públicos, por exemplo, tal como sustentado pela teoria tradicional, pode ser considerado violador de direitos fundamentais e sem assento no ordenamento. Dessa forma, a categorização tradicional perderia muito de sua utilidade ao não responder ao intérprete, com segurança, sobre as características do regime das atividades econômicas classificadas.

Por sua vez, a hipótese formulada é composta de duas vertentes. A primeira, expressa na parte inicial de sua enunciação, diz respeito a verificar a inadequação da dicotomização da ordem econômica para interpretar a Constituição brasileira vigente. Na segunda vertente, admitindo a falência dessa teorização, buscamos oferecer alguns elementos para uma nova compreensão da ordem econômica, já considerando o marco teórico e os novos fenômenos observados no direito positivo.

Para a correta compreensão do tema proposto, é necessário delimitar alguns conceitos que são relevantes para o desenvolvimento desta pesquisa.

O primeiro deles é o conceito de *ordem econômica* e seu significado para o direito constitucional e administrativo. Conforme a definição expressa por Eros Grau, a ordem econômica é parcela da ordem jurídica positiva, um conjunto de regras e princípios jurídicos que regem e conformam as relações econômicas. Trata-se, então, de uma dimensão jurídica, do *mundo do dever ser*, que visa incidir sobre o modo de produção em uma dada economia concreta, pertencente ao *mundo do ser*.³

Segundo expõe esse autor, é possível encontrar na tradição do constitucionalismo brasileiro igualmente as expressões “ordem econômica e social”, “ordem econômica” ou ainda “ordem social”, separando-se esses dois polos. Em que pese ser certo que todo direito é uma ordenação social, visto que incide sobre fenômenos sociais, podemos apontar que, na Constituição de 1988, a ordem social é destacada da ordem econômica e submetida a um regime jurídico distinto, inclusive quanto aos serviços públicos expressos nesse capítulo constitucional. Neste estudo, restringimos o estudo apenas à ordem econômica (textualmente constante dos artigos 170 a 181 da Constituição).

Também é necessário enfrentar a delimitação do conceito de serviço público. Essa questão é tratada largamente na doutrina administrativista, e existem tantos conceitos quanto existem autores estudando o tema. Considerando o estudo de Alexandre Santos de Aragão, podem ser classificadas da seguinte forma as diversas concepções de serviço público: (i) *amplíssima*, que se refere ao serviço público como todas as atividades exercidas pelo Estado e como sinônimo de Administração Pública; (ii) *ampla*, como o conjunto de todas as atividades prestacionais do Estado; (iii) *restrita*, como as atividades prestacionais *uti singuli* e (iv) *restritíssima*, como as atividades prestacionais remuneradas por taxa ou tarifa, exclusivas do Estado e exploráveis por particulares mediante delegação.⁴

Neste trabalho, aproximamo-nos de uma concepção restritíssima de serviço público. Mais especificamente, podemos eleger uma concepção de *serviço público econômico*, tomado como atividade de prestação de utilidades remuneradas por taxas ou tarifas, passíveis de exploração por particulares mediante delegação e notadamente identificadas nos artigos 21, XI e XII, e 175 da Constituição, sem prejuízo de outras menções e de sua identificação na legislação ordinária. São atividades como geração, transmissão e distribuição de energia elétrica,

3 GRAU, *A ordem econômica na Constituição de 1988 - (interpretação e crítica)*; GRAU, *Elementos de direito econômico*.

⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

saneamento básico, telecomunicações, portos, aeroportos, rodovias, transporte de passageiros, serviços postais, irrigação, entre outros.

Dessa conceituação estariam excluídos serviços públicos sociais (saúde, educação, assistência social), como dito, visto que essas atividades têm operacionalização distinta dos serviços econômicos, não podendo ser delegadas a particulares mediante concessões ou permissões ou remuneradas por taxas e tarifas. Embora esses serviços públicos sejam abrangidos pela teoria tradicional, optamos por limitar a pesquisa aos serviços públicos econômicos, que registram a parcela mais significativa de argumentos a serem defendidos.

c) Itinerário da dissertação

O primeiro objeto do presente estudo é a delimitação e discussão da “teoria tradicional de categorização da ordem econômica”. Para tanto, são descritas as grandes linhas de suas origens e seus entrelaces com a formação da teoria do serviço público, no direito francês e brasileiro, que foram determinantes para o desenvolvimento da teoria tradicional. Ao que se buscou demonstrar, essa teoria está arraigada em um conceito (afrancesado) de serviço público formulado em torno da ideia de titularidade estatal sobre as atividades econômicas e na imposição da exclusividade e do regime de direito público sobre elas. Conceitos formulados em um e para um paradigma de Estado Providência – que se consideramos já superado. Assim, fecha-se o capítulo com as críticas recentes que a doutrina expressa em face da teoria tradicional.

O texto segue no sentido de posicionar o entendimento sobre o Estado de Garantia e a regulação, o que constitui o marco teórico adotado em toda a análise da dissertação. A noção de Estado de Garantia permite compreender as formas de atuação do Estado perante o domínio econômico, notadamente a partir da verificação da existência de uma diversidade de responsabilidades públicas e do surgimento de uma responsabilidade de garantia. No contexto desse paradigma, destaca-se, para esta pesquisa, a técnica regulatória como o principal instrumento de intervenção econômica do Estado, temática que embasará a análise das dinâmicas da definição, pelo direito positivo, do regime jurídico aplicável a cada atividade econômica.

O terceiro capítulo concentra a parcela mais relevante dos argumentos desta dissertação. Propõe-se nele uma reconstrução constitucional da ordem econômica que visa contrastar os preceitos da teoria tradicional com uma leitura constitucionalmente adequada da ordem econômica. Nesse capítulo são analisados os conceitos das categorias do serviço público, dos monopólios e das demais atividades econômicas em sentido estrito, buscando demonstrar que fenômenos percebidos no direito positivo salientam a incapacidade da teoria tradicional

para compreender o ordenamento. Com isso, pretende-se demonstrar a necessidade de superação de uma concepção dicotômica da ordem econômica.

O último capítulo utiliza, então, as conclusões parciais dos capítulos precedentes para analisar o ordenamento positivo – sobretudo infraconstitucional e infralegal – de forma já desprendida dos quadrantes da teoria tradicional. A avaliação se estrutura a partir dos objetos de regulação que são mais pertinentes e relevantes para a ideia de categorização da ordem econômica, quais sejam, a regulação (a) da intervenção estatal direta, (b) das empresas estatais, (c) da exclusividade estatal e controle de acesso ao mercado e (d) da qualidade dos serviços prestados. Dessa forma, pretende-se que a realidade do direito positivo demonstra uma multiplicidade de regimes regulatórios aplicáveis às atividades econômicas, o que confirma (ainda mais) a inviabilidade de compreensão da ordem econômica a partir de uma dicotomia entre serviços públicos e atividades econômicas.

Ao longo de toda a argumentação, a dissertação busca demonstrar a necessidade de superação da teoria tradicional, especialmente em sua dicotomização da ordem econômica entre serviços públicos e atividades econômicas. O olhar apurado revela que existem múltiplas regulações extraíveis da Constituição e que uma teorização superficial não é capaz de demonstrar a riqueza – e a dificuldade – existente na compreensão das especificidades da regulação.

Capítulo 1. A TEORIA TRADICIONAL: DICOTOMIA ENTRE SERVIÇOS PÚBLICOS E ATIVIDADES ECONÔMICAS

Este capítulo 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.

A construção da teoria tradicional no direito brasileiro se inicia na primeira metade do século XX quando autores como Themístocles Brandão Cavalcanti e Ruy Cirne Lima sustentaram a adoção a teoria do serviço público de matriz francesa para a interpretação da regulação estatal das utilidades públicas, notadamente da energia elétrica. No estudo dessa primeira teorização e da influência estrangeira sobre ela, será ressaltada a incorporação do conceito de *titularidade estatal*, esta concepção de que certas atividades econômicas, por sua importância ao interesse público, deveriam ser consideradas pertencentes ao Estado, como parte de suas funções essenciais e, por isso, alienadas da exploração privada.

Na sequência, 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*⁵, muito embora os entendimentos ali expressos tenham suas primeiras formulações antes mesmo da atual Constituição⁶. 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 focar nos atributos estritamente jurídicos do conceito, de forma a torná-lo operável no sistema

5 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 - (interpretação e crítica)*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

6 GRAU, Eros Roberto. *Elementos de direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981; GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

jurídico e valorizar lhe o aspecto formal⁷. Sem prejuízo de outros autores, essas formulações são as mais centrais e permitirão delinear os preceitos gerais da teoria tradicional.

Para a compreensão crítica dessas doutrinas, o capítulo repassará, também, o contexto político-jurídico no qual elas foram formuladas e que foi determinante para sua formação. Primeiro, explora-se a crítica de que teoria tradicional é largamente dependente da teorização do serviço público *à la française*. A incorporação da doutrina estrangeira teria fixado a doutrina nacional em conceitos e pressupostos – além de mentalidades e ideologias⁸ – que não coadunariam com a interpretação do direito positivo pátrio, especialmente após reformas legislativas e constitucionais que impactaram a ordem econômica e colocaram em questão essa interpretação afrancesada.⁹

Ademais, como será demonstrado, tanto a teoria tradicional quanto a teoria francesa se encontram muito embasadas e fortalecidas pelo paradigma do Estado Providência então vigente no momento de sua elaboração. Esse paradigma propunha a incisiva intervenção do Estado na ordem econômica mediante instrumentos de intervenção direta, tais como empresas estatais, monopólios constitucionais e criação de serviços públicos. Nesse sentido, essas teorizações tiveram forte papel em subsidiar – técnica e politicamente – o emprego de instrumentos interventivos, razão pela qual se percebe que muitas de suas premissas e proposições convergem no sentido da permissão e, mesmo, do favorecimento da atuação econômica estatal.

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 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.

7 BANDEIRA DE MELLO, **Curso de Direito Administrativo**; BANDEIRA DE MELLO, **Prestação de serviços públicos e administração indireta**; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Serviço Público e Concessão de Serviço Público**. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

8 GIACOMMUZI, **Estado e Contrato**.

9 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.

1.1. O contexto político: Estado Providência

O Estado Providência tem lugar em meados do século XX, no contexto em que as demandas sociais e a positivação de 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. Com a expressão “Estado Providência” queremos destacar uma perspectiva do todo do fenômeno do Estado Social de Direito, de maneira a focar nas formas de atuação econômica da Administração Pública que se caracterizam pela prevalência da atuação propositiva, prestadora em face da sociedade, executada pelos próprios meios estatais¹⁰.

O Estado Providência surge como resposta ao paradigma liberal-abstencionista de Estado de Direito, em que cabia ao poder público não mais do que a garantia da ordem e das liberdades civis, especialmente da liberdade de contrato e da propriedade. Apartava-se, assim, Estado e sociedade civil, restringindo-se as interferências estatais na ordem social econômica. Esse modelo, porém, entrou em derrocada quando da Primeira Guerra Mundial e da Crise de 1929, oportunidade em que se evidenciou a falência das políticas abstencionistas para lidar com os efeitos sociais que a crise econômica causou.

A situação, então, se inverte. O paradigma 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. A segunda geração de direitos fundamentais afirmada nesse momento, então, visa elevar a prestação desses serviços à qualidade de direitos públicos subjetivos exigíveis do Estado a serem fruídos individual e coletivamente por todos os cidadãos. Essa nova geração de direitos coloca para o Estado a obrigação constitucional e, portanto, exigível, do fornecimento de prestações materiais aos cidadãos¹¹.

10 Há autores que consideram as duas expressões (Estado Social e Estado Providência) simétricas, enquanto há autores que entendem serem expressões diversas, sendo que o Estado Social pode vir a adotar a feição de Estado Providência ou de Estado de Garantia. A nossa posição é de que são expressões simétricas, referem-se ao mesmo fenômeno político-jurídico, cada qual apenas dando maior luz a enfoques jurídicos (Estado Social) ou econômicos (Estado Providência). No sentido da simetria: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **O outro leviatã e a corrida ao fundo do poço**. São Paulo: Almedina, 2015; No sentido da divergência: BITENCOURT NETO, Eurico. Estado social e Administração Pública de garantia, **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, v. 8, n. 1, p. 289–302, 2017.

11 HORTA, José Luiz Borges. **História do Estado de Direito**. São Paulo: Alameda, 2011; DIAZ, Elias. **Estado de Direito e sociedade democrática**. Lisboa: Iniciativas Editoriais, 1969.

Com fundamento na igualdade material e na busca da materialização de direitos fundamentais, 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 então¹². Por isso mesmo, a partir desse momento, permitia-se e incentivava-se a interferência do Estado nas esferas privadas, em oposição ao que pugnava o Estado Liberal.

Nesse contexto, a economia é assunto e tarefa do Estado¹³. 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 agentes¹⁴. 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.

As constituições passaram a veicular normas que permitiam e incentivavam o intervencionismo estatal, para muito além de apenas reger a produção econômica. Assim foram previstos monopólios e reservas de setores e de atividades ao Estado, conforme fosse necessário para o provimento daqueles direitos e prestações que se haviam positivados e atribuídos ao Estado. Dessa forma, tudo quanto fosse de interesse público, pertinente a toda a sociedade e que extrapolasse a esfera do mero privado competiria ao Estado, subsumindo-se toda a dimensão do público ao estatal¹⁵.

É nesse sentido que Pedro Costa Gonçalves fala na atribuição de uma responsabilidade administrativa máxima:

Vivia-se então uma época *responsabilidade administrativa máxima* já que a Administração não era só investida em *atribuições de controle das atividades privadas* (administração de autoridade que *autoriza e fiscaliza*), exigindo-se dela, dos seus próprios órgãos e serviços, a "realização de uma ideia de justiça social" (Rogério Soares), o que determinava que ela tivesse de assumir tarefas executivas de prestação. Ou seja, à Administração Pública não se pedia que *garantisse* a satisfação de certas necessidades coletivas, mas que assumisse o encargo ou a responsabilidade de *exercer*

12 BATISTA JÚNIOR, **O outro leviatã e a corrida ao fundo do poço**.

13 MOREIRA, Egon Bockmann. Notas sobre o Estado Administrativo: de omissivo a hiperativo, **Revista de Estudos Institucionais**, v. 3, n. 2011, p. 153–179, 2017.

14 MOREIRA, Egon Bockmann. **Odireito administrativo contemporâneo e suas relações com a economia**. Curitiba: Editora Virtual Gratuita - EVG, 2016.

15 DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito Administrativo Pós-Moderno**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

as atividades que as satisfaziam.¹⁶

Passando o direito constitucional, passou também o direito administrativo¹⁷. Com efeito, essas novas funções prestacionais da Administração Pública não se compatibilizavam com as dos institutos abstencionistas e restritivos e com o poder de polícia como modalidade de atuação precípua da Administração. Foram necessárias novas técnicas a viabilizar o cumprimento das novas funções administrativas¹⁸. A técnica do serviço público, como adiante exporemos minuciosamente, é, então, muito oportuna, na medida em que permitiu a atuação estatal em setores econômicos inteiros para que fossem garantidos os 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 econômicos¹⁹.

Com essa brevíssima exposição de tema caro à história do Estado, mostraremos como esse contexto influenciou a formação da teoria tradicional de categorização da ordem econômica. Como será visto, a teoria tradicional adota os pressupostos acima descritos de intervenção do Estado na economia e de assunção total do interesse público pelo Estado para compreender a ordem econômica.

1.2. A tradição do serviço público

1.2.1. A teoria do serviço público no direito francês

A influência francesa no direito administrativo brasileiro é unânime e há muito tempo marca presença na doutrina e no direito positivo, ainda que, também há muito tempo, venha sendo criticada. Muito embora a doutrina brasileira já tenha bem exposto o tema, faz-se necessário aqui contextualizar o leitor, razão pela qual apenas lembraremos sinteticamente algumas ideias e, a partir delas, aprofundaremos no que mais propriamente nos diz respeito²⁰.

16 GONÇALVES, Pedro Costa. **A Concessão de Serviços Públicos (uma aplicação da técnica concessória)**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 8.

17 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.

18 ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1996.

19 MOREIRA, Notas sobre o Estado Administrativo: de omissivo a hiperativo.

20 Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Serviço Público e Concessão de Serviço Público**. São Paulo: Malheiros Editores, 2017; ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

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^{21,22}. Nascia daí a ideia de um serviço fornecido pelo Estado ao público, ainda que não houvesse sido juridicamente delineado seu conceito e regime²³. Dessa forma, há quem aponte que “o Antigo Regime é o verdadeiro inventor do que virá a ser o ‘serviço público’”²⁴, na medida em que foi a “construção estatal que permitiu aparecer um tipo específico de serviço, distinto de uma pluralidade de serviços de interesse coletivo, porque ele estava ligado a uma função ‘atribuída à Administração Pública’”²⁵.

A herança dessa ideia de prestação de utilidades públicas intrinsecamente associadas ao Estado ultrapassou a Revolução Francesa e se evidenciou no século XIX. A partir desse momento, o termo “serviço público” foi empregado pela jurisprudência do Conselho de Estado no sentido de uma atividade de interesse geral afeita à Administração Pública, mas permaneceu sendo um conceito jurídico impreciso por boa parte do século²⁶. Dessa forma – e eis o essencial para nós –, fortalecia-se a imagem do serviço público associada à incumbência estatal sobre certas atividades, nesse momento agora expandida de seus setores originais (diplomacia, moeda etc.) também para a implementação de infraestruturas urbanas e econômicas (ferrovias, iluminação pública, pontes, entre outras)²⁷.

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), professor de direito

21 ZIANI, Salim. **Du Service Public à l’obligation de service public**. Paris: LGDJ, 2015.

22 Bom exemplo, nesse sentido, é a organização do serviço postal (cavalaria postal), em 1464, que possibilitava a comunicação entre autoridades públicas e entre particulares em todo o reino francês, colaborando para sua coesão. GUGLIELMI, Gilles J; KOUBI, Geneviève; LONG, Martine. **Droit du Service Public**. Paris: LGDJ, 2016, p. 42 et seq.

23 Neste momento, de se notar que se fazia uso marcante de instrumentos concessórios entre o Rei e os particulares para a implementação desses serviços. Aponta Salim Ziani que o “serviço público” nasceu como um tipo de regime para o contrato de concessão, no qual o concessionário iria além da disponibilização de infraestrutura como era o regime de obras públicas (*travaux publics*). ZIANI, **Du Service Public à l’obligation de service public**, p. 24; A respeito do uso das concessões neste período: BEZANÇON, Xavier. Une approche historique du partenariat public-privé, **Revue d’économie financière**, v. 5, n. 1, p. 27–50, 1995; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

24 BAUBY, Pierre. **Service Public, Services Publics**. Paris: La Documentation Française, 2016, p. 13.

25 ZIANI, **Du Service Public à l’obligation de service public**, p. 27.

26 GUGLIELMI; KOUBI; LONG, **Droit du Service Public**.

27 MELLERAY, Fabrice; GONOD, Pascale; YOLKA, Philippe. **Traité de Droit Administratif - Tome 1**. Paris: Dalloz, 2017.

público da Faculdade de Direito de Bordeaux, reconhecido como o pai do serviço público. Propunha Duguit que o serviço público substituísse a *puissance publique*²⁸ como fundamento e limite do Estado e do direito²⁹. 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 Estado³⁰. Com isso, o serviço público se via parte de uma determinada teoria do Estado, para muito além de instituto jurídico do direito positivo³¹. Nessa toada, Léon Duguit conecta o conceito de serviço público diretamente à própria razão de ser do Estado:

Percebe-se desde logo a noção de serviço público: toda atividade cuja realização deve ser assegurada, regida e controlada pelos governantes, porque a execução dessa atividade é indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social, e que ela é de tal natureza que não pode ser executada completamente senão pela intervenção da força governamental.³²

Assim, em Duguit, o conceito de serviço público passa muito além de um critério de repartição de competências da jurisdição administrativa ou elemento definidor do regime administrativo, como se costuma dizer a respeito do direito francês. 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 tarefas³³.

A partir da obra de Léon Duguit, inaugurou-se na doutrina francesa a *Escola do Serviço Público*, cujos autores se alinhavam pela opção teórica do serviço público enquanto fundamento do direito – e não a *puissance publique*. Em que pese a liderança de Duguit, não havia clara concordância de seus liderados quanto ao conceito de serviço público. Por isso, é possível notar

28 A tradução de “*puissance publique*” é controversa e entendemos que não encontra referência fidedigna em português. Literalmente, significa “potência pública”. Na doutrina francesa, o termo se refere ao conjunto de poderes autoritários e extroversos de que detém o Estado, conformados no regime de direito público e que seriam o meio de cumprimento das missões estatais. Assim, o conceito serviria para dar a unidade teórica e científica do Direito Administrativo. A defesa dessa tese levou à formação da Escola da *Puissance Publique*, encabeçada por Maurice Hauriou e tradicional opositora da Escola do Serviço Público. CHAPUS, René. **Droit Administratif Général**. 15. ed. Paris: Montchrestien, 2001.

29 DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel**. t. 2. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing, 1928.

30 DUGUIT, Léon. The Concept of Public Service, **Yale Law Journal**, v. XXXII, n. 5, p. 425–435, 1923.

31 PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **Le service public dans la théorie de l'état de Léon Duguit**. Paris: LGDJ, 1972.

32 DUGUIT, **Traité de droit constitutionnel**. t. 2, p. 61.

33 CHEVALLIER, Jacques. **Le service public**. Paris: Presse Universitaire de France, 2015.

que cada autor dá maior ou menor preponderância a certas características da atividade³⁴.

A par das divergências doutrinárias, a jurisprudência 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 flutuações e incertezas quanto ao interesse geral sujeitariam o serviço público a se ver empregado em função de motivações políticas momentâneas ou conforme as preferências ideológicas de seu intérprete³⁵.

O serviço público, em seu sentido material, levaria também à tese dos “serviços públicos virtuais”, isso é, atividades privadas que, por serem de relevo para o interesse geral, deveriam também ser consideradas serviços públicos – ainda que na ausência do critério orgânico. Assim, deveriam estar sujeitas a certos traços do regime publicista³⁶. Contudo, diante da dificuldade na limitação dessas atividades e do regime que lhes seria imposto, essa tese foi considerada atentatória às liberdades individuais e adotada apenas excepcionalmente pela jurisprudência³⁷.

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 serviço³⁸.

O critério formal, de sua parte, enfoca no regime jurídico de direito público aplicável à

34 Exemplificativamente, a variação desses entendimentos da Escola do Serviço Público é demonstrada em: BANDEIRA DE MELLO, **Serviço Público e Concessão de Serviço Público**.

35 MELLERAY; GONOD; YOLKA, **Traité de Droit Administratif - Tome 1**.

36 RIVERO, Jean. **Droit Administratif**. Paris: Dalloz, 1975.

37 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.

38 GUGLIELMI; KOUBI; LONG, **Droit du Service Public**.

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 geral³⁹.

Quando executada em regime de serviço público, a atividade estaria revestida de atribuições e privilégios típicos do direito administrativo, conforme já conhecido 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 públicos⁴⁰. De outro lado, a atividade estaria sujeita aos princípios do serviço público, incluindo obrigações de continuidade, igualdade e mutabilidade impostas ao operador⁴¹.

Dentre os traços típicos do regime público, um deles deve ser ressaltado por seu impactado na doutrina brasileira: o monopólio jurídico ou exclusividade estatal sobre o serviço público⁴². Para autores, como Jacques Chevallier, o monopólio da atividade “é inerente à concepção francesa tradicional do serviço público: concernente à esfera de funções públicas, o serviço público supõe-se estar subtraído da aplicação da lógica do mercado”⁴³. O “privilégio da exclusividade” decorreria da própria natureza das funções régias⁴⁴, bem como da condição técnica de certas atividades materiais (sujeitas a monopólios naturais ou a uso privativo de bens públicos).

Contudo, não parece haver esforço teórico em justificar tal privilégio, nem Duguit e Jèze

39 JÈZE, Gaston. **Principios Generales del Derecho Administrativo - Vol. 2**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1949.

40 Não sem alguma razão, é possível se criticar a doutrina de Jèze e demais autores que adotam o critério formal por se entender que aproximam o serviço público da *puissance publique*, por identifica-lo com os poderes típicos desta. MELLERAY, Fabrice. Existe-t-il un critère du droit administratif? À propos de deux articles de Jean Rivero, *in*: , Paris: Dalloz, 2017, p. 55–74.

41 MELLERAY; GONOD; YOLKA, **Traité de Droit Administratif - Tome 1**.

42 Vitor Schirato entende que o aspecto da exclusividade no direito brasileiro decorreu da influência italiana, e não da influência francesa. Ainda que esse traço seja mais marcante na primeira do que na segunda, não encontramos referencial na literatura jurídica brasileira que possa amparar tal entendimento. SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

43 CHEVALLIER, **Le service public**, p. 77.

44 Por “funções régias” refere-se àquelas funções desempenhadas pelo Estado que remetem à soberania, ao uso do monopólio da força e da *puissance publique* e que, por isso, estão associadas ao Estado quase que inerentemente. A expressão é bastante usada na doutrina francesa (como “*régalien*”). *Ibid*.

entendiam que a qualificação como serviço público atrairia a monopolização da atividade⁴⁵. Se bem que presente em algumas atividades, no direito francês, a exclusividade não parece ser uma propriedade do serviço público em si, tal como incorporado no Brasil, mas um atributo contingente do regime publicista.

Se, no primeiro momento, o serviço público estava perfeitamente coadunado com o regime de direito público (critério formal), com o reconhecimento dos serviços públicos industriais e comerciais explorados em regime privado, parte da doutrina começou a excluir o critério formal do conceito⁴⁶. Outra parte da doutrina, porém, como Bernard Chenot, restringiu o conceito de serviço público apenas àquelas atividades exploradas em regime de direito público, a fim de obter maior coerência no uso do termo serviço público apenas para atividades semelhantes⁴⁷.

Se pretensamente técnico, o conceito funcional de serviço público é francamente amplo. Tendo o legislador sido omissos em tal definição, também o Conselho de Estado francês historicamente se esquivou de demarcar o conceito, eis que assim ele perderia margem de manobra em sua atuação jurisdicional, como afirma Jacques Chevallier: “ele arriscaria atar as mãos para o futuro e se impediria de praticar uma política jurisprudencial, dosando as soluções concretas caso-a-caso”⁴⁸.

De fato, e não apenas de direito, assistiu-se, no final do século XIX e por todo século XX, a criação de uma série de serviços públicos pela Administração Pública francesa. Além dos serviços públicos tradicionais, foram publicizados diversos serviços econômicos, seja mediante a nacionalização de empresas gigantes atuantes em setores chave (como energia, telecomunicações e ferrovias) ou mediante a monopolização e delegação de serviços locais (abastecimento de água, coleta de lixo e transporte coletivo)⁴⁹. Portanto, o serviço público serviu de instrumento para a expansão da atuação desse Estado, englobando em si cada vez

45 “Não é inútil observar, desde já, que o caráter de serviço público não implica no monopólio em benefício dos governantes e de seus agentes, e que certas atividades, podendo ser livremente exercidas por particulares, são objeto de serviços públicos na medida em que são exercidas pelos governantes e seus agentes.” DUGUIT, **Traité de droit constitutionnel**. t. 2, p. 63.

46 Desde a decisão Bac d’Eloka, em 1921, o Conselho de Estado reconhece que os serviços públicos podem ser explorados sob direito privado, em condições semelhantes aos particulares. No sentido da desnecessidade do critério formal: CHAPUS, René. **Droit Administratif Général**. 15. ed. Paris: Montchrestien, 2001; RIVERO, **Droit Administratif**.

47 CHENOT, Bernard. **Organisation économique de l’État**. Paris: Dalloz, 1965; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Serviço Público e Concessão de Serviço Público**. São Paulo: Malheiros, 2017.

48 CHEVALLIER, Essai sur la notion juridique de service public, p. 137.

49 BAUBY, **Service Public, Services Publics**.

mais atividades, conforme fosse a política de intervenção estatal nos domínios econômico e social.

O conceito de serviço público, então, ocupa desde sempre lugar central no desenvolvimento e afirmação do Estado francês, tendo sido elemento fundamental para a estruturação teórica do Direito Administrativo. Esse conceito teve ainda forte aceitação e tradução no direito nacional de outros países da Europa continental, especialmente Itália, Espanha e Portugal. Ainda que mediante adaptações e melhorias para cada ordenamento, nesses também pode se perceber a tonalidade estatista e intervencionista que o conceito tomou e veiculou.

Se é certa a influência francesa na doutrina brasileira acerca do serviço público, entendemos que foram transpostos não só os conceitos de Duguit ou Jèze, mas também a cultura e a axiologia que fundamentam essas posições, bem como a lógica de intervenção econômica mediante a publicização de atividades pelo Estado. A nosso ver, esse racional terá impactos significativos na teoria tradicional sobre categorização da ordem econômica brasileira.

1.2.2. O significado do serviço público: titularidade estatal

O estudo da influência francesa no direito brasileiro ajuda na compreensão do ordenamento jurídico pátrio atual, muito embora esse tenha, posteriormente, assumido feições próprias. Seria indevido, assim, estudar o ordenamento brasileiro apenas com base nas ideias de influências estrangeiras. Contudo, deve ser apontada a incorporação no direito brasileiro da mais relevante característica herdada do serviço público, que não é um ou outro aspecto do regime, mas a própria lógica da *titularidade estatal* sobre os serviços.

Todas as sociedades contemporâneas tiveram e ainda tem de enfrentar o problema do provimento de utilidades coletivas, tendo o direito administrativo respondido às necessidades da ação pública nesse tema. A estrutura da solução jurídica desenvolvida em cada ordenamento reflete os desafios imediatos impostos ao Estado, mas também concepções mais amplas sobre o Estado e o direito.

De um lado, vê-se que a estrutura jurídica americana adotada na doutrina das *public utilities* reflete uma visão negativa ou desconfiada frente à intervenção estatal. E em que pese a importância desses serviços para a sociedade, a doutrina não endossa viés coletivista. Nessa solução, a atividade permanece sendo privada, de modo que o controle público se dará de forma

excepcional e com fundamento na limitação razoável do direito de propriedade⁵⁰. Reflete-se, assim, a cultura anglo-saxã liberal e individualista, na qual o Estado tem como função primordial a garantia das liberdades civis e da propriedade. cremos, porém, que a opção adotada na França pela doutrina do serviço público é rigidamente diferente.

A França parte de uma mentalidade estatalista que cultiva de forma positiva a figura do Estado e da intervenção estatal nos domínios econômico e social⁵¹. Seguindo essa mentalidade, observa-se que o serviço público, enquanto solução francesa para o problema do provimento de utilidades coletivas, acabará por carregar a imagem de um Estado forte e provedor. Como se vê na doutrina desde Duguit, o fundamento do provimento de utilidades coletivas, especificamente por parte do Estado, como se isso fosse um *a priori* ou um mero fato de que o Estado existiria *para* prestar esses serviços.

Ela [ideia de serviço público] é tão fortemente e unicamente francesa que se tornou um modelo social. Por trás da expressão *service public* há toda uma concepção de Estado que tornaria enganosa qualquer comparação; e é bem sabido, como referido na epígrafe desta seção, que seria procurar em vão por um conceito análogo no Direito Anglo-Americano.⁵²

Nesse sentido, o serviço público foi juridicamente estruturado na França a partir dessa mentalidade estatalista e, a nosso ver, deu lugar ao conceito de *titularidade estatal* sobre os serviços públicos, sendo essa a essência da tradição do serviço público de matriz francesa e que foi incorporada no Brasil.

Por *titularidade estatal* se refere à ideia de que certas atividades *pertencam* ao Estado⁵³, sejam de sua competência e de seu domínio. 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

50 É o que se vê, por exemplo, da decisão *Munn v. Illinois* (1876), em que a Suprema Corte Americana afirmou que “quando a propriedade privada é destinada ao uso público, ela estará sujeita à regulação pública”. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/94/113/>. Acesso em 14/03/2020.

51 Em verdade, ao que argumenta José Guilherme Giacomuzzi, essa concepção vai ao encontro de uma cultura favorável às instituições estatais historicamente enraizada no imaginário coletivo francês (*state society*), ao menos desde a Idade Média. GIACOMMUZI, José Guilherme. **Estado e Contrato**. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

52 *Ibid.*, p. 258.

53 A forma como ocorreria a titularização dessas atividades (*a publicatio*) poderia variar conforme a doutrina adotada. Em Duguit, por sua análise realista-sociológica, a *publicatio* seria apenas “percebida” pelo direito e pelos juristas, estando já premente na realidade das relações sociais. Em oposição, Jèze afirma que esta titularização depende de tal indicação pelo legislador no direito positivo.

colocadas sob o domínio do Estado⁵⁴.

A titularidade estatal, portanto, parte do pressuposto de que essas atividades públicas pertencem à esfera de competência do Estado, de forma que a sua exploração é caso de natural atuação econômica, não se falando em intervenção episódica e excepcional em atividades privadas como ocorre na tradição das *public utilities*. Então, a titularidade estatal, marca a especificidade da tradição do serviço público e a opção à doutrina das *public utilities*, como bem denota Alexandre de Aragão:

Assim, há uma fundamental distinção entre os serviços públicos europeus e latino-americanos, de um lado, e as *public utilities* norte-americanas de outro: aqueles são, em sua abordagem tradicional, atividades titularizadas pelo Estado, eventualmente delegadas a particulares, mantendo-se a titularidade e o controle/regulação estatal, enquanto essas são atividades da iniciativa privada, sobre as quais o Estado, exogenamente, impõe normas de regulação limitando a entrada no mercado, estabelecendo padrões para competição entre os agentes nele atuantes e fixando mínimos de qualidade e preço dos serviços para os consumidores.⁵⁵

Dessa forma, quando o direito brasileiro incorpora a doutrina francesa, naturalmente estaria importando também a mentalidade estatista que embasou o conceito de serviço público, bem como importando o conceito de titularidade estatal.

Seguindo essa linha, Themístocles Cavalcanti indica que o serviço público é a “atividade declarada pública” que se integra nas finalidades do Estado e que é atividade dependente do poder público⁵⁶. Por sua vez, Caio Tácito afirma que “serviço público [...] é atividade que somente adquire esse caráter quando o Estado dela se faz titular, podendo, em princípio, ser exercida pelos particulares”⁵⁷. Da mesma forma, Francisco Campos aponta que o serviço público não é uma atividade como qualquer outra, mas de um caráter especialmente público e que compete primordialmente ao Estado⁵⁸.

A ideia de titularidade estatal permaneceu sendo elemento de essencial para a compreensão do serviço público no direito brasileiro e é explicitamente endossada pela teoria

54 CHEVALLIER, **Le service public**; MANICA, Fernando Borges; MENEGAT, Fernando. Serviços públicos no Brasil: uma análise a partir das esferas de titularidade, **Revista Brasileira de Direito**, v. 14, n. 1, p. 253, 2018.

55 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017, p. 93.

56 CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 44.

57 TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 199.

58 “[...] Não se trata, com efeito, de uma indústria como outra qualquer, mas de uma indústria de caráter especial, e de caráter, precisamente, público, não só pelos privilégios de que desfruta, mas ainda pela natureza dos bens que distribui. As funções que ela exerce competem, primordialmente, ao Estado, e, na exploração dos serviços públicos, ela substitui e representa o Estado.” CAMPOS, Francisco. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1949, p. 130.

tradicional, sendo um de seus principais conceitos.

Por fim, chama-se a atenção também para o fato de que foi muito em decorrência desse imaginário positivo quanto ao Estado e da ideia de titularidade pública que o serviço público foi instrumentalizado no decorrer do século XX como método e justificativa da intervenção do Estado na ordem econômica e social. Quando da ascensão do Estado Providência, o conceito de serviço público, pretensamente neutro, acabou por veicular concepções políticas coletivistas e estatizantes:

A insistência colocada em certas atividades materiais obrigatórias do Estado reforça incontestavelmente seu papel: o Estado se vê, em certas perspectivas, ser reconhecido esse direito de intervenção que a filosofia individualista clássica lhe recusava. A Escola do Serviço Público justifica, então, certas intrusões do Estado em atividades há muito tempo consideradas como de natureza essencialmente privada.⁵⁹

Essa intervenção foi juridicamente possibilitada pela amplitude e volatilidade do conceito. Bastaria a percepção de que certa atividade continha interesse geral para que fosse, assim, titularizada e qualificada em serviço público, permitindo a assunção de cada vez mais atividades pelo Estado. A intervenção foi se expandindo baseada em um interesse geral igualmente amplo, flutuante conforme fosse a necessidade política ou econômica do contexto, do tempo e do lugar, muitas vezes desordenado e sem razões aparentes⁶⁰.

Considerada a tradição do serviço público e sua autêntica ideia de titularidade estatal sobre certas atividades, entendemos que daí decorre o vislumbre da ordem econômica categorizada entre atividades sujeitas a titularidade, e outras não. 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 privados⁶¹.

1.3. As principais formulações da teoria tradicional

1.3.1. Incorporação da teoria do serviço público no direito brasileiro

Até o presente, mesmo os críticos do serviço público no direito brasileiro precisam se reportar à tradição francesa quando tratam dessa temática. Ainda que combatida, a referência ao direito francês é inescapável. Adiante, faz-se uma breve recuperação histórica da doutrina

59 PISIER-KOUCHNER, *Le service public dans la theorie de l'etat de Leon Duguit*, p. 256.

60 CHEVALLIER, *Le service public*.

61 No mesmo sentido a respeito dessa influência: MARQUES NETO, *Evolução do Serviço Público*, p. 54–55.

brasileira nacional para demonstrar como que se adotou a noção francesa de serviço público enquanto uma atividade afeta às funções do Estado e regida pelo direito público, ainda que não tenha sido sempre assim.

A questão teórica 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) e, assim, atenta-se para o problema do provimento e da regulamentação estatal sobre utilidades públicas.

Em uma primeira fase, a doutrina brasileira se filia à corrente norte-americana de *public utilities*, ainda que sem muita uniformidade⁶². 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 públicas, 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 utilidade⁶³.

Demonstrativo disso é o entendimento dos mineiros Odilon Andrade e Bilac Pinto. Para o primeiro, os serviços de utilidade pública seriam aqueles serviços genéricos, de fruição individual e intermitente, cuja intervenção estatal apenas se justificaria pela ausência de fornecedor ou caso a concorrência fosse prejudicial ao serviço. Esses se oporiam aos serviços públicos, os quais seriam fundados no poder de coerção do Estado⁶⁴ (ou seja, serviços públicos tradicionais e em sentido amplo, como moeda, justiça e diplomacia). Já em Bilac Pinto se encontra defesa de que a regulação dos serviços delegados seja exercida por comissões especializadas, com poderes adjudicantes e normativos, em explícita importação da estruturação organizacional americana⁶⁵.

A influência das *public utilities* também ficou expressa no Anteprojeto ao Código de Águas, escrito por Alfredo Valadão. Nele, há compreensiva análise do contexto regulatório do

62 MARQUES NETO, *Evolução do Serviço Público*.

63 Refletindo esse entendimento, Mário Masagão defende que as concessões devem ser empregadas para a exploração de atividades que utilizam da superfície, do espaço aéreo e outros bens públicos que não pertencem a nenhum particular e que, por isso, constituem-se privilégios exclusivos das pessoas públicas. MASAGÃO, Mário. **Natureza jurídica da concessão de serviço público**. São Paulo: Saraiva & Cia Editores, 1933, p. 64.

64 ANDRADE, Odilon. **Serviços públicos e de utilidade pública**. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1937.

65 PINTO, Bilac. **A regulação efetiva dos serviços de utilidade pública**. Rio de Janeiro: Forense, 1941.

país, pela ótica e jurisprudência norte-americana⁶⁶. Ali, “a ideia de serviço público não seria atrelada à titularidade estatal exclusiva, mas sim à ideia de obrigação do Estado de regular e regulamentar estas atividades por envolverem um interesse geral da coletividade”⁶⁷.

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. A nova noção de serviço público desempenharia papel no favorecimento dessa nova face intervencionista do Estado brasileiro⁶⁸.

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*. Tem-se a “incorporação ao direito pátrio das ideias de titularidade estatal da atividade, valorização do elemento subjetivo do serviço público e sujeição a um regime jurídico de direito público”⁶⁹. Não se alteram, apenas, os rótulos e fundamentos legais, mas toda a lógica da intervenção estatal nesses setores:

Esta doutrina [do serviço público] estrutura-se na circunstância de que o Estado assume a prestação dos serviços públicos mediante seus próprios recursos e seus próprios agentes, como uma atividade interdita *a priori* ao campo privado. As atividades consideradas serviços públicos teriam um antagonismo natural com as atividades privadas. Os interesses do estado remetem necessariamente a um regime jurídico público, dando ensejo a uma inerência da atividade como estatal, como assumida pelo Estado⁷⁰.

Uma boa marca dessa mudança de percurso no direito brasileiro está no relatório da comissão de juristas responsáveis pela lei de fiscalização dos serviços públicos concedidos, a regulamentar artigo da Constituição de 1937. Pelas mãos de Odilon Braga, a comissão optou por claramente louvar o sistema francês e detratar o sistema norte-americano na busca de um novo marco jurídico que permitisse ao Estado ter maior poder de controle sobre as atividades, inclusive com a possibilidade de retomada do serviço.

66 “Era mister, para aquêle fim, que eu apronfundasse ainda mais os meus estudos sôbre o assunto quasi por completo desconhecido em nosso país, pondo-me a par, como procurei fazer, da vastíssima, opulenta e brilhante literatura dos Estados Unidos a respeito, com o trato direto dos seus maiores expoentes na doutrina e na jurisprudência”. VALADÃO, Alfredo. **Regime jurídico das águas e da indústria hidro-elétrica**. São Paulo: Publicação da Prefeitura Municipal de São Paulo, 1941, p. 25.

67 MARQUES NETO, Evolução do Serviço Público, p. 51.

68 SCHIRATO, **Livre iniciativa nos serviços públicos**.

69 *Ibid.*, p. 75.

70 MARQUES NETO, Evolução do Serviço Público, p. 53.

De se ressaltar que ficou consignado pela comissão que essas atividades – os ditos “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”⁷¹. 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”⁷², 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”⁷³.

Nessa mesma linha formalista, Mário Masagão 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 regularidade⁷⁴.

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.

71 BRAGA, Odilon. Serviços Públicos Concedidos, **Revista de Direito Administrativo**, v. 7, p. 33–55, 1947, p. 42.

72 LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1939, p. 69.

73 CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Curso de Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, p. 225.

74 MASAGÃO, Mario. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

1.3.2. 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 1967⁷⁵ –, 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 econômica⁷⁶. 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”⁷⁷, 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”⁷⁸.

Em um “modelo ideal” que politicamente condiciona a distinção jurídica entre essas categorias, Grau vê que as forças do capital buscarão reservar para si a exploração lucrativa do maior número de atividades econômicas em sentido estrito, enquanto que as forças do trabalho buscarão atribuir essas atividades ao Estado, enquanto serviços públicos. Sustenta, assim, que é o arranjo entre as forças sociais, a saber, o embate entre capital e trabalho, que determinará a inscrição (pelo legislador no direito positivo) de cada atividade econômica em sentido amplo

75 GRAU, **Elementos de direito econômico**.

76 GRAU, **A ordem econômica na Constituição de 1988 - (interpretação e crítica)**; GRAU, **Direito, conceitos e normas jurídicas**.

77 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, p. 250.

78 *Ibid.*

como serviço público ou atividade econômica em sentido estrito.⁷⁹

Este critério sociológico ideal não prescinde, porém, do exame concreto da Constituição para discernir o que ela determina como serviço público. A mera atribuição de competência ao Estado para explorar determinada atividade econômica em sentido amplo não faz dessa atividade um serviço público, devendo se verificar se a atividade visa atender aos interesses do trabalho ou se visa outras razões⁸⁰.

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 (art. 177) e de acesso vedado a particulares, ainda que o Estado as explorasse em regime de direito privado.

Para Grau, 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 público⁸¹. 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 privado⁸². A chave, portanto, está na definição de serviço público, a partir da qual Eros Grau desenvolverá sua categorização da ordem econômica. Para o autor, serviço público é noção histórica e dialeticamente determinada – e não conceito (estático e atemporal) – a ser preenchida pela realidade e pelas determinações da Constituição⁸³.

Eros Grau buscará critérios e subsídios para determinar, perante a Constituição de 1988, o que deve ser assumido pelo Estado como serviço público. Entende que é necessária uma “prévia enunciação de um conceito de serviço público”⁸⁴, para que, então, vá-se ao texto constitucional e se entenda quais parcelas de atividade econômica em sentido amplo são

79 GRAU, *A ordem econômica na Constituição de 1988 - (interpretação e crítica)*, p. 105.

80 *Ibid.*, p. 122.

81 GRAU, *A ordem econômica na Constituição de 1988 - (interpretação e crítica)*; SADDY, André. *Formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

82 Essa posição é distinta da de Marçal Justen Filho, para quem as atividades econômicas também se definem por inclusão, ou seja, pela determinação de um núcleo fundamental, garantido pelo direito à livre iniciativa. MARÇAL JUSTEN FILHO. *Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 57.

83 GRAU, *Constituição e Serviço Público*.

84 GRAU, *A ordem econômica na Constituição de 1988 - (interpretação e crítica)*, p. 122.

serviços públicos ou não. Dessa forma, entende que o conceito de serviço público 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 (Cirne Lima).⁸⁵

Seriam serviços públicos aquelas atividades prestadas pelo Estado indispensáveis à consecução da coesão social e que atendessem ao interesse social⁸⁶, 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.

Em alguns casos, a própria Constituição já eleva algumas atividades à categoria de serviços públicos. Dentro desses, Grau diferencia ainda entre os *serviços públicos privativos* e os *serviços públicos não-privativos*⁸⁷. Nos primeiros, a atividade econômica em sentido amplo 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 demais, as atividades poderão ser exploradas por particulares independentemente de delegação, em regime de direito privado, a exemplo dos setores de saúde e educação⁸⁸⁻⁸⁹.

Dentro desse entendimento, por vezes, a Constituição prevê textualmente esses serviços como serviços públicos, como no caso dos incisos X, XI e XII do artigo 21, no §2º do artigo 25 e no inciso V do artigo 30, na visão de Eros Grau. Entretanto, nem toda previsão constitucional de competências sobre atividades econômicas em sentido amplo implicam categorização como serviço público, a exemplo do inciso XXIII do artigo 21, que dispõe sobre atividade econômica

⁸⁵ *Ibid.*, p. 130.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 124.

⁸⁷ Como se verá adiante, esta classificação de Grau é elaborada com base em Bandeira de Mello. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Prestação de serviços públicos e administração indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979; BANDEIRA DE MELLO, **Curso de Direito Administrativo**.

⁸⁸ 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.”

⁸⁹ Vale lembrar, conforme o delineamento temático expresso na Introdução, os serviços de educação e saúde (serviços públicos sociais) não estão incluídos no nosso escopo de análise.

monopolizada pelo Estado. 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 público⁹⁰.

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”⁹¹. 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.

O tema da exclusividade parece ter sido determinante para essa categorização da ordem econômica e impactou relevantemente a dogmática jurídica, bem como a jurisprudência, especialmente pelo julgamento da ADPF 46⁹², do qual Grau era relator, razão pela qual se retomará o assunto com maior detalhe no item 3.1.4.

A respeito dos serviços não privativos, Eros Grau afirma já ter defendido entendimento de que essas atividades, quando exploradas pelo Estado, seriam *serviços públicos* e, quando exploradas pela iniciativa privada, seriam *atividades econômicas em sentido estrito*⁹³. Contudo, abandonou essa posição por entender errôneo considerar que “a mesma atividade caracteriza ou deixa de caracterizar serviço público conforme esteja sendo empreendida pelo Estado ou pelo setor privado”^{94,95}. Passou a entender que essas atividades configurariam serviço público mesmo quando exploradas por particular, independente de delegação. Dessa forma, mostra-se

90 O autor cita ilustrativo exemplo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. No Recurso Extraordinário n. 220.999-7-PE, a Corte reconheceu que a União poderia deixar de oferecer serviços de transporte fluvial – desatendendo a sua “continuidade” – por não se tratar de serviço público. Entendeu, pelo voto do Ministro Nelson Jobim, que o transporte fluvial não integra “os fins do Estado”, nem é indispensável à interdependência social (com citações de Cirne Lima, Léon Duguit e Eros Grau). Não sendo o caso, não estaria obrigada a União a manter a atividade em prol de outros interesses.

91 GRAU, **A ordem econômica na Constituição de 1988 - (interpretação e crítica)**, p. 134.

92 Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 46, Relator: Ministro Marco Aurélio, Relator para o Acórdão: Min. Eros Grau. Tribunal Pleno, julgado em 05/08/2009.

93 Ilustrativamente, defendendo esse antigo entendimento: GRAU, *Constituição e Serviço Público*, p. 252.

94 Deve ser apontado que Eros Grau, então, rechaça a ideia de assimetria de regimes, em que uma mesma atividade pode ser simultaneamente explorada enquanto atividade econômica e serviço público. A nosso ver, tal assimetria é elemento importante do atual panorama regulatório brasileiro e será retomada no Capítulo 3.

95 GRAU, **A ordem econômica na Constituição de 1988 - (interpretação e crítica)**, p. 118.

que, em Eros Grau, o regime jurídico aplicável à atividade não determina sua natureza⁹⁶. Muito ao revés, é a natureza material de serviço público que determina a aplicação do regime de serviço público:

É inteiramente equivocada a tentativa de conceituar-se *serviço público* como atividade sujeita a *regime de serviço público*. Afirmar-se tal – que *serviço público* é a atividade desempenhada sobre esse *regime* – além de privilegiar-se a forma, em detrimento do conteúdo, perpetra-se indesculpável tautologia. Determinada atividade fica sujeita a regime de serviço público por que *é* serviço público; não o inverso, como muitos propõe, ou seja, passa a ser tida como serviço público porque assujeitada a regime de serviço público.⁹⁷

Nessa toada, fica claro que Eros Grau adota um conceito material de serviço público, que está afeito às características da atividade⁹⁸. 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 esse mera decorrência de sua materialidade). Vale reprimir, 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”⁹⁹.

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*

96 De se ressaltar, inclusive, que a descrição do regime de serviço público não é parte das preocupações essenciais dos textos de Eros Grau. Preocupa-se, mais, em definir serviço público e apontar alguns traços que opõe as empresas estatais de serviço público das empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito. O que, aliás, denota o critério material adotado por Grau.

97 GRAU, **A ordem econômica na Constituição de 1988 - (interpretação e crítica)**, p. 112.

98 No mesmo sentido: CONRADO, Regis da Silva. **Serviços Públicos à brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 156.

99 GRAU, *Constituição e Serviço Público*, p. 257.

estrito, assim enunciando as hipóteses em que o Estado poderia intervir (explorar) diretamente no domínio econômico¹⁰⁰. Nesse caso, estaria o Estado atuando “em área de titularidade do setor privado”¹⁰¹, nas mesmas condições que as empresas privadas, isto é, mediante regime de direito privado, inclusive quanto à 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 que aquelas em interesse coletivo ou em imperativo de segurança nacional¹⁰².

Diria Grau que o “interesse coletivo não é interesse social. Esse último está ligado à coesão social, aferido no plano do Estado, plano da universalidade. Os interesses coletivos são aferidos no plano da sociedade civil, expressando particularismos, interesses corporativos”¹⁰³.

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 especificamente 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.

Dentro da categorização de Grau, as atividades de exploração de petróleo, gás natural e minérios nucleares são *atividades econômicas em sentido estrito* e não *serviços públicos* porque

100 GRAU, Eros Roberto. Comentário ao artigo 173, in: MENDES, Gilmar Ferreira *et al* (Orgs.), **Comentários à Constituição do Brasil**, São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1825–1832.

101 GRAU, **A ordem econômica na Constituição de 1988 - (interpretação e crítica)**, p. 100.

102 “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 empreedimento de atividade economica em sentido estrito pelo Estado.” *Ibid.*, p. 127.

103 *Ibid.*, p. 123.

atendem a imperativos de segurança nacional e não a interesse social¹⁰⁴. 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 lei¹⁰⁵.

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”¹⁰⁶. E, aliás, questionamos ademais: se categorizar como atividade econômica ou serviço público ainda diz algo sobre o regime jurídico da atividade.

1.3.3. 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 atualmente¹⁰⁷ – 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. Em Bandeira de Mello, a exploração dessas atividades é chamada de “serviço governamental”.

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. Positivista como é, Bandeira de Mello visa restringir a sua análise aos fatos juridicamente

104 "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. *Ibid.*, p. 122.

105 GRAU, Comentário ao artigo 173.

106 STEIN, Leandro Konzen. **Direito Econômico da Energia**. São Paulo: Lumen Juris, 2018, p. 57.

107 BANDEIRA DE MELLO, **Prestação de serviços públicos e administração indireta**; BANDEIRA DE MELLO, **Curso de Direito Administrativo**; BANDEIRA DE MELLO, **Serviço Público e Concessão de Serviço Público**.

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 coesa¹⁰⁸.

Nesse sentido, o conceito de serviço público deve representar uma “certa e específica atividade e não toda e qualquer atividade administrativa”¹⁰⁹, bem como deve se referir apenas a atividades em coesão de regime: o regime de direito público. É assim que Bandeira de Mello pretende focar na construção do conceito de serviço público. Para ele, o conceito de serviço público terá necessariamente dois elementos: *material* e *formal*. Quanto ao elemento *material*, para se estar diante de um serviço público devem estar presentes, cumulativamente, os cinco requisitos que abaixo descreveremos. Quanto ao *formal*, tem-se a incidência do regime de direito público, justamente o que chancela o caráter jurídico do conceito. Os requisitos do elemento material são:

(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]¹¹⁰

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 (isso é, voltada à satisfação do interesse público e não privado), descartadas atividades de cunho restrito ou prestadas sem usuários individualizados. A atividade ser material a opõe a atividades meramente jurídicas, como o poder de polícia¹¹¹.

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

108 Desde já, os anos 1970 já se via essa contribuição. BANDEIRA DE MELLO, **Prestação de serviços públicos e administração indireta**, p. 21; Mas ela está melhor exposta em trabalho recente. BANDEIRA DE MELLO, **Serviço Público e Concessão de Serviço Público**, p. 13.

109 Com o que, aliás, Bandeira de Mello se distancia dos primeiros autores do serviço público no direito brasileiro. BANDEIRA DE MELLO, **Serviço Público e Concessão de Serviço Público**, p. 69.

110 *Ibid.*, p. 72.

111 BANDEIRA DE MELLO, **Serviço Público e Concessão de Serviço Público**.

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”¹¹² (poder de polícia).

Em função dessa importância, a atividade seria titularizada pelo Estado, com o que se vê que 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 Estado¹¹³.

Essas cinco características compõem 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 exorbitante do direito comum, em forma de privilégios ou de sujeições, inclusive com técnicas coercitivas, a fim de garantir os valores públicos presentes no serviço¹¹⁴.

Portanto, compreendendo tudo que foi exposto, eis o conceito de serviço público em Bandeira de Mello¹¹⁵:

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

112 *Ibid.*, p. 71 Grifos do original.

113 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”. *Ibid.*, p. 78.

114 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) univ ersalidade, (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**.

115 Mais recentemente, Bandeira de Mello adensou outras formulações e elementos ao conceito, sem alterar sua essência: “Serviço público é a atividade material que o Estado assume como pertinente a seus deveres em face da coletividade para a satisfação de necessidades ou utilidades públicas singularmente fruíveis pelos administrados cujo desempenho entende que deva se efetuar sob a égide de um regime jurídico outorgador de prerrogativas capazes de assegurar a preponderância do interesse residente no serviço e de imposições necessárias para protegê-lo contra condutas comissivas ou omissivas de terceiros ou dele próprio gravosas a direitos ou interesses dos administrados em geral e dos usuários do serviço em particular.” BANDEIRA DE MELLO, **Serviço Público e Concessão de Serviço Público**, p. 81.

que houver definido como próprios no sistema normativo.¹¹⁶

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 classifica-los segundo o regime da imposição constitucional sobre eles, da seguinte forma¹¹⁷:

- (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. 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.

1.4. A dicotomia da ordem econômica: titularidade, exclusividade e regime

Delineadas as formulações teóricas da teoria tradicional e apesar das diferenças existentes entre elas, queremos ressaltar as principais características e elementos comuns dessa linha teórica. Essas características essenciais servirão como vieses de análise nos capítulos

116 BANDEIRA DE MELLO, *Prestação de serviços públicos e administração indireta*, p. 20.

117 BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*.

seguintes e é a partir delas que buscaremos verificar a adequação da teoria tradicional ao direito brasileiro atual.

A mais essencial característica da teoria tradicional é a *dicotomização da ordem econômica* entre os serviços públicos e as atividades econômicas em sentido estrito, devendo cada umas atividades econômicas existentes serem enquadradas em uma dessas duas categorias, conforme forem as características juridicamente relevantes dessas atividades. Essa dicotomização acaba por opor esfera pública *versus* esfera privada, Estado *versus* sociedade, interesse público *versus* interesse privado, sendo muito além de construção teórica ou didática para compreensão do direito.

Criam-se duas fileiras estanques do que é definidor de cada categoria, partindo desde o interesse público existente na atividade até seu regime jurídico. *De um lado*: o interesse social colocaria a atividade sob a titularidade do Estado, sendo classificada como serviço público e, logo, regulada sob o regime de direito público. *De outro lado*: o interesse coletivo diria ser a atividade pertinente à sociedade, sendo categorizada como atividade econômica em sentido estrito e regulada pelo direito privado, inclusive quando o Estado, apenas subsidiariamente, a explorasse.

Nessa ordem de ideias, o primeiro elemento da dicotomia é a *titularidade estatal* sobre os serviços públicos. Como desenvolvido no item 1.2.2, titularidade estatal é uma proposição defendida pela doutrina tradicional de que certa parcela das atividades econômicas, os serviços públicos, são de *pertencimento, domínio* do Estado, pertencentes a seu campo próprio de atuação. A titularidade diferenciaria fundamentalmente, então, os serviços públicos (pertencentes ao Estado) e as atividades econômicas em sentido estrito (pertencentes à sociedade).

A teoria tradicional amplamente encampa a argumentação da titularidade estatal como parte integrante da ordem econômica sob a Constituição de 1988. Para Grau, o próprio texto constitucional admitiria a titularidade e, a partir dela, estabeleceria duas áreas distintas da ordem econômica diretamente no texto constitucional: a área da atividade econômica, fundada no artigo 173 da Constituição e sobre a qual o Estado não é titular; e a dos serviços públicos, inscrita no artigo 175, onde estaria positivada a titularidade estatal. Essa divisão não só estaria ancorada no texto constitucional, mas também em sua principiologia, sendo mesmo essencial a sua preservação. Seriam os princípios constitucionais dos artigos 1º, 3º e 170 que dariam os

parâmetros conformadores de cada área e definiriam a imposição da titularidade estatal¹¹⁸.

Na argumentação da teoria tradicional, o que ensejaria a titularidade seria a existência de determinado interesse público (dito “interesse social”) em uma atividade econômica em sentido amplo. A teoria tradicional correlaciona diretamente a existência de tal interesse público e sua assunção pelo Estado enquanto serviço público¹¹⁹. Não se computa na categorização tradicional a possibilidade de que o interesse público seja satisfeito fora do Estado, nem a existência de outras formas de o Estado curar o interesse público que não mediante a imposição do serviço público.

O segundo elemento dessa dicotomia é a *exclusividade estatal* sobre os serviços públicos, o que é uma decorrência direta da ideia de titularidade estatal. A associação dos serviços públicos ao Estado permite a imposição da exclusividade, isso é, do monopólio estatal sobre sua exploração. Se a atividade é estatal, não há por que se viabilizar o livre ingresso de particulares¹²⁰. No outro lado, as atividades econômicas em sentido estrito seriam sempre livre aos particulares, visto fazerem parte do campo de atuação da sociedade civil.

Esse elemento é muito bem representado na jurisprudência pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 46, na qual o STF, partindo dos serviços postais, explicitamente decidiu que os serviços públicos, em regra, deveriam atuar em regime de exclusividade, com fundamento na teoria de Eros Grau¹²¹.

Por sua vez, o terceiro elemento da dicotomia é a *dualidade de regimes jurídicos* que

118 GRAU, Eros Roberto. Concessionária de serviço público - Bens Públicos - Direito de uso, **Revista de Direito Administrativo**, v. 218, p. 343–354, 1999; GRAU, Constituição e Serviço Público.

119 “Haverá serviço público, entre nós, no regime da Constituição de 1988 [...] sempre que determinada atividade seja, em face e em decorrência da concretização daqueles princípios, tida como existencial, relativamente à sociedade, *por isso mesmo tendo de ser prestada aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa*” GRAU, Eros Roberto. Concessionária de serviço público - Bens Públicos - Direito de uso, **Revista de Direito Administrativo**, v. 218, p. 343–354, 1999.

120 Vale ser repisada uma nota de distinção: ao nosso entender o conceito de serviço público na França não inclui, necessariamente, a exclusividade estatal, muito embora o monopólio possa ser imposto sobre certas atividades (Cf. item 1.2). Isso se dá porque o conceito francês inclui os serviços públicos industriais e comerciais, regidos pelo direito privado e sujeitos à concorrência. Essa característica, como asseveramos, parece ter se originado mais no direito italiano, ainda não seja possível se afirmar a incorporação da exclusividade nos serviços públicos no direito brasileiro a partir do direito italiano.

121 Eis trecho da ementa da decisão: “2. A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados. A exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio. (...) 6. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem em situação de privilégio, o privilégio postal. 7. Os regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade.” (ADPF 46, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/08/2009)

opõe novamente as categorias por considerar que os regimes inerentes a cada uma delas é plenamente distinto. Tem-se que os serviços públicos deverão estar sujeitos ao regime publicista, marcado por conjunto de prerrogativas, privilégios e sujeições que seria próprio e específico ao Estado. Já as demais atividades estariam sujeitas ao regime comum de direito privado, calcado nas liberdades econômicas e na livre iniciativa, fundamentos diversos do regime público¹²².

Essa dualidade também se evidencia na apartação dos regimes das empresas estatais vista como exploradoras de atividade econômica ou prestadoras de serviço público¹²³. O primeiro tipo de empresa estatal estaria sujeito ao direito privado e equivaleria ao das empresas privadas, ainda que excepcionalmente explorasse monopólio. Já para o segundo tipo, o regime de serviço público sempre se aplicaria. Dentre a farta jurisprudência, destacamos algumas das diferenças nos regimes: (i) impenhorabilidade dos bens, (ii) imunidade tributária e privilégios fiscais, (iii) relações trabalhistas, (iv) exigência de concurso público e (v) exigência de licitação, dentre outros¹²⁴.

Nessa dualidade de regimes, ainda que sejam admitidas variações dentro de cada um deles, não se computa a existência de regimes mistos, de zonas cinzentas ou aproximações entre ambos os polos¹²⁵. Não é prevista, por exemplo, a outorga de poderes extroversos ou imposição de sujeições típicas do serviço público a empresas privadas atuantes em regime privado, bem como não se aponta a atenuação das excepcionalidades do regime dos prestadores de serviços públicos.

Pelo exposto, vê-se que a teoria tradicional propõe que a ordem econômica brasileira seja compreendida a partir dessa dicotomia e de seus elementos constitutivos. O que importa

122 Boa parte da doutrina é dedicada a demonstrar a especificidade do regime destas atividades frente ao regime comum das atividades privadas. Explicitamente, cf: CAVALCANTI, **Tratado Direito Adm.**; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2014.

123 Aliás, essa questão perspassa todo o estudo de Eros Grau desde: **Elementos de direito econômico**, p. 101; Em Bandeira de Mello, com referência à Eros Grau “A separação entre os dois campos - serviço público como setor pertencente ao Estado e domínio econômico, como campo reservado aos particulares - é indubitosa e tem sido objeto de atenção doutrinária, notadamente para fins de separar empresas estatais prestadoras de serviço público das exploradoras de atividade econômica, ante a diversidade de seus regimes jurídicos” BANDEIRA DE MELLO, **Curso de Direito Administrativo**, p. 716.

124 GRAU, **A ordem econômica na Constituição de 1988 - (interpretação e crítica)**, p. 116.

125 Deve ser ressalvado que há apontamentos na doutrina no sentido de que as empresas estatais tem alguma hibridéz em seu regime. Sem prejuízo da assertividade dessa posição, entendemos que essa hibridéz decorre fundamentalmente pelo fato de, organicamente, as estatais comporem a Administração Pública. O que nos interessa ressaltar é que a doutrina tradicional não reconhece a hibridéz do próprio regime de exploração da atividade, nem lida com a aproximação entre os dois polos.

analisar é se essa teorização é compatível com o direito vigente e útil a explica-lo. Como bem critica Vitor Schirato¹²⁶, a adoção quase unânime da teoria tradicional pela doutrina e jurisprudência pátria fez arraigar na Constituição (e no direito infraconstitucional) uma interpretação que nem sempre dela é decorrente, em uma espécie de “interpretação da Constituição segundo a doutrina” e não ao revés. Como ressalta o autor, onde está a exigência de inerente exclusividade para os serviços públicos?

Aliás, nesse sentido, veja-se que a teoria tradicional foi construída muito antes da promulgação da Constituição vigente, e mesmo os autores mais recentes, como Eros Grau e Bandeira de Mello, também elaboraram suas formulações doutrinárias antes da atual Constituição. Isso leva à consideração de que a interpretação tradicional herda concepções (superadas) sobre a ordem econômica e o direito administrativo, talvez mais do que é adequada e útil perante a Constituição de 1988. Portanto, a teoria tradicional enxerga a ordem econômica como uma dicotomia entre serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito, cada qual tendo caracteres distintos quanto à titularidade estatal, exclusividade estatal e regime jurídico. Propõe-se uma interpretação *prêt-à-porter* da ordem econômica.

Colocadas essas perspectivas, buscaremos demonstrar nos capítulos a seguir que são justamente as mudanças ocorridas nesses elementos da ordem econômica que demonstram a necessidade de superação da teoria tradicional por não trazer a melhor ou mais útil interpretação sobre a Constituição e o direito administrativo.

1.5. A dicotomia da ordem econômica posta à prova

1.5.1. Antecedentes políticos: crise do Estado e Reforma do Estado

Como assevera Sabino Cassese, desde o início do século XX o termo “crise do Estado” tem sido utilizado em diferentes contextos e, mais recentemente, tem indicado a “diminuição das atividades estatais por meio de privatizações e concessões de entidades do Estado a sujeitos privados”¹²⁷.

O modelo do Estado Providência, nos termos do que vimos, favoreceu o agigantamento da Administração Pública, com a criação ao decorrer de todo século XX, de sem-número de

126 O autor faz esta análise para a noção tradicional do serviço público (parte da teoria tradicional de categorização da ordem econômica). SCHIRATO, **Livre iniciativa nos serviços públicos**, p. 90.

127 CASSESE, Sabino. **A crise do Estado**. Campinas: Saberes Editora, 2010, p. 13.

empresas estatais e órgãos públicos para darem conta das tarefas prestacionais colocadas à cargo do Estado ou das tarefas que o próprio Estado se arvorava na competência de executar. Correlatamente, fazia-se necessário o aumento das cargas tributárias e tarifárias para sustentar o crescente *déficit* do orçamento público, agravado pelas ineficiências e os subsídios sociais estruturalmente existentes¹²⁸.

O esgotamento desse modelo veio, então, na década de 1970 e 1980, quando a queda da atividade produtiva causada pela crise do petróleo fizeram decrescer a arrecadação fiscal, ocasionando crises econômicas e políticas ainda maiores. Conjuntamente a esse contexto, assistiu-se aos Estados nacionais sendo premidos 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 então¹²⁹.

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 sociedade¹³⁰.

Com isso, desencadeou-se um debate político a respeito da revisão do papel do Estado perante a economia e a sociedade, o qual teria se tornado excessivo e prejudicial às liberdades individuais, além de financeiramente insustentável¹³¹. As concepções ideológicas e econômicas liberalizantes acabaram por prevalecer e, opondo-se ao intervencionismo, pretendiam limitar o Estado à garantia do funcionamento do mercado – ordem pública, defesa da concorrência, infraestruturas e serviços básicos – e, quando muito, à prestação de atividades que não são satisfatoriamente providas pelo mercado.

Nesses termos, 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

128 BATISTA JÚNIOR, **O outro leviatã e a corrida ao fundo do poço**.

129 YEUNG, Karen. The Regulatory State, *in*: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Orgs.), **The Oxford Handbook of Regulation**, Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 1–14.

130 OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 2017.

131 GIDDENS, Anthony. **A terceira via**. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1999.

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 à 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 técnica 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:

Se, por um lado, essa estratégia do Estado propiciou recursos que não possuía, por outro lhe retirou grande parte do poder de comando sobre os serviços públicos, já que os investidores privados só carreariam seus recursos se presente um arcabouço institucional e normativo apropriado aos seus interesses de lucro e de segurança jurídica, por exemplo, através da necessária regulação por agências reguladoras independentes.¹³²

Contudo, e em que pese o contexto de crise do Estado ter forçado uma necessária redução quantitativa e qualitativa na intervenção econômica, isto não importará no desinteresse do poder público sobre a dinâmica econômica ou sobre resultados que dela advém. Ao revés, conforme expressamos no capítulo seguinte, entendemos que o Estado permanece sempre constitucionalmente responsável pela seara econômica (e seus efeitos sociais).

A crise do Estado, nesse sentido, 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 privado¹³³. E a adoção desses novos instrumentos afetou também a lógica da ordem econômica.

1.5.2. As transformações recentes da ordem econômica

Em função da crise do Estado e por oportunidade da Reforma do Estado brasileiro na década de 1990, muitas legislações e marcos regulatórios de setores econômicos foram revistos e deram ensejo a reformas estruturais nos modos de intervenção do Estado na economia e no regime jurídico legal e constitucional aplicável às atividades econômicas e aos serviços públicos.

132 ARAGÃO, *Direito dos serviços públicos*, p. 55.

133 *Ibid.*, p. 56.

A nosso ver, essas reformas evidenciaram diretamente no direito positivo novidades e transformações que extrapolam as linhas da teoria tradicional e expõem sua inaptidão para compreender os novos formatos da ordem econômica. Nesse sentido, buscaremos demonstrar os principais fatores de transformação que algumas das reformas legislativas recentes aportaram no direito brasileiro.

Aliás, importa dizer que esse fenômeno não é exclusivo ao Brasil. Na Europa, por obra do direito comunitário, a tradição do serviço público está sendo revisitada pela lógica dos serviços econômicos de interesse geral (SIEG)¹³⁴. O conceito de SIEG¹³⁵ visou submeter as atividades econômicas à livre concorrência e impedir que os Estados-Membros concedam privilégios ou monopólios – isso é, em sentido contrário ao que consiste o regime de serviço público¹³⁶. A regra da livre concorrência só poderia ser excepcionada na estrita medida do necessário para o cumprimento das finalidades daquela atividade.

O núcleo duro dos antigos serviços públicos – atividades essenciais, sujeitas a privilégios e obrigações especiais – ficaria restrito aos “serviços universais”, tidos como aqueles serviços mínimos que devem ser fornecidos a todos os cidadãos em qualidades definidas e a preços módicos e que não podem ser satisfeitos pela dinâmica natural do mercado¹³⁷. A emergência do SIEG significou para os serviços públicos franceses a revisão do modelo estatizante, monopolista e baseado em privilégios, em prol de um modelo fundado no livre

134 “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 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.

135 “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. 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 afetado de maneira que contrarie os interesses da União.” Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF. Acesso em 23/03/2020.

136 Adverte-se, porém, que o conceito de serviço econômico de interesse geral não foi moldado exclusivamente em oposição ao serviço público, mas em relação a toda intervenção econômica estatal que ameaçasse a livre concorrência. GUGLIELMI; KOUBI; LONG, **Droit du Service Public**, p. 140.

137 RAYMUNDIE, Olivier. L’influence du néolibéralisme anglo-saxon sur le droit public français: l’exemple du service universel, in: BOTTINI, Fabien (Org.), **Néolibéralisme et droit public**, Paris: Mare & Matin, 2017, p. 213–222.

mercado, na concorrência e nas obrigações de serviço público, quando necessárias se fizerem para garantir os interesses gerais da atividade.¹³⁸

No Brasil, a pouco e pouco, a partir da Reforma do Estado, o direito positivo tem extrapolado os quadros postos pela teoria tradicional ao alterar os marcos regulatórios de algumas atividades 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. Em dois setores essas mudanças são mais evidentes, mesmo no texto legal: telecomunicações e energia.

A telecomunicação é, 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 1967/69¹³⁹. 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), excluía 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)¹⁴⁰. 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

¹³⁸ GOUVEIA, Rodrigo. **Os serviços de interesse geral em Portugal**. Lisboa: Almedina, 2011; DIETERICH, Frederico Bopp. **Os Efeitos nas Concessões de Serviços Públicos dos Tratados Internacionais sobre Proteção de Investimentos**. Universidade Federal de Minas Gerais, 2007.

¹³⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; COSCIONE, Milene Louise Renée. **Telecomunicações: doutrina, jurisprudência, legislação e regulação setorial**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

¹⁴⁰ 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.

regulados via contratos – seguindo a tradição da *public utilities* acima descrita –, e ao menos desde 1930 estão à cargo do Estado, mediante empresas estatais e regime de serviço público¹⁴¹.

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; e a comercialização, em regime privado, em um mercado concorrencial, sob fortes incidências regulatórias e controles por parte do Estado¹⁴².

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 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*¹⁴³. 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. E, a nosso ver, essa *despublicatio* não se trata de uma usual variação temporal sobre o que deve ser considerado serviço público, mas uma verdadeira revisão na relação entre o público e o privado na ordem

141 STEIN, **Direito Econômico da Energia**.

142 SADDY, **Formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia**.

143 O fenômeno da *despublicatio* será trabalhado detidamente no item 3.2.2.

econômica.

Como decorrência do movimento, no outro lado da moeda pode ser observada 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) à liberdades empresariais e de livre iniciativa.

A intensificação da regulação pode encaminhar também para a *aproximação entre os regimes público e privado*. A regulação intensa sobre a atividade prepara um regime de exploração da atividade 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. 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.

Interessante também apontar o fator de transformação, que é a exploração de atividades em *assimetria de regimes jurídicos*, isto é, uma mesma atividade ser simultaneamente regida tanto pelo direito privado quanto pelo direito público, a depender do operador. Essa inovação do direito positivo contraria as premissas da teoria tradicional ao mostrar que uma atividade econômica pode ter mais de um regime jurídico e que atividades tidas como serviços públicos podem ser simultaneamente exploradas pelo regime privado.

Enfim, parece-nos que as reformas legislativas mencionadas inseriram no direito positivo inovações que não se enquadram na dicotomia da ordem econômica. Mesmo sem uma análise detalhada, é possível perceber que o próprio texto legal evidencia alguns *fatores de transformação* do perfil da ordem econômica, a partir dos quais devemos reexaminar a teoria tradicional e constatar sua incapacidade para compreensão do ordenamento. Descritas essas evidências do direito positivo, partimos para a demonstração das visões críticas à teoria tradicional que surgiram na doutrina.

1.5.3. 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 positivo¹⁴⁴.

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.¹⁴⁵

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. Outra vez mais, 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 estatal¹⁴⁶, 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 Sundfeld¹⁴⁷, o conceito de serviço público é excessivamente vinculado a um modelo econômico baseado no

144 Isso especialmente porque sua inconstitucionalidade em bloco já foi rejeitada pelo STF. STEIN, **Direito Econômico da Energia**, p. 80.

145 SADDY, **Formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia**, p. 144.

146 O serviço público está desde sempre em crise. A primeira crise do serviço público teria ocorrido por na metade do século XX, em razão do expressivo aumento na França dos serviços públicos industriais e comerciais, regidos pelo direito privado, de forma a questionar o critério formal e unidade do conceito. A segunda crise, a que nos referimos, se dá ao final do século XX, em razão da revisão do papel do Estado na economia e da influência comunitária sobre o direito dos serviços públicos franceses. Há autores que ainda repartem a crise em quatro momentos, como faz Régis da Silva Conrado, e há autores que negam-nas por completo, como Bandeira de Mello. CONRADO, **Serviços Públicos à brasileira**; BANDEIRA DE MELLO, **Serviço Público e Concessão de Serviço Público**.

147 SUNDFELD, **Serviços Públicos e Regulação Estatal - Introdução às Agências Reguladoras**.

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”¹⁴⁸.

Para além, o estudo de Floriano de Azevedo e Rafael Garofano sugere que a inserção da concorrência nos serviços públicos¹⁴⁹ 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 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.¹⁵⁰

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.¹⁵¹

148 *Ibid.*, p. 34.

149 Sobre como e porquê da introdução da concorrência nos serviços públicos, não pode se deixar de citar: SCHIRATO, **Livre iniciativa nos serviços públicos**.

150 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, p. 68–69.

151 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Características do Serviço Público, *in*: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (Org.), **Tratado de Direito Administrativo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 198.

Diante de todo esse contexto histórico e político e, ainda, das críticas e 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. É o que intentaremos neste trabalho.

Capítulo 2. O ESTADO DE GARANTIA NA ORDEM ECONÔMICA

O Estado de Garantia é sucessor do Estado Providência e herdeiro da crise do Estado. Diante da sentida incapacidade do Estado de intervir diretamente na ordem econômica na condição de provedor de bens e serviços e, agora, privatizada a *longa manus* dessa intervenção, coube às instituições públicas encontrarem novas fórmulas jurídicas para cumprimento de suas finalidades constitucionais, especialmente sua finalidade social.

Neste capítulo, é proposto que o marco teórico de interpretação e compreensão da ordem econômica brasileira seja formulado em torno da ideia de Estado de Garantia e dos conceitos nela envolvidos. Em superação ao Estado Providência, pretende-se uma nova leitura das instituições políticas e jurídicas a partir das inovações e alterações percebidas no contexto da crise do Estado e da consequente reforma do aparato da intervenção estatal na economia. De posse dessas balizas, será possível posteriormente avaliar os conceitos jurídicos presentes e envoltos na ordem econômica, tais como serviço público, atividade econômica, regulação e outros.

O paradigma do Estado de Garantia é descrito a partir da verificação fática e jurídica do crescente desenvolvimento atividades relevantes aos interesses públicos por entes particulares, em companhia ou em substituição ao Estado. Muito em decorrência das privatizações formais e materiais ocorridas, não se confirma mais o entendimento – vigente no Estado Providência – de monopolização do interesse públicas pelas instituições governamentais. Dessa feita, surge para o Estado o *dever público de garantia*, no sentido de assegurar a satisfação de interesses públicos e direitos fundamentais mesmo nas atividades exploradas por entes privados. No cumprimento desse dever, é possível indicar no direito positivo uma diversificação das responsabilidades constitucional e legalmente atribuídas ao Estado, inclusive com uma nova *responsabilidade de garantia* para além das modalidades antes conhecidas pelo Estado Providência.

Essa é a visão que se adota neste trabalho a respeito das obrigações constitucionais do Estado e sua forma de implementação. Naturalmente, uma tal a discussão é sempre permeada de enlacs políticos e ideológicos, mas, sem pretender a isenção, trataremos de analisar juridicamente os fenômenos que interessam ao nosso tema. Como pontua Schmidt-Assmann, se bem que não haja uma teoria acabada sobre as funções do Estado, certamente elas devem ser

extraídas da constituição vigente¹⁵². Nesse sentido, entendemos que a missão é de apreender ordenadamente esses fenômenos e conceitos recentes e dar-lhes coerência teórica¹⁵³, ao mesmo passo em que se deve sempre verificar a sua conformidade com ordenamento, especialmente com a Constituição.

Nesse contexto será especialmente evidenciado o papel que a regulação tem desempenhado no panorama da intervenção estatal no Estado de Garantia. No cenário de contenção da intervenção estatal direta e de partilha de tarefas com a iniciativa privada, a regulação surge como um instrumento favorável para mediar a implementação do dever público de garantia e a intervenção estatal indireta. A doutrina brasileira e estrangeira já se ocupa há muitos anos de compreender regulação, de sorte que, sem pretendermos inovar, coube-nos aqui apenas oferecer uma releitura dos principais elementos das teorias jurídicas sobre o fenômeno regulatório no que se relacionam com o Estado de Garantia, como forma de se aportar fundamento teórico para dissertarmos a respeito da categorização da ordem econômica.

2.1. Novos contextos políticos: Estado de Garantia

2.1.1. Externalização e desestatização de finalidades públicas

As privatizações levadas a cabo durante a crise do Estado têm como consequência uma realidade jurídica antes desconhecida nos paradigmas liberal e social: a externalização e a desestatização das atividades públicas.

Desde o paradigma liberal, concebia-se a relação entre Estado e sociedade – e entre público e privado – como uma dicotomia rígida e confrontante. O Estado ocuparia o campo público e seria proprietário dos interesses coletivos, enquanto na sociedade teriam lugar os interesses individuais meramente egoísticos, proibidas as intervenções recíprocas entre essas esferas.¹⁵⁴ No paradigma social, como visto no item 1.1, ao Estado foi reconhecido o poder de intervir em esferas privadas e adotar formas jusprivadas, muito embora fosse mantida a

152 SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática**. Barcelona: Marcial Pons, 2003.

153 “Com a ajuda dos conhecidos conceitos e instituições jurídicas da parte geral [do direito administrativo] se interpretam e entendem as normas da parte especial. E inversamente: os conceitos e as categorias da teoria geral deverão se submeter a uma constante revisão como resultado da contínua evolução que os setores especiais do direito administrativo experimentam”. *Ibid.*, p. 7.

154 GONÇALVES, Pedro Costa. Estado de Garantia e Mercado, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, v. VII, p. 97–128, 2010; BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

dicotomia, ainda que já algo esgarçada. Em razão dessa dicotomia, a intervenção estatal no campo econômico e privado estaria justificada sempre que houvesse ali um interesse público a ser atendido, visto que os agentes privados seriam inaptos a satisfazê-lo.¹⁵⁵ Com a crise do Estado e os novos movimentos de privatizações, porém, a relação dicotômica e oposicionista perde sentido.

No contexto de “emagrecimento do Estado Administrativo”,¹⁵⁶ especialmente na seara econômica, passa a haver notável incremento da participação de entidades privadas na execução de tarefas e atividades que dizem respeito ao interesse público e que até então vinham sendo executadas pelo Estado.¹⁵⁷

Com isso, de um lado, o Estado perde o monopólio sobre o interesse público,¹⁵⁸ passando a competir com agentes privados no provimento de serviços essenciais tradicionalmente considerados como tipicamente estatais (não só econômicos, mas também em matérias de segurança e relações internacionais¹⁵⁹). Perde, também, a exclusividade sobre a esfera pública, na medida em que se verá surgir o *público não estatal*, no qual a sociedade provê para si mesma serviços fora do contexto do mercado privado e com finalidades outras que não meramente egoísticas.¹⁶⁰ Ao mesmo tempo, há a percepção de uma capacidade endógena da sociedade civil de prover o interesse público, o que se busca aproveitar mediante as privatizações e colaborações público-privadas.

Como ensina Pedro Gonçalves:

É hoje muito claro que o interesse público não existe apenas nas tarefas públicas, confiadas à Administração Pública. Com efeito, entendendo-se por interesses públicos (num sentido material) os de uma pluralidade de pessoas – de um público –, em relação a bens susceptíveis de satisfazer as necessidades comuns de todas elas, é inquestionável que os actores privados desenvolvem acções marcadas pelo objetivo primordial ou até exclusivo da satisfação de interesses dessa maturação. Tais acções,

155 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica, **Fórum Administrativo - Dir. Público - FA**, v. 9, p. 85–93, 2009.

156 A expressão é de GONÇALVES, Estado de Garantia e Mercado, p. 3.

157 Importa ressaltar que a participação de entidades privadas em atividades de interesse público não é fenômeno que surgiu no contexto de privatizações, como ora descritas. Isso pode ser observado desde o Estado Social de Direito, no início do século XX, em que o reconhecimento de várias classes sociais e a expansão das atividades do Estado ensejaram adoção de instrumentos de atuação administrativa concertada e colaborativa. Nesse sentido: BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação Administrativa Interorgânica**. São Paulo: Almedina, 2017; GONÇALVES, Pedro Costa. **Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas**. Lisboa: Almedina, 2008.

158 SHCUPPERT, Folke. The Ensuring State, *in*: GIDDENS, Anthony (Org.), **The Progressive Manifesto: New Ideas for the Centre-Left**, Hoboken: Blackwell Publishing, 2003, p. 54–72.

159 CASSESE, Sabino. **A crise do Estado**. Campinas: Saberes Editora, 2010; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

160 DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito Administrativo Pós-Moderno**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

embora privadas, têm a nota da “publicidade” e apresentam-se, também elas, como acções de interesse público.¹⁶¹

Assevera o citado autor que esse processo devolverá à sociedade algumas atividades que lhe haviam sido subtraídas pelo Estado Providência em seus excessos socializantes, notadamente mediante a *publicatio* de atividades econômicas. Afirma também que, mais do que isso, as privatizações deram cabo de uma *externalização de finalidades estatais*, certa “substituição do Estado” por entes privados na produção do interesse público, tais como serviços públicos em indústrias de rede, certificação de produtos e segurança de bens e pessoas.¹⁶²

Com isso, pretende-se superar os caracteres dicotômicos, autoritários e excludentes até então existentes na relação Estado e sociedade, em prol de uma relação com base “num ideário de ‘partilha de responsabilidades’ e de ‘cooperação’ ou de ‘coordenação’ para a realização dos interesses coletivos”,¹⁶³ mediante estratégias de ativação de responsabilidades privadas para com o interesse público e de viabilização dessas tarefas pelo Estado, conforme se verá mais à frente.¹⁶⁴

Tal fenômeno, ao que nos parece, não encontra tratamento em paradigmas doutrinários precedentes. A visão do Estado de Garantia poderá dar sua contribuição à dogmática jurídica para a compreensão desse novo fenômeno, avaliando sua adequação ao ordenamento jurídico, bem como preparando os quadros teóricos do direito constitucional e do direito administrativo para que computem essas inovações, mediante o conceito-chave que entendemos ser o *dever público de garantia*.

2.1.2. Dever público de garantia

A externalização e a desestatização de atividades e serviços essenciais não importarão em ameaça de retrocesso de garantias sociais ou no retorno ao Estado liberal-abstencionista. Não é porque o Estado não presta atividade por seus próprios meios que isso significará a sua

161 GONÇALVES, *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, p. 144.

162 *Ibid.*, p. 158–159; GONÇALVES, Pedro Costa. *A Concessão de Serviços Públicos (uma aplicação da técnica concessória)*. Coimbra: Almedina, 1999.

163 GONÇALVES, *Estado de Garantia e Mercado*, p. 4.

164 Nesse mesmo sentido: “A ideia de ‘responsabilidade partilhada’ requer que se desenvolva um critério para determinar como diferentes setores podem dividir recursos e desenhar estruturas organizacionais e procedimentais para a divisão do trabalho de efetivar objetivos públicos”. SCHUPPERT, *The Ensuring State*.

isenção de responsabilidades quanto aos interesses públicos envolvidos, especialmente em se tratando de prestações conexas aos direitos fundamentais.

O Estado se mantém sempre obrigado à realização dos fins sociais previstos nas Constituições vigentes nos vários países, como se tem claro há muito tempo na Constituição brasileira. As transformações acima descritas e as alterações ocorridas no texto constitucional e no direito infraconstitucional mantiveram a socialidade como princípio reitor da atuação estatal, com os respectivos deveres de concretização.¹⁶⁵

Na Constituição de 1988, a tarefa do Estado de eliminar ou reduzir desigualdades sociais e carências materiais está inscrita já no artigo 3º, III, como objetivo fundamental da República. O incansável rol de direitos fundamentais lista também direitos sociais, culturais e econômicos, cuja efetivação recai sobre os poderes públicos como dever jurídico.¹⁶⁶ Na ordem econômica, também não se altera a centralidade axiológica dos direitos sociais, inclusive no que concerne ao dever jurídico de assegurar a fruição de determinados bens e serviços diante de sua importância para a concretização desses direitos fundamentais e pela importância ímpar que certas atividades têm para a sociedade.¹⁶⁷ O próprio artigo 170 inscreve a redução das desigualdades e a busca do pleno emprego como princípios da ordem econômica.

É nesse sentido que nem mesmo a despublicização de uma atividade pode importar no descomprometimento do Estado quanto à realização de direitos fundamentais e de sua finalidade social, muito embora sejam alteradas as características de titularidade e exclusividade estatal sobre o processo econômico. Sobre isso, Eurico Bitencourt Neto explica:

Daí que a transferência de largos campos de tarefas de execução de atividade de interesse público a particulares, como serviços públicos delegados ou mesmo com a transformação material das mesmas em atividades econômicas, não induz, nas balizas constitucionais dos Estados de Direito democráticos e sociais – como é o caso da Constituição brasileira de 1988, como já registrado – à conclusão de uma superação do marco normativo da socialidade. Nesse sentido, a retração do Estado não conduz ao regresso a um modelo liberal, não aponta para um descompromisso estatal com os interesses em jogo que permanecem públicos, não afasta a permanência de uma responsabilidade pública, senão de execução, agora de garantia de execução.¹⁶⁸

Entretanto as revisões no instrumental jurídico-administrativo empregado na consecução dessas finalidades estatais diante da insustentabilidade das soluções prestacionais

165 BITENCOURT NETO, **Concertação Administrativa Interorgânica**.

166 BITENCOURT NETO, Estado social e administração pública de garantia.

167 LOUREIRO, João Carlos. Adeus ao Estado Social? O insustentável peso do não-ter, **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, v. 83, p. 1–84, 2007.

168 BITENCOURT NETO, Estado social e administração pública de garantia, p. 296.

do Estado Providência alteraram vigorosamente a realidade constitucional. E essa mudança de realidade não é inconstitucional nem significa o descumprimento das finalidades do Estado.

Conforme exposto por Schmidt-Assmann, *o fim social do Estado* encontra-se na ideia de que o direito positivo tem de proteger certas prestações sociais, sem que disso decorra a existência de direito subjetivo a uma prestação específica ou à aplicação de um determinado instrumento. A finalidade social é norma programática que depende de desenvolvimento e intermediação do direito infraconstitucional.¹⁶⁹ Estado Social não é, necessariamente, um Estado Providência. Posta a relação entre fins e meios, entendemos que o Estado de Garantia volta-se para compreender e buscar os novos instrumentos de concretização do fim social do Estado, mas nunca o isentando dessa finalidade constitucional.¹⁷⁰

É nesse sentido que o dever público de garantia aparece como solução média e realista para satisfação dos fins sociais do Estado em face de um novo contexto constitucional, regulatório e econômico no pós-crise do Estado.¹⁷¹ *Dever público de garantia* quer dizer, genericamente, o dever constitucionalmente imposto ao Estado de garantir e assegurar a obtenção de determinados resultados (especialmente relacionados a direitos fundamentais) na realização de atividades, sejam elas executadas por si mesmo ou por agentes privados.¹⁷² Nesse contexto, trata-se, em especial, de um “dever público de gestão das consequências da privatização” ou uma específica ‘responsabilidade pública consequente da privatização’,¹⁷³⁻¹⁷⁴ como aponta Pedro Gonçalves:

[...] o “dever estadual de garantia” – que alguns reconduzem ao dever público de protecção de direitos fundamentais –, sem excluir a possibilidade de deslocação de

169 SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática*; De forma semelhante, João Carlos Loureiro compreende o Estado Social como um processo, com diferentes formas de expressão e modelos. LOUREIRO, *Adeus ao Estado Social? O insustentável peso do não-ter*.

170 SHCUPPERT, *The Ensuring State*.

171 APOLINÁRIO, Marisa. **Estado Regulador: o novo papel do Estado**. Universidade Nova de Lisboa, 2013.

172 Nesse sentido, embora com pequenas variações entre todos: SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo: necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos*, in: BARNES, Javier (Org.), **Innovación y reforma en el Derecho Administrativo**, Sevilla: Global Law Press, 2006, p. 21–132; SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática*; GONÇALVES, Pedro Costa. **Regulação, Electricidade e Telecomunicações**. Coimbra: Coimbra Editores, 2008; GONÇALVES, *Estado de Garantia e Mercado*; GONÇALVES, **Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas**; MOREIRA, Egon Bockmann. *Notas sobre o Estado Administrativo: de omissivo a hiperativo*, **Revista de Estudos Institucionais**, v. 3, n. 2011, p. 153–179, 2017.

173 GONÇALVES, **Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas**, p. 158.

174 No mesmo sentido: “Assim, por exemplo, como consequência dos fenômenos privatizadores surge para a Administração uma responsabilidade de acompanhamento das transformações das estruturas do mercado e de cobertura das carências transitórias no provimento de bens e serviços”. SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, p. 188.

tarefas públicas para o sector privado e o incentivo e a activação da autorregulação privada, reclama, contudo, o envolvimento do Estado na fase pós-privatização, exigindo dele uma intervenção tanto mais empenhada quanto maior é o risco que o processo de privatização representa para a realização dos direitos fundamentais ou de outras finalidades e objectivos do Estado.¹⁷⁵

Em matéria econômica, o principal aspecto ou fisionomia do dever público de garantia será: (i) garantia do fornecimento de serviços essenciais; (ii) garantia e proteção dos direitos dos usuários desses serviços; (iii) garantia, proteção e promoção da concorrência e (iv) garantia de outros bens jurídicos (saúde, emprego, meio ambiente, etc.).¹⁷⁶

Na efetivação dessas finalidades e em atendimento ao seu dever de garantia, o Estado poderá lançar mão de uma variedade de formas e instrumentos jurídicos dispostos no ordenamento, que vão desde a normatização genérica da atividade, até mesmo a sua execução por meios administrativos, como se fazia (sempre) no Estado Providência. Tem-se, portanto, um compromisso com o resultado, com o atingimento de finalidades, e não com os meios que serão utilizados para tanto.

Não mais podendo ser provedor universal de bens e serviços, o Estado passa a assumir a posição de *garante* e de *supervisor* da atividade econômica. Caber-lhe-á, assim, “criar o marco jurídico, as instituições e os procedimentos apropriados para os casos em que a Administração se limita a promover ou garantir a autorregulação para o cumprimento de determinadas tarefas”¹⁷⁷ em estrita conformidade com os interesses públicos. Nesse sentido, explicita Jacques Chevallier:

A complexidade crescente dos circuitos econômicos, as mutações tecnológicas, a sofisticação dos produtos financeiros, a globalização das trocas, mas também a pressão crescente dos poderes econômicos cujo poderio se reforça em virtude da globalização, impõe a intervenção do Estado a fim de fixar determinadas regras do jogo, fazer prevalecer determinadas disciplinas, proteger certos interesses; o Estado permanece presente na economia, mas de maneira mais distanciada, como “supervisor”, cuja presença é indispensável para assegurar a manutenção dos grandes equilíbrios e criar as condições propícias a seu desenvolvimento.¹⁷⁸

Assim, ao revés do que se poderia imaginar, a “retirada” do Estado da execução direta da atividade não redundou em arrefecimento da intervenção estatal na economia, que passa, então, a se expandir via intervenção indireta. A liberalização das atividades terá como

175 GONÇALVES, **Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas**, p. 160.

176 GONÇALVES, Estado de Garantia e Mercado.

177 SCHMIDT-ASSMANN, Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo: necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos, p. 105.

178 CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 69.

consequência a expansão da regulação sobre o mercado: “*Freer markets, more rules*”.¹⁷⁹ Assim, conforme se verá a seguir, trata-se muito mais de mutação e diversificação das responsabilidades estatais do que da sua definitiva redução.

2.1.3. Teoria das responsabilidades públicas

Responsabilidade pública é sinônimo de competência, incumbência imposta à Administração Pública pelo ordenamento jurídico, explícita ou implicitamente.¹⁸⁰ O conceito tem significado essencialmente heurístico e servirá de apoio teórico para compreensão do ordenamento, de onde, necessariamente, devem ser extraídos os regimes jurídicos e consequências dogmáticas.¹⁸¹ Trata-se, portanto, de uma forma de vislumbrar e categorizar o ordenamento a respeito do que ele impõe à Administração Pública.

Mediante esse conceito, será possível colocar em relação as disposições constitucionais com o direito infraconstitucional – notadamente as partes especiais do direito administrativo, as regulações setoriais e as novas técnicas jurídicas –, de forma a descrever o catálogo de funções atribuídas à Administração Pública. Esperamos demonstrar que, dessa conjugação, há uma diversidade de graus e instrumentos de atuação e intervenção estatal sobre o domínio econômico e social.

Na visão de Pedro Gonçalves, uma teoria das responsabilidades públicas deve indicar quais espaços e tarefas que o Estado *deve* se ocupar segundo o direito positivo, além daquelas de que ele *pode* se ocupar.¹⁸²

A princípio, poder-se-ia dizer que qualquer responsabilidade poderia ser pública, desde que atribuída pela legislação ao Estado ou às suas entidades. Contudo tal critério orgânico tornaria a esfera estatal indefinidamente ampla, em ameaça às esferas privadas constitucionalmente protegidas. Assim, devem ser respeitados limites à assunção de responsabilidades públicas, tanto de ordem formal (especialmente pela legalidade¹⁸³) quanto de ordem material (efetiva existência de interesse público justificador da intervenção e

179 A expressão é de Stephahn K. Vogel, trazida em: MOREIRA, Notas sobre o Estado Administrativo: de omissivo a hiperativo, p. 168.

180 GONÇALVES, **Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas**, p. 163.

181 SCHMIDT-ASSMANN, **La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática**.

182 GONÇALVES, **Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas**.

183 Sobre como as normas atribuidoras de competência à Administração Pública são cada vez mais elásticas e débeis, Cf. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 862.

proporcionalidade dessa intervenção¹⁸⁴). A previsão da competência pública, assim, deve estar sempre em conformidade com todo o restante do ordenamento.

Por outro lado, também existem limites mínimos na intervenção estatal, no que se refere à *proibição de déficit de estatalidade*. São as responsabilidades públicas obrigatórias, sejam elas ligadas à própria razão de ser do Estado (exercício da soberania e uso da força) ou estabelecidas por determinação constitucional (os serviços públicos, para Bandeira de Mello). Em que pese serem obrigatoriamente públicas, essas responsabilidades não seriam sempre de monopólio estatal, admitida a cooperação e a concorrência privada, dentro de uma lógica de partilha de responsabilidades típica do Estado de Garantia.

Mesmo que se considere que determinadas tarefas são públicas – necessárias ou não –, podem ser avaliadas estratégias de privatização (em sentido amplo), respeitadas as balizas daquele ordenamento específico. Assim, alterações constitucionais ou legislativas podem transmutar uma responsabilidade pública em responsabilidade privada, bem como podem conduzir à ativação de responsabilidades privadas concomitantemente às públicas e ensejar a partilha de competências. Não há, portanto, responsabilidades públicas *a priori* ou por natureza, ressalvada a possibilidade de a constituição estabilizar certas atribuições.¹⁸⁵

Analisado o direito positivo a respeito do que compete, pode ou deve competir à Administração Pública, também devem ser perfiladas as diversas formas pelas quais a Administração pode vir a cumprir essas tarefas. A partir dessa verificação, descrevem-se as responsabilidades *de enquadramento, de execução e de garantia*.

A *responsabilidade de enquadramento* visa oferecer as condições de contexto¹⁸⁶ para a execução de uma determinada atividade por agentes privados, isto é, o estabelecimento de uma infraestrutura jurídico-regulatória mínima para o desenvolvimento da atividade.

Sob essa responsabilidade, o Estado consagra direitos e liberdades civis, assegura o cumprimento de contratos e estabelece normas de direito privado e de direito público sancionatório (especialmente, poder de polícia), que permitem o estabelecimento e o

184 GONÇALVES, **Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas**; Também, sobre a imposição de limites à intervenção econômica estatal, a partir da subsidiariedade: CUNHA, Carlos Eduardo Bergamini. **A subsidiariedade como vetor objetivo de restrição à intervenção regulatória do estado na economia: definição e instrumentalização**. Universidade de São Paulo, 2013.

185 A respeito dessa estabilização, veja-se o exemplo da responsabilidade pela proteção de direitos fundamentais, inscrita no art. 60, §4º, IV da Constituição de 1988. Contudo, em seara econômica, entendemos que não ocorre tal estabilização de determinadas atividades como “necessariamente públicas”, as quais podem ser privatizadas, mesmo que exijam reforma constitucional.

186 GONÇALVES, **Regulação, Electricidade e Telecomunicações**, p. 9.

desenvolvimento da atividade.¹⁸⁷ Assim, o Estado dá primazia aos interesses privados e sua catalaxia própria, buscando apenas, de forma mediata, que as relações e composições de interesses entre agentes privados se deem de forma compatível com o interesse público. Há, então, uma postura mais distante e isenta do Estado, sendo este o grau mínimo de intervenção econômica estatal.

Contrastando com essa responsabilidade, tem-se a *responsabilidade de execução*, o grau máximo da intervenção estatal na economia. Nesse caso, o direito positivo impõe à Administração a cura direta e imediata do interesse público, mediante a operação da própria tarefa e dos recursos financeiros, técnicos e organizacionais exigidos. Essa execução deve se dar segundo as modalidades de cumprimento dispostas em lei, mas não se refere a uma modalidade específica, podendo-se lançar mão de instrumentos diversos.¹⁸⁸ Aqui estaria incluída a utilização do serviço público e dos monopólios como forma de implementação de atividades em que se requer a execução do Estado, além da exploração direta de atividade econômica em sentido estrito.

Vale repetir que essa responsabilidade de execução não importa, por si só, na exclusão de agentes privados, sendo perceptíveis várias formas de colaboração público-privada e de partilha de responsabilidades, ambos os campos dotados de responsabilidades executórias.

Historicamente, concebeu-se serem estas as duas principais formas de responsabilidades públicas em domínio econômico, como reflexo da dicotomia público/privado. De um lado, a responsabilidade de enquadramento para a esfera privada; de outro, a responsabilidade de execução sobre matérias da esfera pública, tendo esta se acentuado em meio ao Estado Providência.¹⁸⁹

Contudo esse quadro teórico não é mais suficiente para compreender as missões atualmente exercidas pela Administração Pública. Os processos de privatização e a insurgência do dever público de garantia demandaram do Estado novas formas de agir perante o domínio econômico que não coincidiram com sua passividade diante de interesses públicos, o que conduziu a uma terceira categoria de responsabilidade pública.

Como o nome já sugere, a *responsabilidade pública de garantia* se configura quando, por determinação legal, corresponde à Administração Pública assegurar que a exploração de

187 SCHMIDT-ASSMANN, **La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática.**

188 *Ibid.*; GONÇALVES, **Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas.**

189 GONÇALVES, Estado de Garantia e Mercado.

atividade de interesse público pelo setor privado seja satisfeita em condições adequadas.¹⁹⁰ A responsabilidade pública se dá sobre a obtenção de certos resultados advindos do processo econômico, de forma a garantir o atendimento a determinadas necessidades sociais e juridicamente relevantes.

Trata-se de grau intermediário de responsabilidade pública, em maior compromisso que a responsabilidade de enquadramento, mas sem que isso corresponda à participação operacional do Estado na produção dos resultados almejados. Há “responsabilidade privada de execução”, ou seja, a atividade econômica e a obtenção de resultados se dão diretamente por agentes privados, em ambiente de direito privado, ainda que sob a diretriz e fiscalização pública. Assim, a responsabilidade privada relaciona-se com a responsabilidade pública, como afirma Pedro Gonçalves:

A nova responsabilidade pública de garantia não se esgota, portanto, na definição dos quadros jurídicos genéricos e de base com fundamento nos quais uma ‘Sociedade civil pautada pelo direito privado’ se há de livremente desenvolver. Em vez disso, o Estado pretende protagonizar um envolvimento mais ambicioso no espaço social, assumindo, além do mais, um dever institucional de assegurar ou de garantir a obtenção de determinados resultados e a realização de certas finalidades de interesse público. O interesse público mantém-se, pois, como critério orientador da *state action*, mesmo quando, em concreto, a produção das utilidades que satisfazem esse interesse se encontra em mãos de particulares.¹⁹¹

Fundamentalmente, para as atividades privatizadas, a responsabilidade de garantia envolverá duas vertentes. Uma primeira, referente à qualidade da prestação em si, como garantia de sua fruição pelo usuário em conformidade com o atendimento dos interesses e necessidades públicas presentes, com o que fica clara a persistência do fim social do Estado como vetor do Estado de Garantia.¹⁹² Outra vertente trata da garantia da estruturação apropriada do mercado econômico relativo àquela atividade, visando preencher as falhas de mercado e proteger condutas que possam, eventualmente, ser prejudiciais à prestação dos serviços.

É nesse sentido que aparece, com centralidade, a tarefa pública de regulação das atividades econômicas como instrumento da implementação da responsabilidade de garantia. Mediante a regulação administrativa, o Estado poderá definir regras, *standards*, condições e

190 Fundamentalmente em sentido semelhante: SCHMIDT-ASSMANN, Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo: necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos; GONÇALVES, **Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas**; SHCUPPERT, The Ensuring State.

191 GONÇALVES, Estado de Garantia e Mercado, p. 5–6.

192 GONÇALVES, **Regulação, Electricidade e Telecomunicações**.

metas para a atuação privada, de forma a guiá-la para o atingimento de resultados e finalidades de interesse público.

A responsabilidade pública de garantia não conduz a um tipo de atuação administrativa, mas pode articular múltiplas e combinatórias fórmulas de atuação, estando o catálogo de instrumentos em permanente construção e sempre sujeito a inovações. Atualmente, podem ser indicadas atividades administrativas de vigilância, supervisão, fomento, financiamento, assessoramento e auxílio na organização de entes privados.¹⁹³ Conforme for a realidade jurídica e econômica do resultado almejado, poderão ser combinadas estas e muitas outras estratégias.

A responsabilidade de garantia também concerne a casos de ativação de responsabilidades de agentes privados perante o mercado e a sociedade. Nesses casos, surgem deveres aos agentes para que cumpram diretamente determinados requisitos de interesse público, como medidas de transparência, *compliance*, controle de qualidade, proteção à saúde e ao meio ambiente. De se mencionar também a possibilidade da autorregulação privada, induzida ou imposta pelo Estado, em que há recurso à capacidade privada de organizar-se, mantida a responsabilidade pública de dirigir os rumos da atividade.¹⁹⁴

Pelo que se nota, a responsabilidade de garantia tem como pressuposto a partilha de responsabilidades entre o setor público e o setor privado e busca a sincronização adequada entre os papéis do Estado e da sociedade no provimento de bens e serviços essenciais, cada polo participando com sua racionalidade própria.¹⁹⁵ Assim, a intervenção estatal não é pensada de forma excludente, mas tida como concomitante e complementar à atuação privada.

Uma última nota reafirma o que se disse sobre a responsabilidade pública quanto à obtenção de resultados de interesse público. Ainda que na posição de “vigilante” e “supervisora” da atividade econômica, a Administração poderá vir a assumir uma feição mais ativa e operacional diante de falha do mercado na prestação de serviços. Trata-se de responsabilidade subsidiária ou latente, em que o Estado retoma a tarefa privada para executá-la, atuando em substituição ou em socorro à iniciativa privada faltosa. Essa competência teve lugar especialmente após a crise de 2008 em que os mercados necessitaram de socorro pelas entidades públicas.

193 SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, p. 188.

194 GONÇALVES, *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*; MOREIRA, Notas sobre o Estado Administrativo: de omissivo a hiperativo.

195 GONÇALVES, Estado de Garantia e Mercado.

A responsabilidade de garantia, portanto, não assume uma forma ou modalidade definida, sendo possível a utilização de série de instrumentos que conduzam a que a Administração assegure a obtenção de resultados de interesse público (notadamente, bens e serviços essenciais), de forma coordenada e complementar à iniciativa privada. Essa responsabilidade soma-se a outras atribuições e formas de atuação da Administração Pública em busca do cumprimento de suas finalidades constitucionais, especialmente quanto a sua finalidade social.

2.2. Regulação da atividade econômica

2.2.1. Caracterização da técnica regulatória

Até muito recentemente, no Estado Providência, a intervenção do Estado no domínio econômico fazia-se mormente de forma direta, baseada na relação entre o operador estatal e os órgãos centrais da Administração ou fazia-se via intervenção indireta, mediante a força imperativa do poder de polícia.¹⁹⁶ Com a crise do Estado, esse contexto é alterado pelas privatizações, com a conseqüente necessidade de se conceberem novas e condizentes formas de intervenção, não bastando a intervenção restritiva e pontual do poder de polícia,¹⁹⁷ mas sendo necessário que o Estado passe a atuar com um verdadeiro “sistema de orientação, de acompanhamento e de controle de processos econômicos e sociais”.¹⁹⁸

Faz-se referência, assim, a “função diretiva” ou “capacidade diretiva” da Administração Pública¹⁹⁹, na qual esta assume o papel de orientar e insinuar a direção em que devem progredir as relações econômicas e sociais mediante o emprego de instrumentos legais, sem que, para tanto, o Estado atue como parte nessas relações, especialmente como produtor dos resultados que deseja alcançar.²⁰⁰ Também nesse sentido, nos dizeres de Eurico Bitencourt, está o caráter infraestrutural da Administração Pública, que assegura meios para a prestação de serviços essenciais e que atua prospectiva e transversalmente para conformar toda a ordem

196 BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

197 GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **Da regulação como função administrativa**. Universidade de São Paulo, 2007; SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica (Princípios e Fundamentos Jurídicos)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

198 GONÇALVES, Estado de Garantia e Mercado, p. 20.

199 CORREIA, José Manuel Sérvulo. Os grandes traços do direito administrativo no século XXI, **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, n. 63, p. 45–66, 2016.

200 SCHMIDT-ASSMANN, Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo: necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos; SCHMIDT-ASSMANN, **La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática**.

econômica e social.²⁰¹ A Administração troca o operacional pelo estratégico, assim como quem troca o remar pelo navegar.²⁰²

Substituindo – ainda que não integralmente – a intervenção econômica direta, a regulação buscará agir sobre o mercado indiretamente, arquitetando as condicionantes normativas do funcionamento das atividades econômicas de forma consoante com o equilíbrio interno do sistema de mercado em que se insere a atividade e de forma adequada à perseguição dos interesses públicos que lhe forem subjacentes.

Diante da variabilidade dos conceitos de regulação no direito brasileiro e estrangeiro, adotamos definição algo mais restrita, limitada à ideia da intervenção indireta pela qual se visa conformar o exercício de atividade econômica,²⁰³ conforme os termos estabelecidos por Alexandre de Aragão:

A regulação da economia é o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas e concretas, pelas quais o Estado regula de maneira restritiva de liberdade privada, ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis.²⁰⁴

Em nossa visão, há um ciclo da regulação estatal incidente sobre determinado setor ou atividade econômica que tem início na função legislativa, no texto constitucional (originário ou reformado) e que se direciona para os estamentos mais baixos do ordenamento, indo para a lei formal, para os regulamentos normativos e outros atos administrativos. A cada grau, estar-se-á limitado às escolhas superiores precedentes, mas ainda com margem de apreciação para definição de regimes e instrumentos em cumprimento aos princípios e objetivos primários (constitucionais).

201 BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI, **Jornal de Investigações Constitucionais**, v. 4, n. 1, p. 207–225, 2017.

202 OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. **Reinventando o governo**. Brasília: MH Comunicação, 1995.

203 Para além da circunscrição do conceito ora exposto, parte da doutrina ainda entende por regulação a intervenção direta do Estado no domínio econômico. Inegavelmente, a atuação do Estado como empresário pode ter efeitos regulatórios. Contudo, ao que nos parece, os instrumentos de atuação direta não têm por finalidades precípuas regular o mercado (no sentido aqui descrito), mas de permitir ao Estado a exploração de atividade. Ademais, adotar-se conceito amplo de regulação – para abarcar toda atividade do Estado que tem efeitos regulatórios – pode tornar o conceito inoperável e sem corresponder a uma unidade jurídica coerente. GUIMARÃES, **Da regulação como função administrativa**; SALOMÃO FILHO, **Regulação da Atividade Econômica (Princípios e Fundamentos Jurídicos)**.

204 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Forense, 2013, p. 37.

Pela legislação serão emitidas proposições normativas genéricas e abstratas. Será o primeiro passo de concretude e especificação dos princípios constitucionais, razão pela qual o legislador deterá grande margem de apreciação para dar conteúdos e formas ao constitucionalmente disposto, especialmente para ponderar o atendimento e a restrição de princípios diversos. Dentro da moldura constitucional, serão traçadas as grandes linhas do marco regulatório do setor e da atividade econômica.

A lei também poderá avançar mais detidamente sobre alguns temas e já terá o condão de condicionar o mercado por si própria, bem como poderá dispor de normas organizatórias sobre entes reguladores e suas competências, habilitando o ulterior exercício de outras funções regulatórias.²⁰⁵

Mais adiante, a partir do estabelecimento legal dessas competências, passa-se à função administrativa regulatória, onde está de fato o núcleo da regulação contemporânea. Aponta-se a administrativização da atividade regulatória como a expansão e intensificação das competências de entes administrativos diante da incapacidade de a legislação prever e detalhar a regulação de forma suficientemente eficaz, sendo, assim, preferível outorgar amplas competências discricionárias ao ente regulador (normas legais em branco).²⁰⁶

A função administrativa regulatória será exercida em três atividades principais: normativa, executiva e judicante. Quanto à primeira, tem-se a produção de normas jurídicas vinculantes de caráter geral e abstrato a respeito do setor regulado. Não se confunde, entretanto, com a atividade legiferante exercida pelo Poder Legislativo, mas é dela decorrente, na medida em que essa atividade administrativa normativa será exercida a partir da outorga de competência legal e nos seus limites.²⁰⁷

Dessa forma, a regulação administrativa também aplica e dá conteúdo aos preceitos constitucionais e legais, novamente agindo com boa margem de liberdade decisória para preencher as ditas normas em branco. Em especial, a atividade normativa será responsável por

205 SADDY, André. **Formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

206 GONÇALVES, **Regulação, Electricidade e Telecomunicações**; ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regulação da Economia: conceito e características contemporâneas, *in*: **Direito Administrativo Econômico**, São Paulo: Atlas, 2011, p. 1032–1067; GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade e reflexividade**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008; OTERO, **Legalidade e Administração Pública**, p. 893 et seq.

207 Muito já se debateu no direito brasileiro sobre a natureza jurídica dos atos normativos regulatórios, se seriam regulamentos, delegação legislativa, deslegalização, discricionariedade técnica, ou mesmo inconstitucionalidades. De nossa parte, estamos mais com Sérgio Guerra para afirmar ser caso complexo de deslegalização, embora não se vise aprofundar no tema neste trabalho. Sobre a discussão, veja-se, exemplificativamente: 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; SADDY, **Formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia**; GUERRA, **Discricionariedade e reflexividade**.

dar tradução técnica e eficaz às diretrizes jurídico-políticas definidas em normas superiores, atuando de forma concreta para realizar tais objetivos.

As normas expedidas nessa atividade poderão ter variados conteúdos e previsões, sendo úteis à multiplicidade de instrumentos adotados pela regulação (cf. item 2.2). Notadamente, essa atividade normativa dará ensejo a normas proibitivas, permissivas e/ou impositivas (dentro de uma lógica de comando-controle, fundada na sanção e coerção) ou a normas indutivas e incitativas (na lógica do *soft law* e da adoção voluntária de comportamentos).²⁰⁸

O segundo momento da função administrativa regulatória é a atividade executiva, fundada diretamente na lei formal que outorga competências ao ente regulador ou no regulamento expedido pelo próprio ente. Visa-se atos concretos, individuais e/ou materiais. Bons exemplos de atividades executivas são a edição de atos de consentimento de ingresso no mercado (autorizações), a realização de fiscalizações a respeito das atividades reguladas, acompanhamento de dados do setor e a realização de licitações para outorga de contratos de concessão.

Essas atividades, além de darem cumprimento e efetividade às previsões normativas, por si próprias têm o efeito de condicionarem e regularem o mercado. As licitações, por exemplo, fixarão a regulação contratual dos serviços, suas condições de exploração e os regramentos sobre o relacionamento daquele agente com os demais operadores e usuários, permitindo-se, inclusive, mimetizar os efeitos da concorrência em setores monopolistas.

Por fim, a atividade judicante visa a aplicação de sanções aos agentes regulados em resposta ao cometimento de infrações, mediante devido procedimento administrativo, sendo possível a formalização de acordo substantivo para o ajustamento da conduta do infrator, conforme for mais interessante à política regulatória. Ainda, o ente regulador poderá atuar dirimindo conflitos ocorridos entre os agentes regulados. Em todo caso, suas decisões não são jurisdicionais e estão sujeitas à revisão judicial.

Embora a regulação não seja fenômeno novo, ela tem novos contornos para se adequar ao contexto pós-privatizações.²⁰⁹ A técnica e a lógica da regulação deverão lidar não só com a expansão da esfera econômica privada, bem como com a externalização de fins públicos e com os deveres públicos daí decorrentes. E isso tudo sem que se recorra exclusivamente aos mesmos instrumentos unilaterais e impositivos até então empregados e não mais eficazes.

208 A tipologia das normas é de: SADDY, **Formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia**.
209 WADE, H. W. R.; FORSYTH, C. F. **Administrative Law**. 11. ed. Oxford: Oxford University Press, 2014.

Em razão desse novo contexto, devem ser sublinhadas algumas das características essenciais da regulação contemporânea que a diferenciam de outras formas de regramento das atividades econômicas e que, a nosso ver, causam impacto na sistemática da ordem econômica, nosso objeto mais próximo.²¹⁰

A primeira característica da regulação a ser destacada é que ela assume a premissa do *contextualismo*, isto é, de que o direito não é o único meio determinante da conduta dos agentes regulados, e, por isso, faz-se necessário avaliar quais são as forças e os fatores determinantes de processos sociais e econômicos, a fim de que as previsões legais se harmonizem com o contexto real e possam ter efetividade.²¹¹ Nesse sentido, as proposições normativas devem ser confrontadas com a real diferença que fazem na prática, dispensadas as abstrações apriorísticas que engessam as possibilidades e a efetividade da regulação. Será, inclusive, a partir do conhecimento do contexto em que se insere a atividade regulatória que a Administração terá condição de efetivar sua capacidade diretiva, que seria inócua se pretendesse atuar meramente mediante modelos abstratos e ideais.²¹²

Para a regulação, o contexto econômico terá especial relevância, notadamente em um momento em que prevalece a atuação econômica privada. Isso porque é necessário reconhecer que, embora a atividade empresarial esteja sempre sujeita à legalidade, em muitos casos a conformidade com a legislação é mais um elemento a ser considerado na escolha de conduta, sendo seu cumprimento ou descumprimento levado a uma lógica de custos, benefícios e riscos.²¹³ A regulação, assim, deve conhecer e se utilizar dos incentivos e desincentivos econômicos adequados para garantir a sua efetividade e aplicação.

210 Para descrições mais completas sobre as características de regulação contemporânea e em diferentes aproximações, sugere-se: ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regulação da Economia: conceito e características contemporâneas, *in*: **Direito Administrativo Econômico**, São Paulo: Atlas, 2011, p. 1032–1067; FROÉS, Fernando. Infraestrutura e Serviços Públicos: Princípios da regulação geral e econômica, *in*: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista (Orgs.), **Direito Administrativo Econômico**, São Paulo: Atlas, 2011, p. 579–665; BINENBOJM, **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**.

211 A esse respeito, em sentidos aproximados: BINENBOJM, **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**; SCHMIDT-ASSMANN, Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo: necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos; SCHMIDT-ASSMANN, **La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática**; ARAGÃO, Regulação da Economia: conceito e características contemporâneas.

212 Aproximando a ideia de função diretiva e a ideia de contextualismo ora defendida: CORREIA, Os grandes traços do direito administrativo no século XXI.

213 ARAGÃO, Regulação da Economia: conceito e características contemporâneas; SCHMIDT-ASSMANN, Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo: necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos.

Nessa simbiose, simultaneamente, o direito poderá exercer papel fundamental na viabilização e no condicionamento do mercado econômico, inclusive atuando na criação de novas relações econômicas, a fim de conduzi-las à produção de efeitos sociais desejados e protegidos pelo ordenamento (*market-building*).

Ampliando essa visão, afirma Jacques Chevallier que se consolida um “Estado Estrategista” que, observando que não tem mais capacidade de modelar o contexto econômico, passa a construir estratégias de atuação a partir dessas forças econômicas para obter os melhores resultados em sua ação.²¹⁴

Muito em decorrência do que se expôs, observa-se também que a regulação tem por característica a *tecnicidade* de suas normas. A crescente complexificação das relações econômicas e inovações tecnológicas impôs que as prescrições regulatórias fossem cada vez mais precisas e detalhadas, visando aderir ao objeto regulado em suas especificidades, ao invés de regrear mediante suportes fáticos generalistas. Para tanto, vale-se do conhecimento de outras ciências, para dali poder-se extrair os elementos relevantes à regulação. Disso ainda decorreria a administrativização da atividade regulatória, tendo em vista a incapacidade da lei (e do Poder Legislativo) de exaurir tamanha complexidade.²¹⁵

Essa tecnicidade da regulação tem ainda reflexos institucionais, na medida em que se observa a *setorização da atividade regulatória*, inclusive com entes reguladores distintos para cada setor econômico. Essa repartição de competências se impõe diante da necessidade de especialização do regulador quanto ao objeto regulado e de se considerar toda a cadeia produtiva na elaboração da regulação, inclusive quanto aos efeitos das medidas adotadas, em busca de se atenderem as necessidades específicas ali presentes.²¹⁶

Dá-se lugar, assim, à regulação setorial que visa condicionar a exploração de um grupo de atividades econômicas, a partir da identificação pelo Estado de quais trechos da economia merecem receber regulação distintiva.²¹⁷ Note-se que um mesmo setor da economia ainda poderá ser subdividido em várias atividades, em uma estratégia de desverticalização da cadeira

214 CHEVALLIER, **O Estado pós-moderno**.

215 GUERRA, Sérgio. Tecnicidade e regulação estatal no setor de infraestrutura, **Fórum Administrativo - FA**, v. 198, p. 61–71, 2017.

216 GONÇALVES, Estado de Garantia e Mercado; Em uma análise desse fenômeno na organicidade da Administração Pública: GUERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

217 Isso se dá, ainda, sem prejuízo da regulação transversal (regulação da concorrência), que abrange todos os setores econômicos e visa intervir apenas pontualmente para corrigir ou impedir distorções e abusos de poder econômico.

produtiva (*unbundling*), o que permite melhor calibragem da regulação incidente em cada atividade e favorece a concorrência.²¹⁸

Tanto o caráter técnico quanto a setorização da regulação indicam que os regimes jurídicos das atividades econômicas não serão padronizados, cada qual devendo se adaptar às condições técnicas da atividade e do setor regulado. Contudo, em que pese a multiplicidade de opções, entendemos que haverá convergências de finalidades para a regulação.

2.2.2. As finalidades da regulação

Nesse novo contexto de caracterização da regulação estatal, há quem argumente que a regulação é (e deve se bastar como) mera garantidora do equilíbrio interno do setor econômico regulado. Nesse viés, a regulação visaria assegurar o correto funcionamento do mercado – permitindo aos agentes que atuassem de forma ótima – e atuaria para suprir eventuais falhas de mercado, dispensada a perseguição de outros interesses, já que isso poderia gerar ineficiências no mercado. Trata-se, assim, de uma visão “neutra” e “desinteressada” da regulação,²¹⁹ normalmente defendida pela Escola Econômica da Regulação.²²⁰

Em que pese o fato de a regulação contemporânea ter de considerar aspectos econômicos em sua intervenção, como dito, entendemos que uma concepção que isente a regulação da busca pelo interesse público não é condizente com a Constituição e com as responsabilidades impostas à Administração Pública. Deve-se lembrar o afirmado no item 2.1.2 de que, mesmo em um contexto de recuo do Estado quanto à execução direta de atividades econômicas, remanesce inteira a sua finalidade social, alterando-se o meio de seu atingimento.

A regulação é, dessa forma, uma das técnicas pelas quais se buscará efetivar o fim social do Estado.²²¹ Além do equilíbrio interno do sistema regulado, deve ser incluída como finalidade da regulação a busca pela satisfação de interesses públicos contidos na ordem constitucional, quer eles sejam naturalmente atendidos pelo mercado, quer dependam de

218 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação e Poder de Polícia no Setor de Gás, **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, v. 6, 2004.

219 GONÇALVES, **Regulação, Electricidade e Telecomunicações**.

220 “Sob a denominação genérica de Escola Econômica da regulação escondem-se várias tendências, com dois pontos fundamentais em comum: a negação de qualquer fundamento de interesse público na regulação e a afirmação do objetivo de substituição ou correção do mercado através da regulação.” SALOMÃO FILHO, **Regulação da Atividade Econômica (Princípios e Fundamentos Jurídicos)**, p. 27.

221 Nesse sentido: GONÇALVES, **Regulação, Electricidade e Telecomunicações**.

intervenções mais incisivas do regulador.²²² Assim, está-se mais próximo, em grandes linhas, das teorias de interesse público da regulação.²²³

Naturalmente, os interesses públicos são abstratos e genéricos, de forma que se atribui ao regulador o dever de especificá-los e concretiza-los segundo as condições e especificidades da situação regulada²²⁴ e conforme a concretização progressiva do ciclo regulatório descrito no item 2.2.

Ainda, esses valores e objetivos consagrados são múltiplos, por vezes concorrentes e contraditórios, especialmente em uma Constituição analítica como a brasileira. Isso traz ao regulador a tarefa de ponderar e mediar a sua efetivação, inclusive em face de interesses privados,²²⁵ sem gerar desequilíbrios no sistema regulado e atribuindo os ônus decorrentes de forma viável e eficiente, a fim de se concretizar o máximo possível dos objetivos constitucionais.²²⁶

A nosso ver, a concretização dessa finalidade pode ser encontrada tanto na regulação social quanto na regulação econômica, como usualmente diferencia a doutrina.²²⁷ Pela primeira, tem-se o regramento de aspectos não diretamente econômicos (ainda que com efeitos econômicos) e que transcendem a ideia de pura busca de eficiência. Visa-se, assim, a universalização dos serviços, à garantia de sua qualidade, à justiça distributiva, à proteção de grupos sociais e de bens jurídicos difusos.²²⁸ É evidente a concretização de valores

222 MARQUES NETO, Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica.

223 “As teorias de interesse público da regulação, como dito acima, atribuem aos legisladores e outros responsáveis pelo desenho e implementação da regulação o desejo de buscar objetivos coletivos com a meta de promover o bem-estar geral da comunidade.” YEUNG, Karen; MORGAN, Bronwen. **An Introduction to Law and Regulation: Text and Materials**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 17–18.

224 É nesse sentido que Aragão fala na “individualização e concretude” como características da regulação contemporânea. ARAGÃO, Regulação da Economia: conceito e características contemporâneas, p. 1062.

225 Colocando o regulador na posição de mediador de interesses públicos e privados: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos, **Revista de Direito Administrativo**, v. 228, p. 13–29, 2002; MARQUES NETO, **Regulação estatal e interesses públicos**.

226 Daí é possível extrair um dever de eficiência para a Administração Pública, fundada na busca pela máxima concretização de suas finalidades constitucionalmente consagradas. Nesse sentido, “nas situações concretas, depara-se com uma variedade de interesses, tanto públicos como até mesmo privados, e cabe à [Administração Pública] proceder a uma valoração comparativa a fim de poder agir no sentido de melhor atender ao bem comum, isto é, adotar, caso a caso, a solução mais oportuna para o caso concreto”. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2012; BINENBOJM, **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**; BITENCOURT NETO, Estado social e administração pública de garantia.

227 Nesse sentido: GUIMARÃES, **Da regulação como função administrativa**.

228 FROÉS, Fernando. Infraestrutura e Serviços Públicos: Princípios da regulação geral e econômica, *in*: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista (Orgs.), **Direito Administrativo Econômico**, São Paulo: Atlas, 2011, p. 579–665; COUTINHO, Diogo R. **Direito e economia política na regulação de serviços públicos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

constitucionais como proteção à saúde e ao meio ambiente e acesso aos direitos fundamentais (como saneamento, energia e transporte).

A regulação econômica também pode vir a ser utilizada em prol da obtenção desses valores. Nesse tema, tem-se a regulação de monopólios, do acesso ao mercado, das condições de concorrência, dos preços praticados e da eficiência dos operadores. Por exemplo, a regulação do acesso ao mercado pode estimular a competição e, assim, viabilizar o acesso de mais usuários ao serviço, bem como potencializar a qualidade do serviço prestado. Por outro lado, a estipulação de monopólio jurídico pode vir a garantir a viabilidade do empreendimento e a oferta eficiente do serviço em prol do acesso da população. Aqui, caberá ao regulador direcionar a estruturação da regulação econômica para que se efetivem essas finalidades públicas, somando-a a instrumentos de regulação social, se necessário.

Com isso, vê-se que o direito da regulação e, mais especificamente, o regime jurídico de cada atividade econômica assume a posição de instrumento da realização dos programas constitucionais, devendo esse direito ser elaborado, implementado e interpretado em conformidade com essa finalidade.²²⁹ A preocupação da regulação é essencialmente finalística – conforme forem os fins dispostos na Constituição, guiando-se por eles na busca de melhores meios e técnicas de sua implementação.

2.2.3. A regulação em múltiplos instrumentos

É notável e distintivo que a regulação faz uso de uma multiplicidade de instrumentos e combinações entre eles como forma de constituição do regime jurídico das atividades reguladas, em busca do atingimento de suas finalidades. Assim, não se predica o uso de um ou outro tipo de instrumento para esta ou aquela atividade. Ao contrário, a regulação parte do pressuposto de se ater ao contexto e às exigências do ambiente técnico econômico para, a partir daí, definir quais são os instrumentos a serem utilizados.

Os instrumentos regulatórios serão constituídos de uma variedade de formas, desde regras gerais e abstratas, passando por atos administrativos individualizados, contratos, atos concretos, e, até mesmo, atos administrativos informais, a exemplo das advertências, recomendações e pareceres (políticas de *guidance*²³⁰).

229 ARAGÃO, Regulação da Economia: conceito e características contemporâneas.

230 OTERO, **Legalidade e Administração Pública**; ALENCAR, Leandro Zannoni Apolinário de. **Guidance no contexto do Estado Regulador: subsídios para uma nova compreensão da função administrativa (reguladora) nas sociedades complexas**. Universidade de Coimbra, 2014.

Dentro dessa miríade de opções, deve ser ressaltada a inovação na adoção da lógica indutiva como forma de garantia de efetividade da regulação. São empregadas hipóteses normativas que incentivem determinados comportamentos mediante a prescrição de recompensas ou posições jurídicas vantajosas. Naturalmente, faz-se necessário que o regulador considere o contexto em que se insere o agente regulado para que, então, selecione os comportamentos a serem incentivados e o grau de estímulo oferecido que possibilitem a efetividade da regulação.²³¹ Isso retoma as ideias de adequação à lógica econômica, a tecnicidade da regulação e uma redução da unilateralidade e coercitividade como estratégias regulatórias.

A regulação – com seus múltiplos instrumentos e combinações – incidirá sobre diversos aspectos específicos das atividades econômicas reguladas, tais como preço, qualidade e quantidade dos serviços, condições de entrada no mercado, estruturas financeiras e societárias dos operadores.²³² Assim, a regulação não se moverá “em blocos”, como se houvesse um conjunto fixo de aspectos regulados e regras incidentes, estando sempre sujeita a variações.

Dito isso, ensaia-se uma demonstração de alguns instrumentos e técnicas empregados pelos entes reguladores e como cada uma delas pode vir a ser aplicada a mais de um aspecto regulado da atividade. Faz-se essa demonstração sem qualquer pretensão exaustiva de categorização, visto que as possibilidades são virtualmente infinitas e estão sujeitas às inovações na realidade.

Veja-se que para a regulação econômica de atividades – incluindo aspectos de preço e de acesso ao mercado – dois instrumentos ou estratégias de regulação econômica são bem conhecidos pela doutrina: a *regulação discricionária* e a *regulação contratual*, usualmente associadas à gestão de infraestruturas.²³³

231 BINENBOJM, **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador.**

232 FROÉS, *Infraestrutura e Serviços Públicos: Princípios da regulação geral e econômica*; BINENBOJM, **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador.**

233 Pelo dito, quer-se sublinhar, apenas, a variedade de possibilidades da regulação e a necessária atenção ao contexto real de sua implementação. O tema da regulação econômica de infraestruturas é amplíssimo e extravassa, em muito, o que é aqui descrito. Devem, ainda, ser abordados elementos econômicos, técnicos, institucionais e jurídicos que debordam a capacidade de relato neste momento. CAMACHO, Fernando Tavares; RODRIGUES, Bruno da Costa Lucas. *Regulação econômica de infraestruturas: como escolher o modelo mais adequado?*, **Revista do BNDES**, v. 41, p. 257–288, 2014; BAKOVIC, Tonci; TENENBAUM, Bernard; WOOLF, Fiona. *Regulation by Contract: A New Way to Privatize Electricity Distribution?*, **Energy and mining sector board discussion paper**, n. May, 2003; GARCIA, Flávio Amaral. *A Mutabilidade e Incompletude na Regulação por Contrato e a Função Integrativa das Agências*, **Revista de Contratos Públicos – RCP**, v. 5, p. 59–83, 2014; MARQUES, Rui Cunha. *Regulation by contract: Overseeing PPPs*, **Utilities Policy**, v. 50, p. 211–214, 2018;

Na primeira, o preço e demais condições econômicas do serviço são definidos em regulamento e mediante estipulação unilateral e discricionária do ente regulador, usualmente uma agência independente. O preço final é formado mediante uma estrutura tarifária composta pelos custos eficientes dos serviços, somados a uma taxa de remuneração pela operação e pelos investimentos realizados²³⁴. Para tanto, o regulador obtém uma infinidade de dados como mercado e com os agentes regulados e, periodicamente, revisa os preços praticados.

Esse tipo de regulação geralmente é empregado em setores de monopólios naturais e cujos operadores não passaram por procedimento competitivo para assunção dos serviços, de forma que não há parâmetros para o estabelecimento de preços, ao mesmo passo que estes não poderiam ser determinados exclusivamente pelo prestador, sob pena de serem praticados preços abusivos.

Contudo, nessas mesmas atividades monopólicas, a submissão do operador a procedimento licitatório prévio permite serem mimetizadas as condições competitivas e o preço pelos serviços ser devidamente formado. Feito isso, o preço é previsto em instrumento contratual, usualmente em contratos de concessão, e é tido como estável no longo prazo, apenas reajustado monetariamente e alterável exclusivamente em circunstâncias extraordinárias. Não há, aqui, largo espaço discricionário para o regulador dispor sobre os preços praticados.

Os contratos de concessão servirão, ainda, para regular outros aspectos do serviço concedido, como quantidade e qualidade da prestação (investimentos e serviço adequado), obrigações para com o meio ambiente, relacionamento com consumidores e outros agentes econômicos etc.

Deve ser ressaltado que, em ambos os casos, a regulação visa o oferecimento dos serviços a preços módicos e condizentes com a remuneração adequada dos operadores, devendo ainda ser implementados incentivos para a inovação tecnológica, qualidade dos serviços e eficiência do setor. Em outras palavras, fique claro que se trata dos mesmos objetivos a serem atingidos por instrumentos distintos, escolhidos segundo o contexto da realidade.

Valendo tanto para a regulação econômica quanto social, podem ser pontuados outros instrumentos. O mais evidente método de regulação é a estipulação de deveres, obrigações e proibições aos agentes regulados mediante previsões abstratas e gerais em regulamentos

GÓMEZ-IBÁÑEZ, José A. **Regulating Infrastructure: Monopoly, Contracts, and Discretion**. Cambridge, Massachusetts, and London, England: Harvard University Press, 2003.

234 É o que ocorre, por exemplo, nas revisões tarifárias ordinárias conduzidas pela ANEEL no setor de distribuição de energia elétrica. Periodicamente, o regulador apura os custos operacionais e de capital incorridos na exploração da atividade econômica objeto de um contrato de concessão para, a partir daí, estipular de forma unilateral a tarifa a ser cobrada pelo operador.

administrativos ou na legislação de regência. Isso poderá ser amplamente usado em cada aspecto relevante do regime jurídico, seja para prever as condições de entrada no mercado, de preço, de qualidade etc. Isso demandará, evidentemente, o *enforcement* da previsão na ponta do sistema, mediante atos fiscalizatórios concretos.

A regulação também poderá se instrumentalizar pela incidência sobre contratos privados com a administrativização dessas relações, mediante imposição de restrições e limites às liberdades contratuais.²³⁵ Seriam previstas normas administrativas obrigatórias, por exemplo, sobre o relacionamento comercial entre operadores ou entre estes e os usuários, aspectos técnicos ou financeiros, qualidade das prestações, cláusulas sobre rescisão, deveres pré-contratuais, resolução de conflitos etc. Conforme o contexto, essas medidas visariam reduzir a assimetria de informações ou de poderes entre os contratantes (especialmente, protegendo os consumidores), permitir a construção de novos mercados mediante relações comerciais obrigatórias de diferentes operadores, viabilizando a concorrência e novos entrantes.²³⁶

Outro instrumento regulatório que pode soar paradoxal é a *autorregulação privada publicamente regulada*, pela qual o Estado não dita, por si próprio, todas as condições normativas do setor, mas impõe e/ou incentiva que os próprios agentes econômicos provejam a regulação adequada e em conformidade com finalidades públicas.²³⁷ Versa-se, dessa forma, sobre a imposição de deveres de autoproteção e autocontrole aos particulares, como a realização de auditorias e certificações de qualidade ou a imposição de deveres organizacionais, o que se vê na constituição de instituições como o Operador Nacional do Sistema (ONS) e a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE).²³⁸

235 OTERO, **Legalidade e Administração Pública**; GONÇALVES, Pedro Costa. Regulação Administrativa e Contrato, **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, v. 35, p. 105–141, 2011; FRISON-ROCHE, Marie-Anne (Org.). **Les engagements dans la régulation économique**. Paris: Presses de Sciences Po/Dalloz, 2006; LIMA, Fabio Almeida. **A Regulação por Contratos no Setor Elétrico Brasileiro: O contrato de comercialização de energia elétrica no ambiente regulado – CCEAR e os leilões de energia**. Centro Universitário de Brasília - UniCEUB, 2006.

236 Como exemplo dessas relações comerciais obrigatórias, pode ser indicada a relação entre as concessionárias de serviços públicos ferroviários e os operadores ferroviários independentes, como forma de permitir o acesso destes à infraestrutura, segundo regulado na Resolução ANTT n. 4.348/2014. Igualmente, aponta-se as obrigações de interoperabilidade entre entidades registradoras de recebíveis de arranjos de pagamentos, conforme exigido na Circular 3.952/2019 do Banco Central do Brasil.

237 GONÇALVES, **Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas**.

238 Ambas são organizações privadas (associações civis) criadas pela legislação e que têm a finalidade de organizar e regular a prestação de serviços no setor, podendo, inclusive, orientar o seu desenvolvimento. Coube ao Estado instituí-las e fiscalizar suas atividades, garantindo que o mercado autorregulado funcione bem. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

Será, enfim, a partir da combinação da regulação incidente sobre esses e outros aspectos que se formará o regime jurídico daquela atividade econômica ou, mesmo, daquele agente específico, tendo em vista a possibilidade de serem estabelecidas assimetrias regulatórias dentro de uma mesma atividade.

Diante dessa (múltipla) instrumentação do direito regulatório, anota Gustavo Binbenbojm que não há uma correlação necessária entre a origem normativa, ou seja, a fonte da competência regulatória e os instrumentos adotados pelo ente competente. Nenhuma atividade da regulação estaria ontologicamente limitada a instrumentos específicos.²³⁹

Abre-se, com isso, ampla discricionariedade para o legislador e/ou para o ente administrativo regulador adotar e mesclar variados instrumentos regulatórios, conforme forem adequados à concretização das finalidades subjacentes. Assevera o autor que são os artigos 170, 173 e 174 da Constituição que abrem e lastreiam essa margem de apreciação. Naturalmente, entendemos que tal margem estaria limitada às balizas constitucionais mínimas (genéricas ou setoriais) e/ou vinculada às prescrições legais já existentes.

O delineamento do regime jurídico de cada atividade econômica (e, no limite, de cada operador) será uma das tarefas mais difíceis para o ente regulador e não basta a mera decisão pública (constitucional ou legal) de intervir em um determinado segmento para que a tarefa seja cumprida. Exige-se a realização de todo o ciclo regulatório descrito e a escolha precisa de cada instrumento a ser empregado em cada aspecto relevante da atividade e do setor regulado, observando-se, ainda, as interdependências positivas e negativas entre os instrumentos adotados.²⁴⁰

Diante de tantos instrumentos, de suas infindáveis combinações e das variações técnicas e econômicas de setor para setor econômico, entendemos ser bastante difícil ou imprudente apontar a existência de regimes jurídicos inteiros estanques e classificáveis. É mais possível nos aproximarmos da classificação da regulação incidente sobre algum aspecto específico do regime, como falar em *regulação de preços* por preços fixos ou preço-teto, ou em *regulação do acesso* mediante autorizações prévias, mera notificação ao regulador ou por livre acesso.

Nesse sentido, toma ainda mais corpo a crítica de Sundfeld a respeito da inviabilidade de existir um conceito síntese como “regime de serviço público”, sendo cada vez mais

239 BINENBOJM, **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador.**

240 FROÉS, *Infraestrutura e Serviços Públicos: Princípios da regulação geral e econômica.*

necessário identificar na regulação vigente os elementos do regime jurídico específico de cada atividade como resposta às questões dogmáticas que se colocarem. A crítica também é estendida à defesa de “um regime jurídico único para a exploração de serviços estatais que mereceriam o qualificativo de ‘público’”,²⁴¹ tendo em vista que caberá à legislação disciplinar o regime jurídico da atividade dentro do ciclo regulatório e ditado pela margem de apreciação acima descrita.

A liberdade de definição do regime jurídico das atividades econômicas deverá, porém, submeter-se ao crivo da proporcionalidade como expressão da harmonização dos vários princípios e objetivos constitucionais, evitando-se, inclusive, o excesso de regulação prejudicial às liberdades econômicas.

2.2.4. Proporcionalidade na escolha da regulação incidente

Como construído até aqui, a atuação regulatória é conformadora da exploração de atividades econômicas em prol da realização de objetivos públicos, dispondo o legislador/regulador de boa dose de margem de apreciação na definição do regime jurídico a ser adotado para cada atividade. Contudo existirão limites a esse poder, que não deverá ferir o núcleo essencial de direitos e princípios fundamentais nem poderá restringi-los desproporcionalmente.

Os valores da livre iniciativa, livre concorrência e propriedade privada, com sede e tutela constitucional, perfazem fundamentos da república, direitos fundamentais e princípios da ordem econômica e estão lado a lado com outros princípios que usualmente justificam a intervenção regulatória, tais como defesa do consumidor, proteção do meio ambiente e redução das desigualdades.

Todavia inadmite-se que a mera presença de interesses públicos seja suficiente para justificar a intervenção regulatória, tendo em vista a igual proteção constitucional dada a este plexo de princípios, cujas coexistências e colisões devem ser resolvidas por meio de limitações recíprocas e ponderações. Nesse mesmo sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já expressou decisões para reconhecer a livre iniciativa como limite objetivo à regulação estatal.²⁴²

241 SUNDFELD, *Serviços Públicos e Regulação Estatal - Introdução às Agências Reguladoras*, p. 33.

242 Tem-se como exemplo o Recurso Extraordinário n. 422.941, em que o Plenário da corte decidiu que a fixação de preços pela Administração Pública abaixo dos preços reais é violadora da livre iniciativa. Eis um trecho da ementa: “A intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica. CF, art. 170. O princípio da livre iniciativa é

Os limites constitucionais ao poder de regular podem ser verificados em duas dimensões: uma *horizontal, como subsidiariedade* e uma *vertical, como proporcionalidade*.²⁴³

Na dimensão horizontal, são colocados limites sobre a própria prerrogativa estatal de constituir certos campos de incidência regulatória específica, isto é, de definir quais setores, trechos ou temas do processo econômico serão objetos de atuação regulatória.²⁴⁴

Assim, fala-se na subsidiariedade como vetor objetivo de restrição à intervenção estatal. Compreendido no contexto econômico, o princípio da subsidiariedade se refere à máxima de que a intervenção e o manejo da autoridade estatal só seriam aceitáveis à medida que o bom funcionamento e o atingimento de finalidades públicas não pudessem ser satisfatoriamente obtidos autonomamente pelas instituições sociais (o mercado).²⁴⁵ Nesse pressuposto, deve-se fazer a análise se aquele determinado setor econômico, nas condições atuais, é capaz de sozinho produzir e funcionar adequadamente e em conformidade com os preceitos legais ou se, ao contrário, depende de intervenção estatal.

Se o fundamento teórico de tal racional pode ser fluido e com indispensável recurso à Teoria do Estado, o seu fundamento jurídico imediato pode ser encontrado no reconhecimento da liberdade de iniciativa como direito fundamental oponível ao Estado quando a intervenção vier a suprimi-lo. Ainda que fora dessa esfera íntima de proteção, os gravames impostos à liberdade de iniciativa deverão ser justificados (pela presença de interesse público e pela insuficiência da sociedade) e proporcionais, como se vê a seguir.

Noutro cotejo, a subsidiariedade também tem uma faceta positiva, comissiva, que comanda a intervenção estatal quando necessária, sob pena de descumprimento de fins e valores constitucionais. O próprio texto constitucional torna a intervenção econômica obrigatória em alguns setores e temas, ou seja, diz os lugares que o Estado *deve* ocupar. Haverá setores em que a Constituição e a aplicação da subsidiariedade permitirão a intervenção, em razão dos

fundamento da República e da Ordem econômica: CF, art. 1º, IV; art. 170. II. - Fixação de preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor: empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da livre iniciativa”.

243 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal, **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, n. 4, p. 1–21, 2006.

244 *Ibid.*

245 Em que pese esse delineamento, o conceito de subsidiariedade é diversos outros sentidos e contextos, a exemplo da subsidiariedade nas relações da União Europeia com seus Estados, no contexto federativo, e mesmo na seara do direito do penal e trabalhista. CUNHA, **A subsidiariedade como vetor objetivo de restrição à intervenção regulatória do estado na economia: definição e instrumentalização**; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, v. 35, p. 13–52, 1995.

interesses a serem considerados, remanescendo à legislação e ao regulador que definam *se* incidirá e *como* incidirá a regulação.

Já a segunda dimensão, a vertical, pressupõe que uma determinada regulação existente deva ser proporcional às finalidades públicas que pretende concretizar e aos sacrifícios que impõe a outros direitos. Dessa forma, mesmos nos setores e atividades em que se justifica a intervenção regulatória, a escolha dos instrumentos regulatórios empregados deverá ser regrada pelo respeito à proporcionalidade.

Conforme já desenvolvido na doutrina, o teste de proporcionalidade se constitui em teste de (i) *adequação* entre o instrumento de regulação adotado e a sua finalidade, (ii) *necessidade*, para que a regulação adotada seja a menos restritiva possível e (iii) *proporcionalidade em sentido estrito*, indicando se a restrição imposta está equilibrada com o benefício social almejado.²⁴⁶

A semelhança do que se expôs a respeito da subsidiariedade, deve ser destacado que o teste de proporcionalidade pode conduzir à conclusão da insuficiência da regulação existente. Assim, a vertente comissiva do princípio obriga o Estado a adotar instrumentos mais intensos – ou mais eficazes –, sob pena de não satisfazer interesses públicos ou direitos fundamentais.

A par da abstração que possa daí decorrer, tenta-se aproximar-se de tal proporcionalidade na realidade mediante a análise de impacto regulatório (AIR), que consiste em estudar um problema a ser resolvido pela regulação, os possíveis instrumentos a serem manejados e seus respectivos impactos em vários agentes do mercado e usuários, de forma que se possa aferir mais objetivamente a produção dos efeitos desejados.²⁴⁷ Como bem ressalta Carlos Eduardo Cunha, a questão central é saber quais alternativas são mais eficientes para todos os envolvidos (administração, agentes econômicos, usuários e outros afetados), se regular ou não regular, ou, ainda, como regular. Em outras palavras, “a regulação não produz benefícios para o interesse público de *per se*”,²⁴⁸ e é necessário verificar seus reais efeitos.

A análise de impacto regulatório como instrumento e processo de definição da regulação a ser empregada pelo Estado reforça e torna palpável – e mesmo quantificável – o caráter finalístico da regulação e de sua necessária vinculação ao contexto vivenciado. O

246 ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da proporcionalidade no direito econômico, **Revista de Direito Administrativo**, n. 223, p. 199–230, 2001; Mais amplamente sobre a aplicação da proporcionalidade no direito administrativo: BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2014.

247 GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo: Malheiros Editores, 2019.

248 CUNHA, A **subsidiariedade como vetor objetivo de restrição à intervenção regulatória do estado na economia: definição e instrumentalização**, p. 134.

manejo de cada possível instrumento regulatório é considerado a partir de sua efetividade em intervir na realidade e, assim, atender às finalidades públicas pretendidas.

O conhecimento e a posição de limites ao poder de regular do Estado têm como principal função lembrar que a regulação tem seus custos para direitos e liberdades e que a mera existência de interesses públicos envoltos na exploração de atividades econômicas não é suficiente para justificar a intervenção estatal, especialmente se daí se pretender explicar a aplicação de um regime jurídico agressivo às liberdades econômicas (mediante a publicização e monopolização da atividade).

Por isso mesmo, faz-se sempre necessário analisar *horizontalmente* os setores em que pode incidir a regulação, bem como *verticalmente* para verificar em que grau se pode impor eventual gravame às liberdades em jogo, tendo em vista as finalidades públicas perseguidas.

Capítulo 3. PERFIL CONSTITUCIONAL DA ORDEM ECONÔMICA

Este capítulo busca reconstruir a teorização da ordem econômica constitucional de acordo com as premissas colocadas no marco teórico e considerando as reformas e inovações percebidas no direito positivo. Para tanto, o texto adota uma argumentação dialética, na qual os conceitos da teoria tradicional são colocados para, em seguida, serem problematizados e reavaliados.

Em primeiro lugar, são abordados os serviços públicos para que sejam criticados alguns de seus conceitos e elementos que são muito mais construções doutrinárias adaptadas ao contexto e ao discurso do Estado Providência, do que propriamente decorrências necessárias do sistema jurídico positivo. Serão repassados os critérios material, subjetivo e formal do serviço público para, ao fim, compreendê-lo como instrumento regulatório cuja finalidade é manejar a satisfação de direitos fundamentais mediante a responsabilização do Estado pela prestação da atividade econômica, com respectivo regime jurídico adaptado para essa finalidade.

Quanto às atividades econômicas em sentido estrito, será demonstrada a insuficiência da teoria tradicional para compreender essa categoria de atividades, especialmente diante de as inovações em seu regime jurídico. A intensificação da regulação sobre elas incidente coloca a prova a visão tradicional sobre o regime de direito privado e de livre iniciativa vigente nessas atividades, que passam a ceder espaço para a responsabilização dos agentes privados pela qualidade dos serviços prestados. Em conexão com esse aspecto, verifica-se a crescente exploração privada de atividades econômicas em que há notória satisfação de direitos fundamentais e de interesses públicos, o que leva justamente à intensificação da regulação. Nos monopólios constitucionais, igualmente, será demonstrada a transformação de seu regime jurídico em prol da abertura de mercados exclusivos e de aproximação com atividades exploradas em regime concorrencial, tanto do ponto de vista econômico quanto jurídico.

Espera-se que o argumento sustentado neste capítulo conduza à conclusão de que as categorias estanques propostas pela teoria tradicional não são mais capazes de compreender a estruturação da ordem econômica vigente. Será, então, aos poucos proposta a percepção de que, abandonando-se a dicotomização, caminha-se no sentido de uma multiplicidade de regulações possíveis para as atividades econômicas.

3.1. Revisão dos elementos caracterizadores do serviço público

3.1.1. Serviço público e direitos fundamentais

Segundo Bandeira de Mello, o critério material do serviço público refere ao serviço público como um *objeto*, ou em razão da *natureza da atividade*.²⁴⁹ Busca-se identificar as atividades ou tarefas que detêm um conjunto de características que lhes permite serem tidas como serviços públicos²⁵⁰. Ou seja, em que consiste faticamente o serviço público?

Em uma primeira aproximação, e comungando o pressuposto da teoria tradicional,²⁵¹ devemos indicar que os serviços públicos são sempre atividades produtivas, isto é, de comercialização e prestação de bens e serviços, envoltas no uso de bens econômicos escassos.²⁵² Por isso mesmo, o serviço público é tradicionalmente classificado como atividade econômica em sentido amplo.

Para a teoria tradicional, é necessário que o critério material preveja no serviço público algum elemento distintivo, uma espécie de “traço peculiar” que o diferencie. É a partir dessa diferenciação que se poderia defender a existência de uma natureza jurídica própria para o serviço público e se construir a dicotomização com as atividades econômicas em sentido estrito. Sem isso, o serviço público estaria no mesmo lugar que as demais atividades econômicas.²⁵³

Na doutrina tradicional, a materialidade do serviço público é tida pelo fato de essa atividade produtiva²⁵⁴ se vincular a algo do gênero de “necessidade coletiva”,²⁵⁵ “serviço essencial”²⁵⁶, “interesses coletivos”, “interesses sociais” ou outras expressões variantes dessas ideias. A existência fática desses conceitos indicaria onde está o serviço público e justificaria a imposição de regime jurídico de direito público e atuação estatal.

249 BANDEIRA DE MELLO, **Serviço Público e Concessão de Serviço Público**.

250 GONÇALVES, A **Concessão de Serviços Públicos (uma aplicação da técnica concessória)**.

251 Nesse sentido, concordantemente: “A prestação de serviço público está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí podermos afirmar que o serviço público é um tipo de atividade econômica” GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas jurídicas**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 109.

252 Distingue-se, assim, no direito brasileiro, serviço público da função pública, do exercício de autoridade ou de outras atividades meramente jurídicas ou administrativas inerentemente estatais. Há, assim, uma restrição no campo de aplicação do conceito de serviço público frente ao amplíssimo conceito francês, que confunde serviço público com toda a atividade estatal. MARQUES NETO, **Evolução do Serviço Público**.

253 CONRADO, **Serviços Públicos à brasileira**, p. 153.

254 Note-se que por “atividade produtiva” queremos nos referir ao que o conceito de “atividade econômica” é do ponto de vista fático: uma atividade de produção e circulação de bens e serviços.

255 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 174.

256 LIMA, **Princípios de Direito Administrativo Brasileiro**.

A máxima consagração do critério material está em Léon Duguit, que defende ser serviço público aquela atividade “indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social” e que não pode ser “executada completamente senão pela intervenção da força governamental”.²⁵⁷ Na mesma linha, Eros Grau repete Duguit e ainda se associa a Cirne Lima para entender o serviço público como atividade indispensável à realização e desenvolvimento da coesão social ou como um serviço essencial à sociedade.²⁵⁸ Ainda se referindo ao critério material, mas sem a mesma primazia,²⁵⁹ Bandeira de Mello assevera serem requisitos do serviço público atividades serem “particularmente importantes para a satisfação dos interesses coletivos”²⁶⁰ ou reputadas “imprescindíveis, necessárias ou apenas correspondentes a conveniências básicas da sociedade”.²⁶¹

Acontece, porém, que essas descrições do critério material do serviço público são eminentemente extrajurídicas, políticas ou filosóficas e não correspondem fatos com referências jurídicas claras no direito brasileiro. A exemplo do explanado no item precedente, os conceitos de “interesse social” ou “coesão social” e outros não têm conteúdo jurídico específico apto a ensejar e delimitar o que seja o serviço público. É necessário sempre considerar o ordenamento vigente para dele extrair um critério juridicamente aferível e circunscrito para o serviço público, como devem ser os conceitos jurídicos.²⁶²

Buscando um critério material com referência jurídica, podemos analisar o entendimento de Marçal Justen Filho. Ainda que adotando a teoria tradicional, o autor diferencia-se e defende que o serviço público deve ter um vínculo direto com a satisfação de direitos fundamentais, conceito jurídico amplamente conhecido e circunscrito:

Todas as atividades estatais, mesmo as não administrativas, são um meio de promoção dos direitos fundamentais. Mas o serviço público é o desenvolvimento de atividades de fornecimento de utilidades necessárias, de modo direto e imediato à satisfação dos direitos fundamentais. [...] Há um vínculo de natureza direta e imediata entre o serviço público e a satisfação de direitos fundamentais. Se esse vínculo não existir, será impossível reconhecer a existência de um serviço público.²⁶³

257 DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*. t. 2, p. 61.

258 GRAU, *A ordem econômica na Constituição de 1988 - (interpretação e crítica)*, p. 130.

259 Como visto no primeiro capítulo, Bandeira de Mello reconhece a existência de um substrato material para o serviço público, mas entende que ele é insuficiente para configurar o conceito, que ainda depende do elemento material (regime jurídico). BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 704.

260 BANDEIRA DE MELLO, *Serviço Público e Concessão de Serviço Público*, p. 77.

261 BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 699.

262 BANDEIRA DE MELLO, *Serviço Público e Concessão de Serviço Público*.

263 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 551.

É possível justificar a adoção desse critério com base na consagrada visão de que todo o Estado tem como finalidade a satisfação de direitos fundamentais e que as constituições contemporâneas consagram esses direitos e a eles vinculam o Estado e a Administração Pública.²⁶⁴ Igualmente, o critério assim formulado auxilia na compreensão doutrinária sobre os vários serviços públicos existentes no direito brasileiro, bem como é deduzível a partir deles, tais como saneamento, distribuição de energia elétrica, transporte coletivo, irrigação, serviços funerários etc.

Em meio à série de direitos fundamentais, pode ser feita ainda um melhor delineamento a respeito de em qual tipo específico o serviço público incidirá. São aqueles direitos de caráter positivo, que são satisfeitos por uma prestação material *in natura* de bens ou serviços, enfim, de utilidades economicamente valoráveis e individualmente fruíveis.²⁶⁵ Ressalta-se também ser esta prestação dependente de uma atividade de natureza técnica, inclusive muitas vezes vinculada a bens de capital e à necessidade de infraestrutura para a prestação.²⁶⁶ Essa materialidade se contrapõe à prestação de quantia em dinheiro ou à atuação estritamente mediante atos jurídicos.²⁶⁷ São muitos os direitos fundamentais abarcados por essa descrição, especialmente direitos sociais ou decorrentes da dignidade da pessoa humana e da garantia do mínimo existencial.

Portanto, essa concepção de materialidade é bastante adequada e representa um avanço diante das primeiras formulações da teoria tradicional, especialmente a de Eros Grau (centrada no interesse social). Materialmente, serviço público é atividade de produção e circulação de bens e serviços em que há o provimento de utilidades para a satisfação imediata de direitos fundamentais. Essa aceção, assim, tem referência jurídica apta a torná-la operável dentro do direito brasileiro e dispensa o recurso a supostos interesses especiais tutelados pelo Estado que não tenham correspondência no ordenamento ou sejam assumidamente extrajurídicas.

264 Confluindo com esse entendimento, mas a partir de construções bastantes distintas, cf: BINENBOJM, **Uma Teoria do Direito Administrativo**; SCHIRATO, **Livre iniciativa nos serviços públicos**; HORTA, **História do Estado de Direito**; SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado Ético e o Estado Poético, **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, n. 02, p. 1–19, 1998.

265 Ou, nos dizeres de Canotilho, a “realidade da vida” tutelada pelo direito fundamental. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993, p. 631.

266 ARAGÃO, **Direito dos serviços públicos**; GONÇALVES, **A Concessão de Serviços Públicos (uma aplicação da técnica concessória)**.

267 Com essa descrição, ainda que sumária, pretendemos diferenciar o serviço público de outras atividades estatais, como poder de polícia, regulação, fomento ou planejamento. Mesmo que visem a direitos fundamentais, essas atividades não se conformam na prestação de utilidades econômicas, voltando-se especialmente a atos jurídicos ou materiais. Nesse sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. Serviço Público no direito brasileiro, *in*: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia (Orgs.), **Direito Administrativo Econômico**, São Paulo: [s.n.], 2011, p. 369-392; GONÇALVES, **A Concessão de Serviços Públicos (uma aplicação da técnica concessória)**.

Contudo, afirmar que os direitos fundamentais são o critério material do serviço público ainda não responde à busca de onde estão e quais são os serviços públicos. Não há uma associação perfeita entre direito fundamental e serviço público, e a existência de um tal direito em determinada atividade econômica não é suficiente para ali autorizar ou obrigar a existência de serviço público.

Como dito, toda atividade estatal está, em alguma medida, vinculada a direitos fundamentais, e o próprio direito positivo prevê variadas formas para que o Estado os efetive, direta ou indiretamente. Veja-se, por exemplo, que o poder de polícia é destinado a promover direitos fundamentais e outros bens constitucionalmente protegidos por meio da restrição e conformação de comportamentos e direitos, como a liberdade e a propriedade. O fomento, por outro lado, aposta no oferecimento de benefícios e vantagens para estimular atores públicos e privados a adotarem comportamentos juridicamente desejados e, dali, serem concretizados direitos fundamentais. A regulação, no sentido que já expusemos, também busca a satisfação de direitos fundamentais, mas agora mediante a normatização de atividades econômicas.²⁶⁸

Mesmo se se considerarem apenas os direitos fundamentais prestacionais, não é possível identificar com precisão onde estão os serviços públicos, nem mesmo obrigar o Estado a fazer incidir o serviço público. Afinal, todas as atividades econômicas comportam maior ou menor grau de satisfação de direitos fundamentais, bem como existem atividades com claro interesse público que não são tidas como serviços públicos, tais como a atividade bancária, alimentícia e farmacêutica.

Ainda no caso dos direitos prestacionais ora descritos, também não há qualquer óbice ao emprego de outros instrumentos pelo Estado para satisfação desses direitos – combinados ou não com o serviço público. Nessa hipótese, os direitos serão diretamente satisfeitos por outros agentes que não o Estado, mormente por sociedades privadas, reservando-se o Estado a posição de agente normativo e garantidor dessa satisfação. Em especial, como ressaltaremos no item 3.2.2, a despublicização de serviços públicos tradicionais e a emergência das atividades privadas reguladas demonstram como, inquestionavelmente, existe e é juridicamente possível a satisfação de relevantes interesses e direitos fora dos quadrantes do serviço público.²⁶⁹

268 É de se destacar também que a complexificação social e jurídica torna as fronteiras entre cada uma dessas modalidades cada vez mais tênues. BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**, Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 69 et seq.

269 ARAGÃO, **Direito dos serviços públicos**.

Diante dessa exposição, só podemos concluir que não há um elemento material distintivo que faça caracterizar imediatamente uma dada atividade econômica como serviço público. A finalidade e o objeto do serviço público é a satisfação de direito fundamental, tal como é para variadas intervenções estatais e para outras atividades econômicas em sentido estrito. Verifica-se, inclusive, a possibilidade de alternatividade entre a adoção do serviço público e de outras formas de intervenção econômica estatal – especialmente a regulação –, na medida em que o objeto dessas intervenções é o mesmo e não predica necessariamente uma ou outra forma.

Como se vê, em uma análise estritamente jurídica e conforme a Constituição, o objeto do serviço público não detém qualquer traço peculiar em relação ao objeto das demais atividades econômicas, prejudicando, ao menos nesse ponto de vista, a dicotomização da ordem econômica. Nesse sentido, concluímos que a Constituição não enxerga duas naturezas de atividades econômicas – umas sujeitas a especiais interesses públicos e outras não –, mas que admite o tratamento de interesses públicos e direitos fundamentais em variadas atividades econômicas, sujeitas à alcunha de serviços públicos ou não.

Feita essa exposição sobre o objeto fático do serviço público, precisamos ainda reiterar a argumentação de Bandeira de Mello no sentido de que apenas o critério material não é suficiente para configurar o conceito de serviço público.²⁷⁰ Não que, com isso, estejamos sustentando que o substrato material seja dispensável, mas antes que ele não é critério suficiente para a definição de serviço público. Para que se formule um conceito jurídico, é necessário que haja a aplicação de um conjunto de normas jurídicas no direito vigente e não apenas uma descrição fática.

Nessa perspectiva, a questão é *se realmente há um regime jurídico específico do serviço público* que o torna distinto de outras técnicas interventivas, em especial da exploração empresarial de atividades econômicas pelo Estado em regime comum, bem como distinto da regulação de atividades econômicas.

Tudo o que vem de se dizer constitui uma análise de fatos juridicamente relevantes no que concerne ao substrato do serviço público. Conforme veremos no item seguinte, é o direito positivo – pelas mãos do legislador – que verdadeiramente indicará onde, nessas atividades econômicas, será incidente o serviço público, a despeito da existência desse substrato fático acima descrito em outras atividades econômicas.

270 BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*.

3.1.2. Titularidade como reserva estatal na ordem econômica

Em um segundo momento, somado ao critério material, utiliza-se o critério orgânico para se definir o que é o serviço público e quais seriam as atividades que se constituem como serviços públicos. Procura-se identificar se há vínculo dessa atividade com o Estado. Se existente o vínculo, a atividade poderá se configurar como serviço público.²⁷¹

A partir da construção da teoria tradicional, o vínculo entre o serviço público e o Estado se dá na ideia de *titularidade estatal*, significando que certas atividades seriam afetas ao poder público, sendo, por isso, reservadas a ele ou a seus delegatários. Está aí a ideia de *publicatio*, ou seja, de tornar pública uma determinada atividade econômica e assim tê-la como reservada ao Estado, como se lhe fosse própria, parte de seu domínio e de sua propriedade. A titularidade operaria uma dissociação entre os serviços públicos, pertencentes ao Estado, e as atividades econômicas em sentido estrito, relegadas à sociedade civil.

Podemos encontrar em Eros Grau expressão nesse sentido quando ele afirma que “o serviço público está para o setor público assim como a *atividade econômica* está para o setor privado”²⁷² ou quando explica que “porque assume o caráter de serviço público [em sentido material], [uma atividade econômica] deve ser prestada à sociedade pelo Estado”.²⁷³ Já Bandeira de Mello assevera que um dos elementos de caracterização do serviço público é o fato de que a atividade tenha sido qualificada pelo Estado como pertinente a si próprio, assumindo-a na qualidade de titular dela e considerando-a como “interna a seu campo de ação típico, isto é, à esfera pública”.²⁷⁴ Semelhantemente, Odilon Braga, em seu relatório sobre os serviços públicos concedidos afirma que o “público” adjetiva o serviço por ser “pertencente ao sistema das atividades do poder público”.²⁷⁵

A principal função que a ideia de titularidade exerce dentro da teoria tradicional é a de explicar e justificar a vedação à exploração privada de atividades consideradas serviços públicos e a incidência do regime jurídico de direito público derogatório e diferenciado do regime comum. Essas duas ideias serão detidamente analisadas em separado (item 3.1.5), mas,

271 Diz-se “poderá se configurar como serviço público” porque não se exclui a possibilidade de o Estado empreender atividade econômica (dita em sentido estrito) em regime de direito privado, o que não configura serviço público. Não há serviço público fora do vínculo estatal, mas nem toda atividade explorada pelo Estado é serviço público. Depende, ainda, da existência de regime de direito público para se forme completamente o conceito jurídico de serviço público.

272 GRAU, *A ordem econômica na Constituição de 1988 - (interpretação e crítica)*, p. 98. Marcas do original. 273 *Ibid.*, p. 129.

274 BANDEIRA DE MELLO, *Serviço Público e Concessão de Serviço Público*, p. 78.

275 BRAGA, *Serviços Públicos Concedidos*, p. 42.

por ora, queremos considerar e criticar o próprio significado da titularidade estatal para daí seguirmos na análise de suas consequências.

A questão que se coloca, portanto, é se, verdadeiramente, sob a Constituição brasileira, os serviços públicos são atividades pertencentes ao Estado e a ele reservados, bem como se isso se constitui em uma norma jurídica existente e constitucionalmente válida. A nosso ver, não se trata de uma norma jurídica positiva, mas de uma narrativa doutrinária, isto é, uma teoria jurídica para explicar e justificar certos fenômenos do ordenamento a partir de uma determinada construção histórica e ideológica sobre serviço público.

Assim, passa-se a expor algumas das razões da formulação da teoria da titularidade sobre os serviços públicos como domínio de reserva do Estado, demonstrando-se como ela é uma narrativa construída a partir de circunstâncias, e não propriamente uma decorrência do ordenamento positivo.

Uma primeira razão que pode ser arguida é a respeito da aproximação que foi feita entre as atividades régias, inerentemente estatais, e as atividades econômicas.²⁷⁶ Como narra Jacques Chevallier, no primeiro momento, o conceito de serviço público francês se estruturou a partir de funções tipicamente estatais, como emissão de moeda, justiça, segurança pública e diplomacia; e tempos depois passou também a incorporar atividades econômicas cuja exploração era de interesse do Estado, seja por motivos estratégicos, fiscais ou sociais.²⁷⁷ Essa aproximação faria com que essas atividades fossem consideradas tanto de competência estatal quanto as funções régias, na medida em que seriam todas tratadas pelo mesmo conceito de serviço público.

Não parece, contudo, ser esse o caso, especialmente no direito brasileiro. Como afirmamos, o critério material demonstra que o serviço público é uma atividade produtiva, da mesma forma que outras atividades econômicas, e não possui elementos característicos que obrigatoriamente o associe ao Estado, como tradicionalmente se reconhece às funções régias.²⁷⁸

276 “Historicamente, a titularidade esteve ligada à ideia de imposição. Isso porque, no percurso de consagração constitucional de tarefas estatais, originariamente constavam apenas aquelas ligadas ao exercício do poder. Esse quadro mudou a partir do momento em que passaram a ser outorgadas ao Estado, além de competências políticas, voltadas à ordenação da sociedade, também competências prestacionais e promocionais, voltadas à satisfação de necessidades sociais e humanas.” MANICA; MENEGAT, *Serviços públicos no Brasil: uma análise a partir das esferas de titularidade*, p. 255.

277 CHEVALLIER, *Le service public*.

278 De se criticar, inclusive, se mesmo as atividades régias são “pertencentes ao Estado”, na medida em que atualmente se assiste a uma substituição do Estado por agentes privados na execução dessas atividades, tais como o surgimento de criptomoedas e o exercício de prerrogativas de autoridade por entes privados. A esse respeito, cf. GONÇALVES, **Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas**.

É nesse sentido que Pedro Gonçalves assevera que o serviço público é uma atividade neutra, que poderia ser explorada tanto pelo setor público quanto pelo setor privado. Assim, o fato de certas atividades integrarem o setor público é uma “*opção de natureza político-legislativa* desligada de qualquer imperativo decorrente da sua natureza intrínseca”.²⁷⁹ Não vemos, portanto, a existência dessa semelhança para justificar que certas atividades econômicas sejam *pertencentes* ao Estado.

Ligada a essa primeira razão, é possível apresentar uma segunda motivação para a ideia tradicional de titularidade como reserva do Estado. Trata-se da influência que os monopólios naturais explorados pelo Estado no início do século XX tiveram na formação do conceito de serviço público.

Dedutivamente, a partir da constatação de que muitas das atividades tradicionalmente tidas por serviços públicos se configuravam, pela ótica econômica, em monopólios naturais e/ou setores em rede,²⁸⁰ passou-se a adotar o pressuposto que o serviço público seria ele mesmo uma atividade monopolista de exploração atribuída ao Estado e vedada aos agentes privados. Prontamente, a titularidade como domínio sobre os serviços públicos foi utilizada para justificar essa lógica do monopólio estatal na prestação dessas atividades.²⁸¹

Concordantemente sobre o papel que o monopólio exerceu na construção da concepção francesa de serviço público, esclarece Chevallier:

A concepção de um serviço público encarregado de grandes funções coletivas e estruturado em rede explica por que o monopólio foi considerado como um de seus atributos essenciais. Inerente ao exercício de atribuições régias, o monopólio esteve no centro dos processos de nacionalização [de empresas de energia e transportes]. Uma vez assim estabelecidos, os serviços públicos foram subtraídos da concorrência, seja pela atribuição de um monopólio de direito, seja pela instituição de uma proteção legal: os grandes serviços públicos estruturados em rede, dessa forma se beneficiaram de um estatuto monopolístico. Não obstante, a lógica do monopólio transbordou o caso dos serviços públicos em rede.²⁸²

279 GONÇALVES, **A Concessão de Serviços Públicos (uma aplicação da técnica concessória)**, p. 33.

280 De um ponto de vista econômico, monopólio natural é aquela atividade cuja exploração é mais eficiente quando há um único prestador. Isso se dá, por exemplo, pela impossibilidade ou pelo alto custo de duplicação das infraestruturas necessárias à prestação dos serviços. Correlatamente, serviços em rede são aqueles em que se aumenta o benefício de utilização do serviço quanto mais usuários ele tem, o que favorece a monopolização do mercado. FROÉS, Fernando. *Infraestrutura Pública: conceitos, importância e a intervenção governamental*, in: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Marcia Walquiria Batista dos (Orgs.), **Direito Administrativo Econômico**, São Paulo: Atlas, 2011; LOBO, Carlos Baptista. **Sectores em rede: regulação para a concorrência**. Universidade de Lisboa, 2007.

281 De uma perspectiva econômica, citam-se as seguintes razões para o envolvimento do Estado em monopólios: (i) busca de regulação na ausência da concorrência, (ii) desapropriações necessárias, (iii) externalidades geradas para não usuários, (iv) busca de desenvolvimento e igualdade e (v) garantia da segurança e do meio ambiente. GÓMEZ-IBÁÑEZ, José A. **Regulating Infrastructure: Monopoly, Contracts, and Discretion**. Cambridge, Massachusetts, and London, England: Harvard University Press, 2003.

282 CHEVALLIER, **Le service public**, p. 78. Tradução livre.

De um ponto de vista mais objetivo, é possível perceber que a exploração exclusiva do Estado, na verdade, foi gerada pelas próprias condições econômicas dos monopólios naturais, e não porque a natureza teórica dessas atividades as associasse inerentemente ao Estado.

Acontece que, como é típico dos monopólios naturais, os custos incorridos para a prestação do serviço só poderiam ser adequadamente remunerados se ele fosse explorado por um único agente. E, uma vez construídas essas infraestruturas, fazia-se necessário que o operador as explorasse sem concorrência, seja (i) como forma de assegurar a devida remuneração, (ii) como decorrência da inviabilidade técnica de prestações simultâneas ou (iii) como instrumento para evitar a exploração de consumidores e o aumento arbitrário dos lucros no serviço monopolista.

Não coincidentemente o Estado largamente assumiu o papel de operador dos monopólios naturais por diversas razões políticas e sociais envolvidas na atividade ou diante da incapacidade de agentes privados de aportarem capitais e riscos na implementação das infraestruturas necessárias à prestação dos serviços.

Pode ser mencionado, também, que a participação estatal se deu em razão da necessidade de uso de bens públicos por esses monopólios naturais – tais como a superfície e o subsolo de vias públicas e o potencial hidráulico –, bem como em razão da necessidade de desapropriação e instituição de servidões de bens privados.²⁸³ Dessa maneira, a presença do Estado nesses casos para habilitar o uso desses bens novamente faz parecer que seria inerente à própria atividade e necessariamente excludente de outros operadores.²⁸⁴

A esse respeito, mais especificamente no direito brasileiro, a doutrina administrativista²⁸⁵ do início do século XX já reconhecia a existência de monopólios naturais e o interesse estatal em controlá-los e regulá-los, mormente por concessões.²⁸⁶ Posteriormente, quando o Estado passa a explorar essas atividades e a nacionalizar companhias concessionárias mediante o emprego da noção afrancesada de serviço público, novamente se passa a transmitir

283 Demonstrativo desse entendimento: "Serviços há que se não podem realizar se a utilização direta da superfície, do espaço aéreo ou do subsolo de bens públicos de uso comum, como as ruas e praças [...]. Justamente por essa circunstância, eles se tornam privilégios exclusivos das pessoas jurídicas de direito público, às quais compete a administração dos referidos bens. Outros se tornam privilégios exclusivos por exigirem o poder de desapropriar, que compete às ditas pessoas de direito público" MASAGÃO, Mário. **Natureza jurídica da concessão de serviço público**, São Paulo: Saraiva & Cia Editores, 1933, p. 64.

284 SCHIRATO, **Livre iniciativa nos serviços públicos**, p. 86–87.

285 Cf. ANDRADE, **Serviços públicos e de utilidade pública**; PINTO, **A regulação efetiva dos serviços de utilidade pública**; CAVALCANTI, **Tratado Direito Adm.**

286 MARQUES NETO, **Evolução do Serviço Público**; SCHIRATO, **Livre iniciativa nos serviços públicos**.

a ideia de um serviço público inerentemente sob a propriedade e titularidade estatal. Assimilação essa, reiteramos, ocasionada por um raciocínio dedutivo feito a partir de vários serviços públicos monopolísticos por uma circunstância econômica de sua exploração, e não pela natureza teórica da atividade.

Conclusivamente sobre os monopólios naturais como elemento justificador da titularidade estatal como reserva e da decorrente exclusividade sobre os serviços públicos, afirma Vitor Schirato:

Nesse compasso, verifica-se que a existência de monopólios naturais que, *ipso facto*, impediam a concorrência na exploração de determinada atividade econômica teve papel fundamental na construção da noção do serviço público como atividade infensa à concorrência. Além das concepções de influência francesa da *publicatio*, o fato de haver atividades de altíssimo interesse público que eram *naturalmente* propensas à exclusividade teve papel determinante na concepção do serviço público ser uma atividade, *a priori*, blindada a um regime de pluralidade de agentes em concorrência.²⁸⁷

Cumpre ainda apontar que a noção de titularidade como domínio e propriedade sobre os serviços públicos foi conveniente para justificar a intervenção estatal em setores econômicos de interesse do Estado. Em um primeiro momento, no contexto de Estado Liberal, dizer que uma dada atividade era pública por natureza permitiria sua exploração pelo poder público sem violação do postulado abstencionista vigente. Ademais, já no Estado Providência, a titularidade justificaria a intervenção estatal em setores como iluminação pública, saneamento, energia, gás, que eram relevantes para a urbanização e modernização, além da nacionalização e encampação de empresas privadas exploradoras dessas e de outras atividades.²⁸⁸

Dessa linha argumentativa sobre as razões para a tese da titularidade como reserva estatal sobre certas atividades econômicas o que se quer ressaltar é que se trata de uma teoria construída e fundamentada não nos aspectos estritamente jurídicos, mas em circunstâncias históricas e econômicas. Percebe-se que essa tese reflete o panorama ideológico típico do Estado Providência – com favorecimento da intervenção econômica – e reitera a oposição entre público e privado, apartando o que é do Estado e o que é da sociedade.

Portanto trata-se de uma teoria doutrinária que não parte propriamente do ordenamento positivo para compreendê-lo, mas que visa amoldá-lo segundo premissas teóricas e ideológicas. Dessa forma, entendemos que a tese da titularidade estatal, no sentido de significar a existência

287 SCHIRATO, **Livre iniciativa nos serviços públicos**, p. 212. Marcas do original.

288 MARQUES NETO, *Evolução do Serviço Público*.

de reserva de mercado e a propriedade estatal sobre determinadas atividades e setores produtivos não constitui, verdadeiramente, o direito positivo, mas antes é uma narrativa doutrinária lançada para compreender e justificar aspectos do ordenamento a partir de um predeterminado viés.

A nosso ver, essa narrativa não se sustenta como teoria compatível com o direito positivo brasileiro, na medida em que viola preceitos constitucionais e não é mais capaz de explicar adequadamente novos fenômenos do direito constitucional e infraconstitucional, tais como a livre exploração, em regime de direito privado, de atividades simultaneamente tidas como serviços públicos, ou como a liberalização concorrencial desses serviços.

A incompatibilidade de tal conceito com as premissas constitucionais vigentes aparece quando percebemos que a titularidade, proposta nos termos tradicionais, faz do serviço público um conjunto de privilégios em favor do Estado. A doutrina tradicional da titularidade está voltada a justificar as excepcionalidades que o serviço público apresenta, por meio da assertiva de que se trata de um setor tipicamente estatal, diferenciado do restante da ordem econômica e afastado da aplicação das mesmas regras e princípios.

Assim, o serviço público seria marcado pela derogatoriedade e pelo exercício de autoridade pelo Estado,^{289 - 290} e não pela sua instrumentalidade à satisfação de direitos fundamentais ou pela busca de efetivação e cumprimento de outros princípios constitucionais aplicáveis à ordem econômica. A legislação e a jurisprudência também reiteram a atribuição de benefícios e vantagens distintas do serviço público, não disponíveis aos demais agentes econômicos, tais como poderes extroversos, benefícios fiscais ou impenhorabilidade de bens.

Bastaria, para tanto, afirmar que o serviço público é um grupo de atividades ínsito ao Estado para que seja associado às excepcionalidades próprias dele, independentemente de prévia necessidade e adequação aos fins que se busca, ou da procura de alternativas mais eficientes e menos restritivas a direitos fundamentais.

Sendo forma de concretização de direitos fundamentais, os caracteres do serviço público e de seu regime devem não obedecer a uma suposta “natureza tipicamente estatal”, mas sim guardar proporcionalidade entre a busca de sua finalidade e as restrições impostas a outros direitos fundamentais. Do contrário, estar-se-ia admitindo de forma algo autoritária que esse conjunto de privilégios e poderes se dá pela presença do Estado, por si só, sem que se verifique

289 BANDEIRA DE MELLO, **Prestação de serviços públicos e administração indireta**.

290 Não por menos, Maurice Hauriou argumenta que o serviço público sempre teria dentro de si elementos de poder extroversos típicos da Puissance Publique, enquanto meios de sua realização. HAURIOU, Maurice. **Précis de Droit Administratif et Droit Public Général**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1927.

se, de fato, essas excepcionalidades se justificam em prol do atendimento de direitos fundamentais – fins últimos de toda a atuação estatal.

Nessa senda, o mais evidente e grave desses privilégios é que a titularidade dos serviços públicos funciona para isentar a aplicação de princípios constitucionais, em especial da livre iniciativa, livre concorrência e proporcionalidade. Em se tratando de atividades pertencentes ao Estado, não se cogita a aplicação da livre iniciativa e direitos correlatos,²⁹¹ que seriam incidentes apenas sobre as atividades econômicas relegadas à sociedade civil. Com muita clareza, a teoria tradicional assevera que atividades tidas como serviços públicos “não pertencem à esfera da livre iniciativa, sendo estranhas, então, ao campo da ‘exploração da atividade econômica’”.²⁹²

Não se pode cogitar que parte da própria ordem econômica esteja dispensada do respeito a direitos fundamentais, como é o direito à livre iniciativa ou, ainda, que a mera existência de serviço público justifique automaticamente a imposição de restrições gravosas a esse direito ao impedir *ipso jure* o acesso de particulares à atividade.²⁹³ Novamente sustentamos que todo o serviço público, sua institucionalização e seu regime – com todas suas excepcionalidades – devem estar funcionalizados em prol da satisfação do direito fundamental envolvido. Dessa maneira, as restrições à livre iniciativa devem ser justificadas e proporcionais aos benefícios que geram, sem que se admita que os serviços públicos sejam atividades inerentemente estatais e, por isso, isentas da aplicação de princípios da ordem econômica.

Assim colocada a questão, outra vez vemos que os serviços públicos ficam despidos do caráter especial e peculiar que eles têm aos olhos da teoria tradicional. Não são especiais atividades econômicas pertencentes ao Estado; são atividades econômicas tais como todas as outras abarcadas pela ordem econômica e que, por isso, devem estar sujeitas aos mesmos princípios e regras constitucionais, ao invés de estarem apartadas destes por serem atividades estatais.

Colocadas essas premissas no sentido de desmistificar a titularidade estatal, os itens a seguir serão dedicados a oferecer novas compreensões, em conformidade com a Constituição, sobre o que é, de fato, a titularidade estatal e como ficam as suas principais decorrências no tocante à exclusividade estatal na prestação de serviços públicos e ao regime de serviço público.

291 No mesmo sentido: JUSTEN FILHO, *Serviço Público no direito brasileiro*, p. 380.

292 BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 700.

293 SCHIRATO, *Livre iniciativa nos serviços públicos*; MARQUES NETO; GAROFANO, *Notas sobre o conceito de serviço público e suas configurações na atualidade*.

3.1.3. Titularidade como responsabilidade estatal perante a ordem econômica

No tópico acima, delineamos que, para a teoria tradicional, o critério orgânico operava em torno da ideia da *titularidade estatal* como uma relação de reserva, domínio, propriedade que o Estado deteria sobre parcela das atividades econômicas em sentido amplo, assim sendo categorizadas como serviços públicos. Demonstramos que tal entendimento está fundado em uma teoria jurídica que não se sustenta no direito constitucional brasileiro e merece ser revista. Logo, remanesce a questão antes colocada: qual é o vínculo do Estado com os serviços públicos?

Entendemos, então, que esse vínculo está no estabelecimento, pelo direito positivo, de obrigação imposta à Administração Pública para que ela preste ou garanta a prestação de uma determinada atividade econômica, assim doravante chamada de serviço público.²⁹⁴ Nesses termos, a titularidade estatal sobre os serviços públicos significa a existência de tal obrigação do Estado perante a sociedade quanto à prestação daquela atividade.

Assim, o direito positivo define que essa prestação material deve ser *provida diretamente pelo Estado* ou por *seus delegatários*. Há, aqui, uma atuação específica da Administração Pública, dita prestacional, na qual se toma a operação dos meios técnicos necessários para a disponibilização da requerida prestação material, atuação essa que vai além da edição de atos jurídicos que normatizam e viabilizam o fornecimento da prestação por outros atores (tal como ocorre na regulação).

Estabelece-se, com isso, uma *responsabilidade de execução* para o Estado sobre aquela atividade econômica, responsabilidade distinta e mais gravosa que a responsabilidade de garantia (típica da regulação) e da responsabilidade de base ou de enquadramento (típica do poder de polícia). A Administração Pública assume a responsabilidade direta com a produção de resultados, tendo ela mesma de assegurar a prestação do bem material tutelado pelo direito fundamental em questão.²⁹⁵

Essa ideia da titularidade como responsabilidade está, a nosso ver, fundamentalmente calcada nos dizeres do artigo 175 da Constituição, no qual consta *incumbir* ao poder público a prestação de serviços públicos, diretamente ou mediante delegação. Essa previsão ainda é especificada em outros dispositivos constitucionais que encarregam o Estado da prestação de

294 Essa ideia é elaborada por Vitor Schirato. SCHIRATO, **Livre iniciativa nos serviços públicos**, p. 116 et seq; No mesmo sentido: MANICA; MENEGAT, *Serviços públicos no Brasil: uma análise a partir das esferas de titularidade*.

295 GONÇALVES, *Estado de Garantia e Mercado*; SHCUPPERT, *The Ensuring State*.

determinadas atividades, a exemplo do artigo 30, V.²⁹⁶ A legislação ordinária também prevê que os serviços deverão ser prestados diretamente ou mediante delegação, a exemplo da Lei Federal nº 11.445/2007, sobre os serviços públicos de saneamento básico, ou da Lei Federal nº 12.815/2013 que, ao reger o serviço portuário, regula a exploração direta ou indireta dessa atividade pela União.

Dito isso, podemos apontar que aqui está o vínculo entre Estado e serviço público: sempre que o direito positivo submeter uma atividade ao serviço público, necessariamente o Estado estará obrigado a prestar ou a garantir a prestação daquela atividade econômica. A previsão da titularidade (como uma responsabilidade) perfaz o critério orgânico do serviço público, na medida em que impositivamente associa o Estado à prestação daquele serviço. Veja-se, então, que a relação orgânica se dá pela obrigação do Estado ao serviço público, e não pela propriedade que o Estado deteria sobre os serviços públicos.

Possivelmente, a ideia ora defendida não seria combatida pelos defensores da teoria tradicional. Dizer que o serviço público veicula obrigação de prestação ou garantia de prestação pelo Estado não implicaria em grandes reviravoltas da teoria tradicional.²⁹⁷ A nosso sentir, a verdadeira divergência está em considerar que titularidade não significa que os serviços públicos sejam integrantes de algum domínio estatal.

Entretanto, ao considerarmos que titularidade estatal não é sinônimo de domínio, mas sim de obrigação, estamos a propor que o Estado e o direito sejam funcionalizados em prol do serviço público e da satisfação de direitos fundamentais, sua finalidade precípua. Assim, analisamos o instituto em torno dessa finalidade, buscando compreender e construir seus conceitos em favor da melhor satisfação desses direitos. Por outro lado, ao se entender que o serviço público é um campo de propriedade e reserva do Estado, passam a ter mais espaço e relevância as análises do instituto em torno dos privilégios e da discricionariedade estatal a respeito das formas de exploração do serviço público. Essa diferença, ainda que soe retórica, terá impactos relevantes na construção da ideia de exclusividade estatal e de regime jurídico do serviço público, como será demonstrado especificamente nos itens 3.1.4 e 3.1.5.²⁹⁸

296 “Artigo 30. Compete aos Municípios: V - organizar e *prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão*, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial” (grifos nossos)

297 Seria possível ainda regredirmos a análise doutrinária e encontrar em Léon Duguit a ideia de um liame obrigacional entre o serviço público e o Estado, quando ele aponta que o serviço público é toda atividade cuja realização deve ser assegurada pelos governantes. Embora diverjamos de Duguit quanto à forma de criação dessa obrigação ou quanto a seu fundamento, fica expressa a ideia de obrigação estatal para com os serviços públicos.

298 Em suma, antecipe-se que a posição tradicional da titularidade como propriedade abre espaço para se sustentar a ideia de uma pressuposta e necessária exclusividade estatal sobre os serviços públicos. O mesmo se dá quanto

Demonstrada a mudança de perspectiva proposta sobre a titularidade estatal, deve-se examinar como essa obrigação é criada e disposta no direito brasileiro.

De partida, deve ser apontado que o direito positivo estabelece a titularidade e cria a obrigação estatal, por decisão do legislador constituinte ou ordinário. Não há, em nossa concepção, vinculação entre a titularidade e qualquer direito pré-estatal ou norma emanante da sociedade que preceda o direito positivo e que venha a predeterminar ao legislador o que é e deve ser reconhecido ou não como serviço público.²⁹⁹ Nesse sentido, também concorda Eros Grau ao afirmar o serviço público são atividades expressa ou supostamente definidas pela Constituição, isto é, com fundamento na ordem jurídica positiva.³⁰⁰

De mais a mais, também não se pode falar que a verificação da importância de uma atividade econômica para direitos fundamentais ou que a finalidade social do Estado conduza, necessariamente, à titularidade estatal sem apoio no direito positivo. Como dito no item 3.1.1, a mera existência de direitos fundamentais em uma dada atividade econômica não implica que a atividade seja, por isso, tomada como serviço público.

A criação de um serviço público, portanto, decorre exclusivamente das disposições do direito positivo, sejam elas mais ou menos claras. Há nisso a escolha do legislador pelo serviço público como forma de atuação da Administração Pública perante o domínio econômico e como forma de buscar a satisfação de direito fundamental por meio da prestação positiva direta pelo Estado.

Veja-se que o estabelecimento da titularidade é uma decisão política do legislador em determinar ou não a intervenção estatal naquela atividade,³⁰¹ bem como na técnica interventiva a ser utilizada. Em especial, a decisão ajuíza se a adequada satisfação do direito fundamental depende ou não da prestação estatal ou ainda se essa intervenção seria favorável aos fins desejados. Essa decisão reflete o resultado da ponderação e mediação entre interesses envolvidos na atividade e seu contexto técnico e econômico de prestação, e, em razão desses

ao regime jurídico, em que a teoria tradicional, embasada na ideia de titularidade como propriedade, busca justificar e reforçar as exorbitâncias e privilégios do poder público diante dos particulares. Com base na ideia de titularidade como responsabilidade, demonstraremos que essas características e regimes do serviço público devem observar, fundamentalmente, a melhor satisfação do direito fundamental tutelado e a proporcionalidade ante as restrições impostas a outros direitos fundamentais.

²⁹⁹ É o que argumenta, por exemplo, Duguit. Para esse autor, há uma distinção entre as regras construtivas e as regras normativas. Estas seriam regras decorrentes da própria realidade social e que dariam fundamento às regras construtivas, de sorte que as próprias regras normativas já preveriam quais são os serviços públicos. BANDEIRA DE MELLO, **Serviço Público e Concessão de Serviço Público**; DUGUIT, **Traité de droit constitutionnel**. t. 2. 300 GRAU, **A ordem econômica na Constituição de 1988 - (interpretação e crítica)**.

³⁰¹ No sentido de que o serviço público conduz a decisões políticas fundamentais, ainda que adotando a teoria tradicional: JUSTEN FILHO, **Serviço Público no direito brasileiro**, p. 374.

dados, concluiu-se que a intervenção estatal deverá ir além da normatização dos serviços e tocar a própria obrigação de o Estado prestar a atividade a fim de ver o interesse público satisfeito.

Nesses moldes, a criação do serviço público pode se dar tanto pela Constituição quanto pela legislação ordinária. No caso dos serviços públicos constitucionais expressos – a exemplo dos constantes nos artigos 30, V, 25, §2º, 21, X e XI da Constituição Federal –, a nosso ver, trata-se de atividades econômicas nas quais o constituinte originário ou reformador já anteviu a presença de direitos fundamentais e sua satisfação pelo Estado, logo já dispôs a obrigatoriedade estatal de sua prestação. A sua posição constitucional também serve para dividir as competências sobre as atividades entre os entes federativos, especificando a atuação de cada um deles.³⁰²

Naturalmente, a previsão constitucional vincula o legislador ordinário e a Administração Pública na regulação da matéria. Dado que uma atividade é tida como serviço público pela Constituição, o legislador não pode se omitir e deixar de dispor sobre as condições de exploração daquela atividade pelo Estado ou por delegatário, nem mesmo se omitir a legislar sobre a sua regulação. A Administração, por sua vez, não pode deixar de implementar as medidas necessárias à exploração concreta daquela atividade e ao provimento da satisfação do direito fundamental envolvido.

A previsão constitucional exigirá emenda ao texto para que seja revista, o que é plenamente possível, tanto para prever novo serviço público quanto para “despublicizar” uma determinada atividade. Apesar de a previsão envolver direito fundamental, não se trata de cláusula pétrea, na medida em que o serviço público é o instrumento de concretização do direito, e não o direito em si,³⁰³ o que permite a revisão constitucional.

A respeito da previsão constitucional sobre serviços públicos, é relevante a interpretação do artigo 21, incisos XI e XII da Constituição. Para Bandeira de Mello e boa parte da doutrina tradicional,³⁰⁴ essas atividades *obrigatoriamente* são serviços públicos federais a serem explorados diretamente ou mediante concessão, permissão ou autorização de serviço público. Esta última modalidade se referiria a autorização como instrumento precário para

302 É o que se faz, por exemplo, com relação aos artigos 21, 25 e 30 da Constituição, cada qual dispondo as competências materiais dos respectivos entes federativos em matéria de serviços públicos.

303 SCHIRATO, **Livre iniciativa nos serviços públicos**.

304 Com exceção de Eros Grau que entende que os referidos incisos preveem tanto serviços públicos quanto atividades privadas. CONRADO, **Serviços Públicos à brasileira**.

exploração de serviço público em situações emergenciais e transitórias, razão pela qual a autorização não teria sido prevista no *caput* do artigo 175.³⁰⁵

De nossa parte, entendemos que os referidos dispositivos constitucionais, na verdade, abrem discricionariedade ao legislador ordinário para dispor sobre a natureza e o regime jurídico de cada uma dessas atividades listadas.³⁰⁶ Isso se dá porque a autorização não é instrumento apto à delegação de serviço público (motivo pelo qual não foi previsto no artigo 175), mas sim ato típico do poder de polícia que retira impedimento legal para que particular explore atividade econômica.³⁰⁷

Com isso, o legislador pode prever a regulação da atividade segundo forem as condições técnicas e econômicas de sua exploração, optando pelo regime de direito privado (mediante autorização), ou pelo regime de direito público (mediante concessão ou permissão), sem prejuízo da coexistência de ambos os regimes (assimetria regulatória). Essa concepção já foi chancelada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 1.668, quando rejeitou a inconstitucionalidade da exploração dos serviços de telecomunicação mediante autorização e direito privado.³⁰⁸

É também nesse sentido que se verifica a possibilidade de criação de serviços públicos por lei ordinária, o que não só é possível, mas é necessário dentro da ordem econômica brasileira. Primeiro, porque caberá ao legislador estabelecer (ou não) serviços públicos nos casos em que a Constituição deixa espaço de conformação, bem como lhe caberá desenvolver o marco legal para os casos em que a Constituição expressamente define incidir serviço público. Também se destaca a relevância do legislador ordinário para exercer as competências legislativas de Estados e municípios, respectivamente previstas (i) no artigo 25, §1º, para legislar subsidiariamente também sobre serviços públicos, e (ii) no artigo 30, V, para prestar e organizar serviços públicos de interesse local.³⁰⁹

305 BANDEIRA DE MELLO, **Serviço Público e Concessão de Serviço Público**; DI PIETRO, **Direito Administrativo**.

306 ARAGÃO, **Direito dos serviços públicos**.

307 MENEGAT, Fernando. **Autorizações Administrativas Regulatórias: A evolução do Direito Administrativo e a mutação das autorizações nos setores de infraestrutura**. Universidade Federal do Paraná, 2014.

308 No julgamento de mérito, o acórdão foi assim redigido quanto a esta questão: “7. A possibilidade de concomitância de regimes público e privado de prestação do serviço, assim como a definição das modalidades do serviço são questões estritamente técnicas, da alçada da agência, a quem cabe o estabelecimento das bases normativas de cada matéria relacionada à execução, à definição e ao estabelecimento das regras peculiares a cada serviço. Assim, a atribuição à agência da competência para definir os serviços não desborda dos limites de seu poder regulatório.”

309 ARAGÃO, **Direito dos serviços públicos**.

Para além dessas hipóteses, o legislador ordinário terá ampla competência para criar serviços públicos, na medida em que lhe cabe o papel precípua de resguardar, efetivar e limitar direitos fundamentais, competência essa a ser exercida dentro dos limites da ordem econômica e segundo a divisão federativa de competências.

O estabelecimento de novos serviços públicos pela legislação ordinária não só é possível como é necessário diante da amplitude e complexidade dos princípios constitucionais e direitos fundamentais a serem satisfeitos. Caberá essencialmente ao legislador o juízo a respeito dos meios a serem aplicados para a satisfação dessas responsabilidades públicas, inclusive mediante a eleição de dada atividade econômica como serviço público e o estabelecimento de obrigação estatal sobre sua prestação.³¹⁰

Em todo caso, em via constitucional³¹¹ ou infraconstitucional, existem limites e condicionamentos para o exercício da decisão política de criação de serviço público.

O primeiro limite é o da proporcionalidade da incidência do serviço público sobre dada atividade econômica. Tomando as três componentes do princípio da proporcionalidade, a questão pode ser vista da seguinte forma:³¹² (i) *necessidade*: o serviço público não pode ser adotado sem que haja correspondente direito fundamental a exigir a prestação positiva do Estado; (ii) *adequação*: o serviço público deve ser capaz de promover a satisfação do direito fundamental em questão; e (iii) *proporcionalidade em sentido estrito*: a efetivação do direito fundamental material deve ser proporcional às restrições e sujeições impostas pelo regime de serviço público a outros direitos fundamentais.

Dentre esses critérios, o último deles tenderá a ensejar maior discordância e dificuldade na análise concreta, visto ser difícil quantificar tanto os benefícios, quanto as restrições decorrentes da institucionalização de um serviço público. Nessa ponderação entre meios e fins, deve haver claros ganhos para a qualidade dos serviços prestados (isto é, a

310 Favorávelmente à possibilidade de criação de serviços públicos pelo legislador ordinário: BANDEIRA DE MELLO, **Curso de Direito Administrativo**; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação, *in*: **Direito Administrativo Econômico**, 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 39–71; Negando a possibilidade de criação de serviço público pela via legal, Fernando Herren Aguillar argumenta que o serviço público, por criar monopólio jurídico sobre a atividade, carece de previsão constitucional. Como veremos à frente, os serviços públicos não criam monopólios em favor do Estado, razão pela qual descarta-se a necessidade de emenda constitucional. AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social dos serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

311 Mais especificamente, a via constitucional reformadora porque, afinal, as próprias emendas devem ser compatíveis com o restante da sistemática constitucional, especialmente com direitos fundamentais e demais cláusulas pétreas. Vale dizer, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de emendas reformadoras, mas rejeita a tese da inconstitucionalidade do texto constitucional originário. Veja-se, nesse sentido, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939.

312 ARAGÃO, O princípio da proporcionalidade no direito econômico; SCHIRATO, **Livre iniciativa nos serviços públicos**.

disponibilização do serviço adequado), enquanto que, no outro peso da balança, o regime de serviço público poderá onerar tanto o Estado (custos e riscos regulatórios, custos financeiros com contratos de concessão ou com a prestação direta) quanto o operador na prestação da atividade econômica (compliance com os parâmetros regulatórios do serviço, redução da livre iniciativa, custos com procedimentos licitatórios).

A aplicação dessa lógica da proporcionalidade em sentido estrito no tocante à constituição de serviços públicos pode ser visualizada em duas situações-limite. Na primeira, suponha-se a pretensão legislativa de tornar serviço público a fabricação e comercialização de fogos de artifício, como forma de controle estatal sobre a atividade, diante de sua relevância social e cultural e dos riscos por ela criados no tocante à segurança dos produtos. Nesse exemplo, não se observa como as características do regime serviço público (política tarifária, exigência de serviço adequado, eventual exclusividade etc) poderiam melhorar significativamente a prestação desses bens, que atualmente já são prestados a contento – e ainda sob o risco de prejudicar a produção pela introdução de novas exigências.

Em outra situação, observa-se que os serviços de saneamento básico preenchem plenamente o dito requisito. Como se sabe, esse setor se conforma em um monopólio natural que, sem a devida regulação, tende a ver práticas de preços abusivos, subinvestimento, queda da qualidade e falta de expansão das redes. Nesse sentido, a imposição do regime de serviço público favorece a regulação e o equilíbrio do mercado, na medida em que regula os caracteres monopolistas do setor, mediante a exigência de serviço adequado, regulação de tarifas e controle de acesso ao mercado pela exclusividade (impedindo a competição ineficiente).

Dito isso, cabe apontar que, a decisão infraconstitucional pela criação ou não de serviço público, por outro lado, não pode “destitularizar” o ente público de obrigação constitucionalmente estabelecida.³¹³ Ao menos nas hipóteses vigentes de serviços públicos constitucionais, o legislador ordinário não pode se furtar de prever a regulação do serviço condizente com a obrigação constitucionalmente imposta para que o Estado preste a atividade.

É dentro dessa linha que entendemos a variação temporal e contextual dos serviços públicos. Passam a ser institucionalizadas como serviços públicos cada vez mais atividades econômicas quanto maior for o rol de direitos fundamentais a exigir prestações positivas, e, ainda, conforme o direito positivo eleger o serviço público como instrumento para efetivação desses direitos, a partir das condições técnicas e econômicas das atividades. Por outro lado, o

313 STEIN, **Direito Econômico da Energia**.

desenvolvimento dessas condições também pode ser favorável à adequada satisfação de direitos fundamentais, o que dispensaria a prestação estatal e a qualificação como serviço público, ainda que a atividade esteja sujeita a forte regulação.

Todo o dito até aqui deságua em demonstrar que a titularidade, ao contrário do que entende a teoria tradicional, não instaura categorização e dicotomia entre as atividades econômicas e serviços públicos. A titularidade nada é além de uma obrigação para o Estado que recai sobre uma determinada atividade econômica, sem que isso interfira em sua natureza jurídica ou regime jurídico. A titularidade, assim, está como um *plus* da atividade econômica, de forma a instrumentalizar a sua exploração pelo Estado e em favor da garantia dos direitos fundamentais envolvidos.

3.1.4. Exclusividade estatal e livre concorrência nos serviços públicos

Conforme a teoria tradicional, seguindo-se a ideia de titularidade como domínio ou reserva, um dos elementos definidores do serviço público seria a exclusividade estatal em sua prestação. Em oposição na dicotomia, as atividades econômicas em sentido estrito estariam abertas à livre iniciativa e à concorrência, salvo no caso dos monopólios constitucionais. A exclusividade estatal na prestação de serviço talvez seja o caso mais evidente de privilégios outorgados ao Estado em razão do serviço público, segundo argumentamos acima.

O fundamento para o postulado da exclusividade nos serviços públicos seria de que se trata de atividades titularizadas, pertencentes ao Estado e não à sociedade civil, sendo possível a participação de entes privados apenas na condição de delegatários, inadmitida a concorrência com o poder público. Como se vê, a titularidade operaria uma dissociação entre essas atividades e a sociedade civil.

Nessa senda, a titularidade isentaria o serviço público dos preceitos constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência, além da proporcionalidade. Com muita clareza, a teoria tradicional assevera que os serviços públicos “não pertencem à esfera da livre iniciativa, sendo estranhas, então, ao campo da ‘exploração da atividade econômica’”.³¹⁴ Em se tratando de atividades econômicas pertencentes ao Estado, não se cogita a aplicação da livre iniciativa e direitos correlatos.³¹⁵

314 BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 700.

315 No mesmo sentido: JUSTEN FILHO, *Serviço Público no direito brasileiro*, p. 380.

No direito brasileiro, essa visão tradicional sobre a exclusividade teve clara concretização no julgamento da ADPF nº 46 pelo Supremo Tribunal Federal em 2009. A ação questionava a recepção pela Constituição da Lei Federal 6.538/1978³¹⁶, que previa exercício de monopólio pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), visto que a Constituição teria previsto taxativamente os monopólios públicos, e não seria possível a criação de novos pela legislação infraconstitucional (como era possível pela EC 01/1969). Nesse passo, a previsão do inciso X do artigo 21 da Constituição não teria admitido monopólio, mas apenas obrigação para que a União se responsabilizasse pela prestação dos serviços.

A despeito de divergências entre os ministros do tribunal, saiu vencedora a posição de que os serviços postais seriam serviços públicos, e não monopólios constitucionais, conforme voto condutor do ministro Eros Grau.³¹⁷ E, por serem serviços públicos, seria constitucional e estaria mantida a situação de exploração exclusiva dos serviços postais por parte da ECT. É o que se consolidou na ementa do julgado:

2. A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados. A exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio. [...] 6. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem em situação de privilégio, o privilégio postal. 7. Os regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade.³¹⁸

O voto do ministro Eros Grau apenas reitera sua própria teoria quanto à dicotomia entre serviços públicos e atividades econômicas e afirma que os serviços postais são serviços públicos, a despeito da vagueza da expressão constitucional (o verbo “manter”, inciso X do artigo 21³¹⁹) e de se preocupar em argumentar o preenchimento de critérios para verificação da

316 Conforme previsto em seu artigo 9º: “São exploradas pela União, em regime de monopólio, as seguintes atividades postais: I - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta e cartão-postal; II - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de correspondência agrupada; III - fabricação, emissão de selos e de outras fórmulas de franqueamento postal.”

317 GRAU, Eros Roberto; MELLO, Marco Aurélio. Correios: serviço público ou atividade econômica?, **Revista de Direito Administrativo**, v. 252, p. 245–275, 2009.

318 ADPF 46, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/08/2009

319 A expressão “manter o serviço postal” dá origem a diversas interpretações doutrinárias, havendo, inclusive, opiniões de se tratar de atividade econômica em sentido estrito, em regime de competição, a ser obrigatoriamente explorada pela União, e não serviço público. Cf. SADDY, **Formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia**; ARAGÃO, **Direito dos serviços públicos**.

existência de serviço público.³²⁰ Aliás, deixa-se entrever que um posicionamento político influencia a interpretação do ministro ao afirmar que a Constituição exigira um Estado forte e vigoroso para dar cumprimento aos preceitos fundamentais de seus artigos 1º e 3º, o que conduziria ao serviço público e à primazia estatal na prestação dos serviços em questão.³²¹

No caso da ADPF, não se analisou se a exclusividade era, de fato, necessária e/ou proveitosa à satisfação dos interesses tutelados pela prestação daquele serviço pelo Estado. Também não se consideram as especificidades da exploração do setor ou seu possível desmembramento em atividades aptas à concorrência e atividades tendencialmente monopolísticas, inclusive para analisar se todas elas conformariam serviços públicos.³²²

O que importa perceber é que se procede, assim, a uma análise limitada a verificar em qual categoria a atividade em questão se encontra, se serviço público ou atividade econômica, para daí extrair a existência ou não de exclusividade estatal na prestação. A conclusão pela exclusividade na prestação dos serviços postais decorre de sua mera classificação como serviços públicos,³²³ assumindo-se que essa é uma característica intrínseca e necessária, sem outras ponderações:

Os regimes jurídicos sob os quais são prestados os serviços públicos importam em que sua prestação seja desenvolvida “sob privilégios”, inclusive, em regra, o da exclusividade na exploração da atividade econômica em sentido amplo a que corresponde a sua prestação.³²⁴

Em que pesem as razões acima que levaram à adoção da exclusividade como característica própria dos serviços públicos pela doutrina e jurisprudência brasileiras,

320 “De qualquer modo, o que está afirmado lá e o que tenho afirmado, inclusive em trabalho acadêmico, é que o serviço postal é serviço público. Portanto, a premissa de que parte o arguente é equívoca. O serviço postal não consubstancia atividade econômica em sentido estrito, a ser explorada pela empresa privada. Por isso é que a argumentação em torno da livre-iniciativa e da livre concorrência acaba caindo no vazio, perde o sentido.” GRAU; MELLO, Correios: serviço público ou atividade econômica?, p. 273.

321 “Não basta, portanto, a atuação meramente subsidiária do Estado. No Brasil, hoje, aqui e agora – vigente uma Constituição que diz quais são os fundamentos do Brasil e [...] vigentes os artigos 1º e 3º da Constituição, exige-se, muito ao contrário do que propõe o voto do ministro relator, um Estado forte, vigoroso, capaz de assegurar a todos existência digna. A proposta de substituição do Estado pela sociedade civil, vale dizer, pelo mercado, é incompatível com a Constituição do Brasil e certamente não nos conduzirá a um bom destino.” *Ibid.*, p. 275.

322 Para uma abordagem específica do setor postal, com suas especificidades técnicas e jurídicas, recomenda-se fortemente a leitura de: MESQUITA, Clarissa Ferreira de Melo. **O regime jurídico do setor postal: desafios contemporâneos e perspectivas para o setor**. Universidade de São Paulo, 2012.

323 “Ora, parece claro notar então que, adotando-se a posição tradicional acerca do princípio da exclusividade da titularidade estatal sobre a atividade qualificada como serviço público, fica imposta desde já e *a priori* uma limitação ao princípio da livre iniciativa, já que a definição constitucional de uma atividade como serviço público implica a sua automática exclusão do âmbito das atividades econômicas em sentido estrito.” MENEGAT, Fernando. Serviço público e concorrência: ensaio para uma quebra do princípio da titularidade estatal exclusiva, **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, n. 49, p. 207–246, 2012, p. 233.

324 GRAU; MELLO, Correios: serviço público ou atividade econômica?, p. 273.

argumentamos que essa adoção não encontra fundamento na melhor compreensão da Constituição e suas previsões sobre o serviço público.

De início, porque não há indicação expressa no texto constitucional que relacione os serviços públicos à exploração exclusiva pelo Estado e seus delegatários.³²⁵ Pelo texto da Constituição, seria possível apenas cogitar uma interpretação *a contrario sensu* do artigo 175, no sentido de que se *incumbe ao Poder Público*, é porque *não incumbe à sociedade civil*.

A argumentação favorável a essa interpretação *a contrario sensu*, visando à aplicação da exclusividade nos serviços públicos, decorre inteiramente da concepção de titularidade como domínio e reserva estatal, o que, a nosso ver, não é mais do que uma narrativa ou teoria jurídica que não detém fundamento no direito brasileiro. Nem mesmo as disposições relegadas à lei infraconstitucional pelo parágrafo único do artigo 175 indicam que se deveria versar sobre o regime da exclusividade estatal, tal como se faz para outros elementos característicos e essenciais do serviço público.

Conforme demonstramos nos tópicos acima, segundo teor do artigo 175 da Constituição, tem-se uma *obrigação do Estado* para os serviços públicos. Dessa forma, a titularidade significa a existência, para o Estado, de uma responsabilidade de prestar ou garantir a prestação de certas atividades econômicas, no que se reconhece a relevância dessas atividades.

É nesse sentido também que compreendemos as previsões dos artigos 199 e 209 da Constituição, que versam sobre os serviços públicos sociais e especificam textualmente serem atividades livres à iniciativa privada. Seria possível argumentar que a Constituição previu expressamente os casos em que o serviço público não seria exclusivo ao Estado, tal como o fez nos mencionados dispositivos, de sorte que, para as demais atividades, o silêncio da Constituição significa a imposição da regra de exclusividade. Novamente, tem-se aqui uma interpretação arraigada em uma tradição de compreensão da titularidade como reserva estatal que, naturalmente, conduz à solução interpretativa favorável à exclusividade.

A esse respeito, entendemos que a ausência de especificação textual da livre iniciativa para demais serviços públicos não pode ser interpretada no sentido de sua vedação. Diante da dificuldade de se interpretar o comando constitucional, deve ser valorizada a interpretação que mais efetive os próprios princípios constitucionais, entre eles a livre iniciativa, de forma que a interpretação pela aplicação da exclusividade não é admitida. Especificamente no caso dos serviços públicos sociais, interpretamos que a previsão textual do direito à livre iniciativa

325 SCHIRATO, **Livre iniciativa nos serviços públicos**.

significa que o constituinte vedou que a lei ordinária restringisse o exercício das atividades de saúde e educação, ou seja, impusesse a exclusividade estatal por via legal, tal como é possível nos demais serviços públicos em que a Constituição não especifica textualmente a livre iniciativa.

Portanto, a despeito da inexistência de previsão textual, não se pode interpretar que a exclusividade estatal está suposta, implícita na Constituição, como uma decorrência da consideração da atividade como serviço público, na medida em que frustrará totalmente a aplicação do princípio da livre iniciativa sem uma necessária justificativa de estatura constitucional, razão pela qual deve ser descartada.

Não se pode supor que parte da própria ordem econômica constitucional esteja dispensada de verificar a proporcionalidade entre benefícios e restrições causadas aos direitos fundamentais (mormente quanto ao direito à livre iniciativa) ou, ainda, que a simples existência de relevante interesse público justifique automaticamente a imposição de restrições gravosas a esse direito.³²⁶

Mesmo se considerada a teoria tradicional, os serviços públicos inafastavelmente são atividades econômicas e elementos integrantes da ordem econômica. Como argumentamos no item 3.1.1, de um ponto de vista estritamente fático, os serviços públicos são atividades de produção e circulação de bens e serviços tal como são todas as atividades econômicas, de forma que estão igualmente incluídos no âmbito de proteção do direito à livre iniciativa.³²⁷ Os serviços públicos, portanto, *prima facie*, recebem completa incidência dos princípios da livre iniciativa e livre concorrência.

Assentada, então, a incidência desses princípios nos serviços públicos, não se poderá negar, ademais, que a sua aplicação estará sujeita a limitações e temperamentos dentro da ordem constitucional e ditadas pela legislação, similarmente como já é feito para as demais atividades econômicas.

Esses princípios são normas jurídicas de estatura constitucional cujo conteúdo normativo é vinculante para todo o ordenamento e devem ser as referências na interpretação jurídica. Sobretudo, os princípios são normas finalísticas e servem como “mandamentos de otimização” ao legislador e a todo intérprete para que deem aplicação do princípio em todo o

326 *Ibid.*; MARQUES NETO; GAROFANO, Notas sobre o conceito de serviço público e suas configurações na atualidade.

327 CANOTILHO, **Direito constitucional**.

ordenamento jurídico da melhor forma possível, com maior incidência e efetividade ao conteúdo tutelado.³²⁸

Dessa forma e diante da heterogeneidade de princípios constitucionalmente previstos, os conflitos surgidos entre dois ou mais desses princípios não conduzirão à aplicação de um ou de outro, com exclusões mútuas, como se fossem regras em casos de antinomia. Mesmo na hipótese de conflitos, ambos os princípios permanecem integralmente válidos e incidentes no caso concreto, devendo a solução para o conflito ser buscada na máxima efetivação de cada um deles.³²⁹

Essa lógica, já consolidada pela teoria dos princípios, tem aplicação na seara da ordem econômica e na incidência de exclusividade nos serviços públicos. Como demonstramos, os serviços públicos buscam a satisfação de direitos fundamentais e interesses constitucionalmente tutelados, sejam eles específicos ou genéricos e enraizados na dignidade da pessoa humana e na redução das desigualdades. Porém, consideradas as circunstâncias econômicas em que se desenvolve a prestação desse serviço, podem-se verificar situações em que a existência de concorrência em um mercado específico pode vir a prejudicar a satisfação adequada do direito fundamental tutelado pelo serviço público.

A verificação específica e concreta³³⁰ entre a prestação adequada do serviço público e a existência de concorrência nesse mercado instala um conflito principiológico em torno da aplicação ou não da exclusividade estatal: de um lado, o peso da satisfação de direito fundamental por meio da prestação positiva do Estado e, de outro, o respeito aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência.³³¹

Dessa forma, existindo o conflito, coloca-se para o legislador e para o intérprete a missão de ponderar e dar máximo cumprimento a ambos os princípios e direitos colocados em questão, em busca de mecanismos regulatórios que coloquem a situação em um ponto ótimo de satisfação desses princípios, com a menor restrição recíproca entre eles. Trata-se, portanto, de calibrar a efetivação desses princípios, e não de excluir *ipso facto* a aplicação de um deles.³³²

328 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

329 BINENBOJM, **Uma Teoria do Direito Administrativo**; BARROSO, **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**; BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2018.

330 Aponte-se que se trata de verificação *in concreto*, a partir da realidade das circunstâncias técnicas e econômicas em que se dá a exploração daquela atividade econômica, dispensadas as justificativas meramente político-ideológicas sem assento constitucional.

331 SCHIRATO, **Livre iniciativa nos serviços públicos**; ARAGÃO, O princípio da proporcionalidade no direito econômico.

332 ARAGÃO, **Direito dos serviços públicos**.

É o princípio da proporcionalidade quem dará a medida em que deverá ser efetivado cada um desses princípios. Tal como elaboramos no item 2.2.4, o exame de proporcionalidade tem três vertentes: (i) *adequação*: a restrição à livre iniciativa deverá ser útil à satisfação do direito fundamental tutelado na outra ponta; (ii) *necessidade*: deve ser imposta a menor restrição possível à livre iniciativa, o que enseja que a exclusividade só pode ser imposta diante da impossibilidade de convivência entre múltiplos prestadores; e (iii) *proporcionalidade em sentido estrito*: a restrição de acesso ao mercado deverá ser compatível com a monta da satisfação do direito fundamental, ou seja, deve trazer a este reais efeitos favoráveis e adequados à monta da restrição provocada.³³³

O sentido usual do serviço público como indutor de exclusividade estatal, assim, está alicerçado na tradição doutrinária e em sua forma de interpretar a Constituição. Naturalmente, o uso da doutrina para a compreensão do ordenamento é bastante útil aos intérpretes e mesmo para se construir o próprio direito positivo. Entretanto o apego à doutrina não pode superar as disposições e o sistema constitucional, impingindo-lhe interpretações e conceitos que não constam do direito positivo ou que violam seus preceitos, como é a ideia de titularidade estatal desenhada pela teoria tradicional como justificadora da exclusividade nos serviços públicos. Há que se lembrar, também, do papel de revisão e proposição que a doutrina deve desempenhar perante o direito administrativo, permitindo o seu desenvolvimento, como ora se pretende.³³⁴

Enfim, nesse contexto, deve ser sublinhado que muito da interpretação tradicional tem fundamento ideológico – confesso ou não – na oposição entre Estado e sociedade. Com isso, é sustentada uma associação entre interesses públicos e sua provisão pelo Estado (organicamente considerado), impondo-se *a priori* a sua presença quando houver interesse público e impondo-se a completa exclusão da sociedade, independentemente de se comprovar a razoabilidade (e constitucionalidade) dessa posição.

A desestatização das finalidades públicas, porém, demonstra a existência e a possibilidade jurídica de que entes privados sejam encarregados de empreender atividades econômicas com alta relevância para os interesses públicos. Dessa maneira, saindo da oposição entre Estado e sociedade, entre público e privado, dá-se lugar à partilha de responsabilidade

333 ARAGÃO, O princípio da proporcionalidade no direito econômico; ÁVILA, **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**.

334 SCHMIDT-ASSMANN, **La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática**.

entre esses dois polos, com conseqüente diversificação das responsabilidades constitucionais que detém o Estado.³³⁵

Afasta-se, então, de uma suposta necessidade de que o Estado execute diretamente aquela relevante atividade econômica para que sejam atendidas finalidades constitucionais previstas nos artigos 1º e 3º, conforme argumentou Eros Grau. Possível, assim, que, mesmo com o fim da exclusividade estatal, sejam assegurados direitos fundamentais em atividades econômicas exploradas por privados – mas sempre garantidas pelo Estado.

É nesse contexto que se ressalta a importância da responsabilidade de garantia do Estado nas atividades cuja exploração se dê (também) por entes privados, mas cuja relevância para a satisfação de direitos fundamentais ou outros interesses públicos torna imperativa a assunção, pelo Estado, de responsabilidades e tarefas, ainda que estas não correspondam à exploração direta da atividade. Em outras palavras, propor o fim da exclusividade nos serviços públicos não é e nem pode ser sinônimo de desinteresse do Estado ou de convivência com a não obtenção de finalidades constitucionais. O que se propõe é a mudança de meios e instrumentos para sua consecução em conformidade com a sistemática constitucional, especialmente com o direito à livre iniciativa.

Por fim, todos os argumentos acima alinhavados demonstram que, juridicamente e tomando-se o texto constitucional vigente e interpretado de forma consistente e sistemática, não há exclusividade estatal na prestação de serviços públicos. A vedação à concorrência não é característica essencial do serviço público no direito brasileiro, muito embora possa ser uma das ferramentas usadas pela regulação dos serviços públicos como forma de efetivação de direitos fundamentais.

Não sendo a exclusividade elemento necessário e caracterizador dos serviços públicos, perde força e sentido a categorização da ordem econômica.³³⁶ Não é mais possível efetivar distinção entre serviços públicos e atividades econômicas com base no fator da existência de exclusividade estatal na prestação dos serviços. É como asseveram Floriano Marques Neto e Rafael Garofano:

Talvez a consequência mais marcante dessa mudança na concepção de serviço público seja a abertura à competição de setores antes consideradas de exclusividade (abertura à concorrência) a qual, somadas às demais consequências tratadas acima leva a perda

335 Nesse sentido, por todos: GONÇALVES, Estado de Garantia e Mercado.

336 MARQUES NETO, Características do Serviço Público.

de utilidade da clássica economia teórica entre serviço público e atividades econômicas assim como da dicotomia serviços públicos e serviços sociais.³³⁷

Há, assim, uma superação da doutrina que vê nos serviços públicos uma atividade distinta das demais atividades econômicas, exclusiva do Estado e dotada de regime especial. Passa-se a uma perspectiva do serviço público como instrumento à disposição do Estado, aplicável a atividades econômicas, para que ele possa cumprir suas finalidades constitucionais, sendo a exclusividade uma das ferramentas que o serviço público proporciona.

3.1.5. Premissas constitucionais para o regime de serviço público

Feita toda a discussão sobre os demais critérios do serviço público e seus respectivos conteúdos em conformidade com a Constituição, terminaremos a exposição analisando o critério formal, que visa compreender o serviço público segundo o regime jurídico nele incidente, isto é, segundo o conjunto de regras e princípios de direito positivo que regulam a exploração. Verificada a existência de tal conjunto dessas normas, tem-se ali um serviço público.

Consideramos ser esse o preponderante critério para o serviço público, sob a ótica jurídica, ao menos no direito brasileiro. Para que um conceito tenha sentido no campo das ciências jurídicas, é necessário que ele evoque a aplicação de determinadas normas e seja um “ponto terminal de princípios e regras jurídicas”,³³⁸ conforme estejam vigentes em um dado ordenamento positivo. Sem isso, o conceito pode até remeter a um conjunto de ideias ou a um fenômeno social, mas não terá significado e utilidade para a ciência jurídica. Estamos, então, em concordância com Bandeira de Mello quanto à essencialidade do critério formal.^{339- 340}

A doutrina tradicional afirma existir um regime jurídico específico para os serviços públicos. Tratar-se-ia de um regime de direito público, caracterizado por regras exorbitantes e derogatórias do direito comum, muitas vezes envolvendo o exercício da *puissance publique*, mas sempre representativas dos privilégios e sujeições de uma atividade considerada típica de

337 MARQUES NETO; GAROFANO, Notas sobre o conceito de serviço público e suas configurações na atualidade, p. 68–69.

338 BANDEIRA DE MELLO, **Serviço Público e Concessão de Serviço Público**, p. 13; Em sentido semelhante, mas ainda somando a perspectiva axiológica nos conceitos jurídicos: REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

339 BANDEIRA DE MELLO, **Serviço Público e Concessão de Serviço Público**; BANDEIRA DE MELLO, **Curso de Direito Administrativo**.

340 Eros Grau, a seu turno, não atribui a mesma importância ao critério formal. Para esse autor, “é inteiramente equivocada a tentativa de conceituar-se serviço público como atividade sujeita a regime de serviço público [...]. Determinada atividade fica sujeita a regime de serviço público porque é serviço público”. GRAU, **A ordem econômica na Constituição de 1988 - (interpretação e crítica)**, p. 112. Grifos do original.

Estado. A legislação e a jurisprudência também reiteram a atribuição de benefícios e vantagens distintas do serviço público, não disponíveis aos demais agentes econômicos, tais como poderes extroversos (desapropriação, exercício de poder de polícia etc.), benefícios fiscais ou impenhorabilidade de bens. Verifica-se, porém, que a doutrina nem sempre avança para detalhar qual o efetivo conteúdo desse regime de serviço público, muitas vezes se reportando a princípios genericamente aplicáveis a todas as atividades estatais.³⁴¹

Diante desse contexto e em conformidade com os posicionamentos tomados nos itens acima, analisaremos daqui em diante o que nos parece ser o regime de serviço público extraído da Constituição e do direito positivo, notadamente frente às exigências postas pelos direitos fundamentais e princípios constitucionais.

Nessa ótica, em primeiro lugar, a mais significativa e estruturante premissa constitucional é de que *o regime de serviço público deve ser adequado à consecução de direitos fundamentais*, ou seja, ao cumprimento de suas finalidades.³⁴² Sendo o serviço público um dever prestacional do Estado, o foco dos princípios e regras que compõe o seu regime deve ser a busca da prestação e da garantia de prestação da atividade por parte do Estado.

Em se tratando de atividades em que há forte presença de direitos fundamentais, o regime deve corresponder às exigências para a sua satisfação, inclusive com a imposição de regulação intensa, bastante regradada e que disponha de instrumentos autoritários. Esse regime, assim, poderá vir a ser restritivo de outros direitos fundamentais – especialmente, do direito à livre iniciativa –, ao impor limitações e obrigações de diversas naturezas em prol da satisfação do direito tutelado. A justificativa e o fundamento para a imposição do regime de serviço público, intenso e potencialmente restritivo, estão na alta carga valorativa que detém a atividade, decorrente da presença direta de direitos fundamentais.

É imperioso que o regime de serviço público respeite a *proporcionalidade* entre os direitos que visa satisfazer, e os direitos que, para tanto, são eventualmente restringidos. Perfazendo-se o exame de proporcionalidade, o regime de serviço público deve ser (i) *adequado*, no sentido de que é capaz de satisfazer o direito fundamental em causa, (ii) *necessário*, ao impor a menor restrição e excepcionalidade possível e (iii) *proporcional em sentido estrito*, de forma que as exorbitâncias dispostas sejam compatíveis com a visada satisfação de direito fundamental.³⁴³ Não se poderia, por exemplo, colocar sob o regime de

341 GRAU, **A ordem econômica na Constituição de 1988 - (interpretação e crítica)**; BANDEIRA DE MELLO, **Serviço Público e Concessão de Serviço Público**; DI PIETRO, **Direito Administrativo**.

342 SCHIRATO, **Livre iniciativa nos serviços públicos**.

343 ARAGÃO, O princípio da proporcionalidade no direito econômico.

serviço público, intenso e restritivo, uma atividade econômica que não efetivasse direitos fundamentais ou que os efetivasse de forma diminuta. Igualmente não se poderia impor regime público mais restritivo do que a satisfação do direito fundamental efetivamente exige.

Em nossa concepção, portanto, o regime de serviço público não é uma decorrência e não está justificado pela presença orgânica do Estado ou pela titularidade estatal sobre os serviços públicos, como se estes fossem atividades de domínio do poder público. Por isso mesmo, eventuais exorbitâncias e aspectos derogatórios desse regime devem estar vinculados à satisfação dos direitos fundamentais em causa e servirem para favorecer a prestação ou garantia de prestação pelo Estado, de forma proporcional e condizente com os demais princípios e direitos fundamentais tutelados na Constituição. É essa a primeira premissa constitucional para o regime de serviço público.

Considerado esse primeiro enquadramento, observa-se que o artigo 175 da Constituição, dispositivo que é o centro normativo do serviço público, não especifica e detalha qual é este regime adequado ao cumprimento do dever prestacional do Estado. Do *caput* e seu parágrafo, apenas se pode extrair que a exploração dos serviços se dará de forma direta, ou mediante concessões ou permissões precedidas de licitação, e não muito mais do que isso. Essencialmente, o referido artigo desde já prevê que a prestação do serviço público se dará na forma da lei, assim outorgando ao legislador a competência para determinar qual será o regime por meio da legislação ordinária.

O regime pelo qual os serviços públicos serão explorados, então, não está previamente determinado na Constituição, embora devam ser atendidas as balizas do que é constitucionalmente adequado e proporcional à satisfação de direitos fundamentais, como apontamos. Tem-se, assim, um regime de conteúdo incerto, aberto, a ser definido conforme as necessidades concretas de cada atividade diante de suas características técnicas e econômicas. Como aponta Alexandre de Aragão, “a Constituição dá os fins dos serviços públicos, mas deixa grande maleabilidade na eleição dos meios (maior ou menos prestação direta, mais ou menos concorrência etc.)”.³⁴⁴

Como se extrai do artigo 175 e seu parágrafo único, o legislador ordinário disporá os aspectos relevantes do regime de serviço público, a saber, (i) o regime das empresas concessionárias e permissionárias, o caráter especial de seu contrato e as condições de caducidade, fiscalização e rescisão, (ii) os direitos dos usuários, (iii) a política tarifária e (iv) o

344 ARAGÃO, **Direito dos serviços públicos**.

serviço adequado. Em todos esses elementos, há largo espaço de liberdade de conformação para o legislador ordinário construir e modular o regime dos serviços públicos.

Com isso, na prática, o que se verifica é que há uma gama de diferentes legislações sobre a regulação das atividades tidas como serviços públicos, com notáveis distinções do regime aplicável a cada atividade e setor econômico.

Pode ser verificada a maior ou menor admissão de elementos de direito privado na prestação dos serviços, a exemplo da aplicação parcial do direito consumerista para reger as relações com os usuários, ou a aplicação do direito civil comum na atividade de empresas estatais. Igualmente, admite-se variações quanto à imposição de maior ou menor exclusividade na prestação dos serviços, mediante diferentes formas de regulação de acesso, inclusive com assimetrias regulatórias para acesso à atividade em regime de direito público ou direito privado. Ainda, o regramento do serviço público pode envolver variações no controle sobre a atividade das delegatárias, como disposições sobre o regime de bens, preços, quantidade e qualidade dos serviços ofertados (notadamente quanto à obrigação de manter o serviço adequado).

Além da conformação pela via legislativa, observa-se que a própria legislação ordinária remete muito da regulação dos serviços públicos à competência normativa da Administração Pública, especialmente a exercida por suas agências reguladoras. A utilização de conceitos indeterminados e a remissão direta aos regulamentos acaba por ressaltar o papel essencial que a função normativa tem na criação e na determinação do regime de serviço público, especialmente para dar-lhes os critérios técnicos necessários ao bom provimento dos serviços, que nem sempre estão à disposição do legislador.³⁴⁵

Portanto, entendemos que há grande maleabilidade e variações internas ao regime de serviço público, que não pode ser reduzido a um único regime uniformemente aplicado a todas as atividades nas quais recai o dever de prestação estatal. Haverá regulações mais rígidas, mais estritas e de maior controle do Estado sobre a prestação, bem como haverá aquelas mais leves, flexíveis e próximas do regime privado e mercadológico de prestação. Carlos Ari Sunfeld afirma que “não há um projeto constitucional único em relação a todos eles [os serviços públicos], do qual resultem objetivos comuns a atingir, mecanismos de exploração uniformizados ou regime jurídico universal”.³⁴⁶

345 ARAGÃO, **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**; MOREIRA, Egon Bockmann. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil, **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, v. 44, p. 87–118, 2013; OTERO, **Legalidade e Administração Pública**.

346 SUNDFELD, Carlos Ari. A regulação de preços e tarifas dos serviços de telecomunicações, *in*: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.), **Direito Administrativo Econômico**, São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 318.

É a esse respeito que continua a advertência de Sundfeld no sentido de que recorrer à categoria do “serviço público” não é suficiente para compreender o ordenamento e determinar *tout court* o regime jurídico de uma dada atividade, sem a devida observância do direito vigente. É preciso extrapolar as lições doutrinárias, genéricas e principiológicas que visam determinar o regime do serviço público com base em uma determinada visão sobre seu conceito, a despeito do que efetivamente prevê o direito positivo:

O perigo maior quando se enfrenta (sic) problemas jurídicos concretos relativos a essas atividades é o de ignorar as normas. Isso, convém alertar, vem ocorrendo com frequência: recorre-se acriticamente às lições doutrinárias (umas, velhíssimas e desatualizadas; outras, copiadas sem reflexão de livros estrangeiros, muitas vezes mal-lidos; algumas, ditadas por vinculações econômicas, partidárias ou pessoais), tentando encaixá-las à força na realidade, sem o menor respeito ao Direito Positivo vigente.³⁴⁷

Diante desse cenário, entendemos que, embora exista o regime de serviço público – visto que disposto no artigo 175 –, não se pode considerar que este seja um regime único, inteiramente decorrente da Constituição. Evidente que por ser o serviço público uma obrigação estatal perante os direitos fundamentais, o regime de serviço público também deve estar orientado a esta função. Todavia, a forma de desempenho dessa obrigação será determinada pela legislação ordinária, de forma que serão observadas variações no conteúdo dos regimes de serviço público. A multiplicidades de regimes será retomada no Capítulo 4, no qual demonstraremos item-a-item essas variações e seus impactos na categorização das atividades econômicas.

3.2. Atividade econômica e regulação

3.2.1. Atividades econômicas sob regulação genérica

Com a denominação “atividades econômicas sob regulação genérica”, quer-se referir a um status genérico e *a priori* de todas as atividades econômicas. Do ponto de vista fático, são processos econômicos de produção e circulação de bens e serviços, tal como são todas as atividades econômicas e serviços públicos. Embora atendam às necessidades do mercado, são atividades cuja satisfação de direitos fundamentais ou interesses públicos não é sensível ao ponto de ensejar maior incidência regulatória.

347 *Ibid.*

Essas atividades econômicas estão alicerçadas no direito à livre iniciativa do artigo 170, *caput*, da Constituição, reiterado ainda no seu parágrafo único, que estabelece que é assegurado a todos o livre exercício de atividade econômica, ressalvados os termos da lei. Nessas atividades, por não haver circunstâncias de maior sensibilidade ao interesse público, há uma preponderância natural da livre iniciativa, visto que o campo de aplicação *prima facie* desse direito fundamental não encontra notáveis restrições.

Por se tratar de um direito fundamental, a livre iniciativa deve ser considerada elemento componente do interesse público – que não pode ser confundido com interesse da coletividade –, além de ser um dos fundamentos da República (artigo 1º, IV, da Constituição). Nesse sentido, é finalidade do Estado a satisfação também desse direito, em harmonia com os demais constitucionalmente consagrados. Interessa ao Poder Público que os membros da sociedade gozem dessa liberdade e que, a partir dela, produzam bens e serviços para atendimento da população e promovam o desenvolvimento econômico e social.

Em razão de suas características, essas atividades são exploradas em regime de direito privado, sem que haja incidência regulatória especializada e sem prejuízo de regulações genéricas aplicáveis a todas as atividades econômicas. Tais atividades são de livre acesso aos particulares, sendo a exigência de autorização ou de qualquer título habilitante por parte da Administração Pública admitida apenas se prevista em lei.

Por outro lado, evidentemente, essas liberdades também estão sujeitas a limites e restrições quando assim se fizer necessário e for proporcional ao resguardo de outros valores e direitos constitucionais, a exemplo dos limites e obrigações impostos à atividade econômica em decorrência da tutela do consumidor, do meio ambiente, da livre concorrência, entre outros.

Considerando esse cenário, em que a exploração da atividade tem moldes jurídicos mais simples, observa-se que o Estado tem responsabilidade mais branda, limitando-se a estabelecer as condições mínimas e o enquadramento jurídico básico das atividades, perfazendo-se em uma *responsabilidade de enquadramento*, nos termos já expostos no item 2.1.3. Como anota Pedro Gonçalves, funda-se na presunção de que o mercado, por seus meios próprios e instrumentos de direito privado, é capaz de alcançar funcionamento equilibrado e suficiente, sendo a intervenção, conseqüentemente, apenas episódica.³⁴⁸ O papel do Estado,

348 GONÇALVES, Estado de Garantia e Mercado.

então, é mais de buscar que os arranjos próprios da sociedade se deem livremente, o que, por si, já efetiva direito fundamental, e assim o faça com respeito ao interesse e à ordem pública³⁴⁹.

É nesse contexto que se apresenta a intervenção estatal sobre as atividades econômicas sob regulação genérica. É por meio da *atividade administrativa de ordenação* que o Estado atuará em cumprimento da sua responsabilidade.

Na concepção de Schmidt-Assmann, a atividade administrativa de ordenação é, tradicionalmente, a atividade de “evitação de perigos”, em que a Administração reage episodicamente diante de situações concretas mediante expedição de ordens, proibições e sanções pelo seu descumprimento.³⁵⁰ Essa atuação se daria no seio de relações bilaterais em que o Estado imporia limite a atividades e interesses privados, isto é, em uma atuação tipicamente restritiva de direitos.

Essa atividade remete ao conceito de poder de polícia já consagrado no direito administrativo. Originado na doutrina francesa, o poder de polícia era concebido como o exercício de poderes de autoridade pela Administração Pública para restrição das liberdades individuais em prol do resguardo da ordem pública geral, concebida na tríade segurança, tranquilidade e salubridade públicas.³⁵¹ Esses bens a serem protegidos pela polícia administrativa, porém, têm sido ampliados em prol de ordens públicas especiais, tais como a urbanística, ambiental, social e, especialmente, econômica.³⁵²

Em uma abordagem mais recente, Gustavo Binenbojm trabalha o conceito de poder de polícia nos seguintes termos:

Com efeito, o poder de polícia apresenta-se na atualidade como uma ordenação social e econômica que tem por objetivo conformar a liberdade e a propriedade, por meio de prescrições ou induções, impostas pelo Estado ou por entes não estatais, destinadas a promover o desfrute dos direitos fundamentais e o alcance de outros objetivos de interesse da coletividade, definidos pela via da deliberação democrática, de acordo com as possibilidades e os limites estabelecidos na Constituição.³⁵³

349 GONÇALVES, **Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas**; SCHMIDT-ASSMANN, **La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática**.

350 SCHMIDT-ASSMANN, **La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática**, p. 181.

351 CHAPUS, René. **Droit Administratif Général**. 15. ed. Paris: Montchrestien, 2001.

352 FRIER, Pierre-Laurent; PETIT, Jacques. **Droit Administratif**. Paris: LGDJ, 2015; BINENBOJM, **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**.

353 BINENBOJM, **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**, p. 71.

Veja-se que a noção de ordem pública visa justamente resguardar interesses e bens públicos – tais como a saúde, a segurança, o meio ambiente e a própria ordem econômica –, em face de comportamentos privados que eventualmente lhes sejam contrários.

É nesse sentido que se quer demonstrar que a atividade ordenadora está a serviço da responsabilidade de enquadramento. Como já está presente na doutrina francesa tradicional, o que se pretende garantia na ordem pública é um “mínimo de condições que parecem indispensáveis para garantir o exercício de direitos e liberdades fundamentais”.³⁵⁴ Assim, visa-se possibilitar justamente o desenrolar autônomo das relações privadas no âmbito da sociedade, sem que a Administração dite o direcionamento dessas relações, apenas intervindo pontualmente para obstá-los de certos sentidos que seriam prejudiciais aos interesses públicos.

Vale notar que a atuação ordenadora não será aplicável exclusivamente às atividades econômicas sujeitas à regulação genérica, mas a todo tipo de atividade econômica, inclusive (e especialmente) aquelas fortemente reguladas e exercidas pelo Estado.³⁵⁵

Outro instrumento afeto à *responsabilidade de enquadramento* é o direito concorrencial.³⁵⁶ Tem-se, aqui, atuação administrativa voltada a regular e a defender a livre concorrência no mercado contra abusos e infrações à ordem econômica, cometidos por agentes econômicos, sejam eles entes privados ou mesmo públicos.³⁵⁷ Assim, visa-se garantir a racionalidade econômica própria do mercado em prol do provimento de bens e serviços.

Como afirma André Ramos Tavares, “nesta seara, portanto, o Estado reconhece a importância do mercado, admite que ele tem falhas e, consciente, atua como eu guardião e da competição entre os agentes nele atuantes”.³⁵⁸ Mais intensamente, Pedro Gonçalves afirma que,

354 FRIER; PETIT, *Droit Administratif*, p. 285.

355 No sentido da aplicação do poder de polícia aos serviços públicos concedidos, e não só às atividades estritamente privadas: BINENBOJM, **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**, p. 74–75.

356 Schmidt-Assmann relaciona a responsabilidade de enquadramento e direito concorrência. Entendemos que o direito concorrencial também poderá expressar a responsabilidade de garantia, especialmente em setores regulados nos quais a concorrência é frágil ou mais sensível. SCHMIDT-ASSMANN, **La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática**; SAMPAIO, Patricia Regina Pinheiro. **Regulação e Concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

357 O que, aliás, confirma a ideia de transversalidade dessa tarefa administrativa para outros tipos de atividades econômicas, inclusive serviços públicos e monopólios constitucionais. Conforme o artigo 31 da Lei 12.529/2011: “Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou **jurídicas de direito público** ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, **mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal**.”

358 TAVARES, André Ramos. A intervenção do Estado no Domínio Econômico, *in*: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos (Orgs.), **Direito Administrativo Econômico**, São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 239.

sendo a defesa da economia de mercado um fim do Estado, como dito, a defesa da concorrência constitui o próprio interesse público.³⁵⁹

Essa competência está implementada na Lei Federal nº 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, composto por entidades do Poder Executivo. Sem visar fazer qualquer glosa da lei, aponte-se apenas para os poderes atribuídos ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) para acompanhar o mercado e atuar interventivamente, quando se fizer necessário, processando e julgando infrações à ordem econômica, bem como controlando concentrações do mercado.

Vê-se que a defesa da concorrência busca assegurar que a dinâmica econômica se dê sem comportamentos indevidos dos agentes que possam vir a prejudicar os interesses privados (juridicamente tutelados) de outros agentes ou, ainda, os interesses coletivos. Trata-se, assim, de deixar a operação do mercado aos agentes econômicos, sem dirigismos, mas coibindo os comportamentos privados (mediante limitações à livre iniciativa) que sejam deletérios a interesses públicos tais como os direitos dos consumidores, o pleno emprego e a própria livre iniciativa de outros particulares.

Repare-se que tanto no poder de polícia quanto no direito concorrencial, além de interesses coletivos, a atuação administrativa também visa resguardar os interesses privados juridicamente tutelados contra a atuação indevida de outros agentes privados, agindo com base em seus próprios interesses (juridicamente tutelados ou não). Bom exemplo disso é a repressão ao abuso de poder econômico previsto no §4º do artigo 173 da Constituição. Dessa forma, novamente, criam-se condições para o livre exercício de direitos e atividades privadas, sem os óbices de abusos e excessos, mesmo de outros particulares.

Em vista disso, entendemos que esse é o cenário e regime jurídico base, *default*, da intervenção estatal sobre as atividades econômicas, até que seja constatada razão suficiente e proporcional que justifique a incidência de intervenção e de regulação mais intensa e restritiva de direitos fundamentais. Nesse modelo, visa-se dar a maior primazia possível à livre iniciativa sem se descuidar de outros interesses públicos subjacentes, e bem como deve ser para todas as atividades econômicas, salvo aquelas em que haja motivos constitucionalmente previstos que justifiquem maior intervenção estatal.

Interessante destacar também que, em nossa visão, a “regulação genérica” (baseada na livre iniciativa com restrições pontuais) aplica-se a todas as atividades econômicas, quer sejam

359 GONÇALVES, Estado de Garantia e Mercado, p. 15.

classificadas como serviços públicos, quer como monopólios, na medida em que nenhuma atividade escapa, por exemplo, à observância da ordem pública. As ulteriores regulações incidentes nas atividades econômicas, assim, servirão como “camadas adicionais” sobre essa regulação genérica.

Ao que nos parece, a constatação das atividades sob regulação genérica e a descrição acima feita são o que mais se aproxima da ideia de “atividade econômica em sentido estrito” elaborada pela teoria tradicional. Verdadeiramente, os autores tradicionais não se dedicam ao detalhamento do que seriam essas atividades – que ficam, por vezes, definidas “por exclusão” diante dos serviços públicos e dos monopólios³⁶⁰ –, notadamente porque o foco desses autores acaba por ser, acima de tudo, o de construir e justificar o serviço público, mais do que propriamente compreender e dar todos os contornos de toda a ordem econômica.

O destaque e o desafio teórico, porém, não estão nessas atividades, que são juridicamente mais simples. O que ocorre é que, ao menos desde os anos de 1990, as então ditas “atividades econômicas em sentido estrito” têm apresentado uma crescente complexificação e intensificação regulatória, tornando insuficiente esse quadro da regulação genérica. Dá-se lugar às *atividades privadas reguladas* e, com elas, a necessidade de um aporte teórico suficiente e compreensivo.

3.2.2. *Despublicatio* e a emergência das atividades privadas reguladas

No campo das atividades econômicas, há um fenômeno de especial relevância para a ordem econômica, um fenômeno relativamente recente e que tem potencial para desafiar os quadrantes teóricos propostos pela teoria tradicional e que, novamente, demonstra a necessidade de sua superação. Esse fenômeno é a *despublicatio* (ou despublicização).

De um ponto de vista objetivo e estritamente formal, trata-se da alteração no direito positivo 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.³⁶¹

360 BANDEIRA DE MELLO, **Curso de Direito Administrativo**.

361 GONÇALVES, **Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas**.

Se considerarmos a teoria tradicional, a *despublicatio* significa a conversão da categorização de um serviço público em uma atividade econômica em sentido estrito. 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. A esse respeito, Grau assevera que a “privatização de serviços públicos” é completamente incompatível com a Constituição porque isso comprometeria a preservação dos princípios inscritos nos artigos 1º, 3º e 170.³⁶²

Também como ocorreu em outros países, no direito brasileiro o fenômeno da *despublicatio* se deu muito fortemente na década de 1990 quando alterações constitucionais e legislativas incidiram sobre serviços públicos tradicionais. Já tivemos a oportunidade, no item 1.5, de indicar como essas alterações legislativas evidenciavam a insuficiência da teoria tradicional para compreensão da ordem econômica. Assim, visamos neste item analisar esse fenômeno e os questionamentos que ele coloca para a teoria tradicional.

A primeira e talvez a mais contundente dessas alterações se deu no setor de telecomunicações, no qual a forte presença estatal, além de praticada há décadas, também constava expressamente do texto original da Constituição. A redação original do artigo 21, XI, indicava que as telecomunicações eram serviços públicos a serem explorados diretamente ou mediante delegação estritamente a empresas sob controle acionário estatal.³⁶³ Via-se, então, que havia tanto a publicização da atividade quanto uma limitação à sua delegação apenas para empresas estatais, excluída a possibilidade de concessões a particulares, ainda que em regime de serviço público.³⁶⁴

Nesse caso, sendo a titularidade inscrita em sede constitucional – nos termos do que descrevemos no item 3.1.3 –, fez-se necessária a Emenda Constitucional nº 8/95 para se viabilizar a *despublicatio* da atividade.³⁶⁵ Na redação alterada, previu-se que, além da competência da União para explorar a atividade, caberia a sua delegação mediante concessão,

362 GRAU, Concessionária de serviço público - Bens Públicos - Direito de uso.

363 Eis a redação original: “XI - explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União.”

364 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Regime jurídico das telecomunicações: autorização, permissão e concessão, **Interesse Público - IP**, n. 12, 2001.

365 A redação alterada e ora vigente é: “XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;”

permissão e, adicionalmente, autorização. Note-se que o termo “serviço público” também foi subtraído.

Com margem de conformação instalada pela referida emenda, o legislador infraconstitucional editou a Lei Federal nº 9.742/1997 (Lei Geral de Telecomunicações), que previu, em seu artigo 65, que os serviços de telecomunicação poderão ser explorados em regime público e/ou em regime privado,³⁶⁶ competindo à Administração Pública a determinação do regime aplicável a cada serviço.³⁶⁷ Atualmente, então, o regime público é cabível às concessões, às permissões e à exploração direta pelo Estado, e o regime privado, às autorizações expedidas pela ANATEL, inclusive incidindo ambos os regimes nos mesmos serviços em plena concorrência.³⁶⁸

Fenômeno semelhante também é identificado na regulação do setor elétrico, referido no artigo 21, XII, d, da Constituição. Tendo o dispositivo constitucional já previsto a prestação dos serviços diretamente ou mediante concessão, permissão ou autorização, bastou ao legislador revisar o marco legal para realizar a *despublicatio*.

Nesse caso, como já comentado, a estratégia foi desmembrar as várias atividades do setor, aplicando sobre cada uma delas um determinado regime jurídico (*unbundling*). Separou-se o setor em atividades de geração, transmissão, distribuição e comercialização. A partir disso, seguindo as condições técnicas e econômicas de cada atividade, especialmente as condições de exploração concorrencial, foram editadas novas legislações que liberalizaram o regime jurídico do setor.³⁶⁹ Em grandes linhas, as atividades de geração foram sujeitas ao regime público e privado; as de transmissão e distribuição, ao regime de serviço público; e as de comercialização, ao regime de direito privado, atividade que foi verdadeiramente criada e estruturada pela Lei Federal nº 10.848/2002. A *despublicatio*, nessa matéria, deu-se formalmente apenas nas atividades de produção, mas envolveu a alteração da lógica de todo o setor para garantir o acesso de todos os interessados às redes, fomentar a concorrência e a autorregulação.

Outro exemplo digno de nota é o do setor portuário, serviço cuja competência foi atribuída à União pelo artigo 21, XII, f, da Constituição. Também nesse caso, a legislação

366 “Art. 65. Cada modalidade de serviço será destinada à prestação: I - exclusivamente no regime público; II - exclusivamente no regime privado; ou III - concomitantemente nos regimes público e privado.”

367 MARQUES NETO; COSCIONE, **Telecomunicações: doutrina, jurisprudência, legislação e regulação setorial**.

368 Veja-se, por exemplo, o Plano Geral de Outorgas aprovado pelo Decreto 6.654/2008, que prevê a aplicação do regime público e privado para os serviços de telefonia fixa comutada (STFC), sem garantia de exclusividade aos operadores em regime de serviço público (arts. 1º e 5º). Comente-se, também, que a LGT anteviu e garantiu que o STFC seja sempre prestado em regime público (art. 64, par. ún.).

369 APOLINÁRIO, **Estado Regulador: o novo papel do Estado**.

infraconstitucional despublicizou atividades antes tidas como serviços públicos, submetendo-as agora também ao regime privado. A Lei Federal nº 12.815/2013 mescla os regimes público e privado com a figura do terminal de uso privado, que viabiliza a prestação de serviços portuários por entes privados, mediante autorização.³⁷⁰

Como se depreende desses exemplos – sem prejuízo de outros –, a conversão de serviços públicos em atividades econômicas em regime de direito privado se dá com principal fundamento nos dizeres (originais ou reformados) dos respectivos incisos do artigo 21 da Constituição, e, especialmente, na presença do termo “autorização” nesses dispositivos. Tal caso de uso do termo “autorização”, a nosso olhar, é um permissivo constitucional para que as atividades ali enumeradas sejam regidas pelo direito privado, sob regulação estatal, logo permitindo a sua *despublicatio*.

Esse termo viabilizou a criação de um regime privado para atividades que, até então, vinham sendo exploradas tão somente pelo regime público, em razão do (indevido) postulado da exclusividade estatal, apesar de a Constituição, desde sempre, permitir sua exploração em ambos os regimes. Institui-se, então, um modelo de *assimetria de regimes*, pelo que convivem regimes públicos e privados na mesma atividade econômica, o que até então notoriamente ocorria quanto aos serviços sociais (saúde e educação).

É necessário apontar que o procedimento de *despublicatio* conduzido nas legislações acima referidas foi validado e julgado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.668, interposta contra a Lei Geral de Telecomunicações.

Grande parte das medidas cautelares pleiteadas pelos autores para suspensão de dispositivos da lei foi deferida pelo relator, ministro Marco Aurélio, mas o ministro acabou minoritário no plenário do tribunal. Especificamente, a respeito da *despublicatio* e da exploração em regime privado de atividades listadas no artigo 21 da Constituição, sobressaiu o entendimento sobre sua constitucionalidade, nos termos do voto condutor do ministro Nelson Jobim:

Sr. Presidente, não vejo inconstitucionalidade alguma no fato de cada modalidade de serviço estar destinada à prestação exclusivamente do regime público, do regime privado, ou, concomitantemente, a ambos os regimes, sem qualquer exclusão. A Agência [Nacional de Telecomunicações] poderá definir, e, em alguns casos

370 MOREIRA, Egon Bockmann. A nova lei dos portos e os regimes de exploração dos portos brasileiros, *in*: RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno; FREITAS, Rafael Vêras De (Orgs.), **A nova regulação da infraestrutura e da mineração**, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 121–136.

concretos, há o interesse público no sentido de que um serviço possa ser, ao mesmo tempo, privado – forma pela qual poderá ser financiado – e aberto ao público.³⁷¹

Verifica-se, portanto, a confirmação da constitucionalidade do fenômeno da *despublicatio* pelo Poder Judiciário, em consonância com os argumentos ora apresentados.³⁷² Essa decisão serve, a nosso ver, para estancar boa parte das dúvidas que se possam levantar sobre a inconstitucionalidade das medidas acima referidas, ao menos até que surjam novos entendimentos e detalhamentos por parte do Supremo Tribunal Federal – em sua competência para “errar por último”.

Dentro desse fenômeno de *despublicatio*, além das alterações constitucionais e legislativas necessárias, procedeu-se, muitas vezes, também à alienação de empresas e de outros ativos que detinha o Estado e que faziam parte da prestação dos serviços públicos então liberalizados. Mencione-se, por exemplo, a simultânea privatização da Telebrás e da Embratel, empresas responsáveis pelas telecomunicações no país, dando lugar a várias prestadoras em concorrência. Por vezes, mesmo nos setores ou atividades que remanesceram sob o serviço público, é possível encontrar casos de alienações de empresas estatais, sendo as novas empresas também concessionárias dos serviços.

Somando-se a todo fenômeno de *despublicatio*, é possível ainda observar que o Estado também se desvencilhou de empresas e ativos seus relacionados à exploração de atividades econômicas ditas “em sentido estrito”, a exemplo dos setores siderúrgico, bancário, petrolífero e minerário.³⁷³ Ainda que não tenha ocorrido propriamente a *despublicatio* da atividade, que sempre foi aberta à exploração privada, a alienação dessas companhias e o aumento da participação privada nesses setores de alta relevância estratégica e social certamente induzem efeitos parecidos com os da *despublicatio*.

A *despublicatio*, portanto, tem efeitos perante a ordem econômica, especialmente no que se refere à postura do Estado perante a atividade. Este é, a nosso ver, o principal fator para a emergência da *responsabilidade de garantia* e das *atividades privadas reguladas*. Seus efeitos têm potencial de descortinar novos e variados instrumentos interventivos para o Estado e desafiam a dicotomia da ordem econômica.

371 Voto do Ministro Nelson Jobim no julgamento da MC-ADI 1.668, de 20/08/1998.

372 No mesmo sentido, entendemos que a decisão do STF validou a aplicação do regime de direito privado às competências previstas no artigo 21 da Constituição, bem como é possível aplicar a referida decisão a outras atividades listadas no mesmo dispositivo: MOREIRA, A nova lei dos portos e os regimes de exploração dos portos brasileiros.

373 MOREIRA, Notas sobre o Estado Administrativo: de omissivo a hiperativo.

A começar esse argumento, aponte-se primeiro que a *despublicatio* quebra o vínculo orgânico entre o Estado e a atividade: são vendidas as empresas estatais, isto é, vendidos os próprios órgãos do serviço, bem como se avança na partilha da responsabilidade e da execução daquela atividade entre o setor público e o setor privado, sem se poder falar em “domínio exclusivo” de um ou de outro.³⁷⁴

A perda da relação subjetiva entre o Estado e a atividade, porém, não decorre da perda do interesse público (ou, para Grau, do “interesse social”) subjacente a essas atividades. As telecomunicações vêm tendo cada vez mais relevância na sociedade e na economia, apontando até para um direito fundamental à inclusão digital e ao acesso à internet.³⁷⁵ No setor de energia, a atividade de produção mantém papel essencial na concretização de direito fundamental, o mesmo direito que justifica a assunção em regime de serviço público de outras atividades nesse setor. Os portos, a seu turno, como também em outros setores de transporte, são responsáveis pela satisfação de direito de locomoção, assim como são relevantes para o desenvolvimento e a segurança nacional.

Essas atividades mantiveram sua importância dentro da ordem econômica e sua relevância para a satisfação de direitos fundamentais, relevância que, inclusive, está ainda maior diante da evolução tecnológica, da introdução da concorrência e do aumento do número dos usuários desses serviços.³⁷⁶ Não se diga, logo, que essas atividades deixaram de ser serviços públicos por uma variação temporal a respeito do que seria ou não relevante para a sociedade.

Por ainda estarem presentes direitos fundamentais e interesses públicos, 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*.³⁷⁷ É mantida a finalidade social do Estado e seu correlato dever de assegurar a produção de

374 GONÇALVES, **Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas.**

375 GUGLIELMI; KOUBI; LONG, **Droit du Service Public.**

376 Essa relevância, inclusive, é reconhecida por Bandeira de Mello: “Em nosso tempo histórico, os serviços de telecomunicações, notadamente os de telefonia, respondem com exemplar tipicidade ao gênero de atividades de que se está a falar. Com efeito, ninguém em seu juízo normal contenderia a supina relevância social de tais serviços e a necessidade de que o Poder Público assegure um certo padrão uniforme de conduta e um nível de qualidade para proteção dos usuários”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Serviço público e telecomunicações, **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP**, n. 1, p. 1–18, 2008, p. 1.

377 Sobre a finalidade social do Estado e a manutenção de sua responsabilidade perante os direitos fundamentais no contexto pós-privatização, confira-se o Capítulo 2. e os seguintes: 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.**

resultados especialmente relevantes para os direitos fundamentais.³⁷⁸ Perceba-se, portanto, que o mesmo fundamento constitucional que permitiu a assunção da atividade econômica como serviço público – isto é, a tutela dos direitos fundamentais – continuará a ser perseguido pelo Estado após a despublicização da atividade. Não se fale, com isso, em qualquer prejuízo aos princípios constitucionalmente consagrados, que continuam aplicáveis e cogentes à atuação do Estado.

A mudança está no *meio*, no *instrumento* a ser empregado no cumprimento dessa finalidade estatal. Há uma mudança legislativa que altera a forma da atuação da Administração Pública, de uma atuação prestacional, direta e visando à produção dos resultados para uma atuação indireta, reguladora e fiscalizadora da atividade econômica, como forma de assegurar que o mercado produzirá resultados satisfatórios aos interesses públicos. O interesse e a participação estatal nessas atividades, assim, não cessam completamente de existir, mas o Estado volta agora à postura de *garante* e de regulador, ao invés de prestador.

Essa nova postura está de acordo com a competência instalada no artigo 174 da Constituição, que outorga ao Estado o papel de agente normativo e regulador da atividade econômica. As funções de fiscalização e incentivo aos agentes econômicos darão cumprimento ao referido artigo segundo o que for previsto em lei ordinária, ficando garantido também o espaço de conformação ao legislador para que dê o tom da intervenção regulatória segundo as condições da realidade concreta de cada atividade. O fato é que a própria Constituição prevê e legitima essa nova conduta do Estado e da Administração Pública em prol da satisfação de finalidades públicas, reservada a competência legislativa para especificar as formas e o meio de exercício desse papel regulador.³⁷⁹

É nesse momento que surge a *responsabilidade de garantia* como uma responsabilidade de assegurar que a exploração de atividades econômicas que permeiem interesses públicos se dê de forma condizente e adequada a esses interesses, nos termos do que expusemos no item 2.1.3. Em especial, em cumprimento dessas finalidades, a Administração visará à garantia de (i) fornecimento desses serviços, (ii) proteção dos usuários, (iii) promoção

378 “Assim, por exemplo, como consequência dos fenômenos privatizadores surge para a Administração uma responsabilidade de acompanhamento das transformações das estruturas do mercado e de cobertura das carências transitórias no provimento de bens e serviços”. SCHMIDT-ASSMANN, **La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática**, p. 188; GONÇALVES, **Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas**; APOLINÁRIO, **Estado Regulador: o novo papel do Estado**.

379 MOREIRA, *Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil*.

da concorrência e (iv) proteção de outros bens jurídicos afetados, tais como saúde, ordem pública e meio ambiente.³⁸⁰

De forma indissociável da *despublicatio* e da responsabilidade de garantia, surge conjuntamente o *dever de regular* as atividades econômicas das quais o Estado tenha se retirado da exploração direta. A regulação aparece, assim, como um instrumento de implementação da responsabilidade de garantia por meio da qual o Estado pode condicionar e normatizar o desempenho privado na atividade econômica, com o objetivo de assegurar a produção dos resultados desejados e atendimento das finalidades de interesse público.³⁸¹ Essa tarefa é especialmente relevante visto que a *despublicatio* pode vir a criar um novo mercado (*market building*³⁸²), uma nova atividade ou mesmo um novo regime jurídico até então inexistente, o que não pode passar ao largo da regulação e da fiscalização estatal.

Diante de todo o acima descrito, cremos estar caracterizado o conceito das *atividades privadas reguladas*: atividades econômicas, exercidas em livre iniciativa e por direito próprio dos particulares, em regime de direito privado e sujeito a intensa regulação fundada na garantia de direitos fundamentais e interesses públicos.³⁸³

O fenômeno da *despublicatio* e a conseqüente emergência dessas *atividades privadas reguladas* adquiriram, na ordem econômica brasileira, um lugar de relevância, o que deve ser considerado nas formulações teóricas. A nosso ver, esses novos fenômenos não são abarcados pela teoria tradicional de categorização e desafiam a adoção dessa teoria para a compreensão do ordenamento vigente. Passamos, então, a contrastar a teoria com esses fenômenos.

Em primeiro lugar, partindo do ponto de vista da teoria tradicional, a *despublicatio* seria mesmo inconstitucional, como Bandeira de Mello defende explicitamente sobre os serviços de telecomunicação após a nova legislação.³⁸⁴

Por mais que, em tese, seja possível a conversão de serviços públicos em atividades econômicas em sentido estrito – dada a historicidade das categorizações –, é fato que as

380 GONÇALVES, Estado de Garantia e Mercado.

381 MARQUES NETO, Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica; ARAGÃO, Regulação da Economia: conceito e características contemporâneas; GONÇALVES, Estado de Garantia e Mercado.

382 A exemplo, veja-se que a Lei 10.848/2002 institucionalizou o mercado de comercialização de energia elétrica. Sobre a mesma prática em Portugal e outros países: GONÇALVES, Pedro Costa. **Regulação, Electricidade e Telecomunicações**. Coimbra: Coimbra Editores, 2008, p. 75.

383 Para caracterizações nesse sentido, cf.: ARAGÃO, **Direito dos serviços públicos**; ARAGÃO, **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**; MARQUES NETO, Evolução do Serviço Público.

384 “É desnecessário discutir ou por reparos em quaisquer tolices ou contradições até infantis da lei no 9.472, as quais, de resto, não passariam de meras tolices se não fossem grosseiramente inconstitucionais, como o tal suposto ‘regime de direito privado’ para a prestação de certos serviços” BANDEIRA DE MELLO, Serviço público e telecomunicações.

atividades despublicizadas mantiveram sua relevância perante a Constituição e perante a dita “coesão social”, como acima exemplificamos. Revela-se, inclusive, uma aproximação entre o elemento material do serviço público e o elemento material das atividades econômicas, dado que ambas podem se referir a atividades essenciais à sociedade (ou, nos termos propostos no item 3.1.1, referir-se a direitos fundamentais).

Relembre-se que Eros Grau adota uma concepção materialista dos serviços públicos, em detrimento do critério formal (relativo ao regime jurídico). Conforme se extrai do posicionamento desse autor, uma atividade tida como essencial à sociedade, à luz da Constituição, deve ser considerada um serviço público e, daí, ser submetida ao regime de direito público.³⁸⁵ Dessa forma, seria possível a despublicização do regime jurídico (formal) ao passo que a atividade continua a preencher a noção (material) de serviço público? Não nos parece que tal transformação seja admitida se tomamos por base a teoria de Grau. Nos casos acima tratados, alterou-se o regime, mas não foi alterada a essencialidade da atividade, o que, para Grau, seria inviável.

Também em decorrência da valorização do critério material, outro aspecto que não é enquadrado pela teoria tradicional é a assimetria de regimes – o fato de que uma mesma atividade esteja sujeita tanto ao regime de serviço público quanto ao regime privado. Novamente, se uma atividade é serviço público (isto é, é essencial à coesão social), então deveria estar sob o regime publicista, sendo o regime de direito privado incompatível com os interesses subjacentes à atividade.

Uma questão que também se apresenta é a que diz respeito à possibilidade de conversão da natureza jurídica de um serviço público sem correspondente emenda constitucional. Embora Bandeira de Mello reconheça a criação de serviços públicos por lei formal, entende o autor que as atividades listadas no artigo 21 da Constituição são *serviços públicos obrigatórios*,³⁸⁶ o que ensejaria a necessidade de emenda para que fossem convertidas em atividades econômicas em sentido estrito. Semelhantemente, Eros Grau entende que é a Constituição quem indica, explícita ou implicitamente, a partir do critério material, qual é o campo do serviço público, de sorte que a alteração de seus limites pela via legal é indevida.³⁸⁷

Quanto a todos esses questionamentos, sem prejuízo de outros argumentos aqui lançados, o certo é que os vieses da teoria tradicional não foram acolhidos pelo Supremo

385 GRAU, **A ordem econômica na Constituição de 1988 - (interpretação e crítica)**, p. 112.

386 BANDEIRA DE MELLO, **Curso de Direito Administrativo**.

387 GRAU, **A ordem econômica na Constituição de 1988 - (interpretação e crítica)**, p. 129–130.

Tribunal Federal no julgamento da ADI 1.668. Em primeiro lugar, porque a despublicização e a introdução da assimetria de regimes não foram consideradas inconstitucionais, mesmo diante da relevância social das atividades em questão. Segundo, porque também não foi considerado inconstitucional o fato de que essas alterações tenham se dado pela via legislativa ordinária, decisão que, em boa dose, não adota e até ultrapassa a teoria tradicional.

Ressalte-se que a própria ideia tradicional de titularidade dos serviços públicos – enquanto um campo de ação tipicamente estatal – perde sentido diante da *despublicatio* e, especialmente, da assimetria de regimes. Uma vez que a mesma atividade econômica é explorada tanto pelo Estado em regime de serviço público quanto por particulares em regime de direito privado, não se pode dizer que essa atividade seja de propriedade e domínio do Estado. As teses da titularidade e da exclusividade estatal, nos termos propostos pela teoria tradicional, não são capazes de explicar essas novas possibilidades e permanecerem válidas diante dessas constatações.

O que nos parece ocorrer é que esses novos fenômenos da *despublicatio*, da responsabilidade de garantia e das atividades privadas reguladas não estão compreendidos pela teoria tradicional, notadamente porque as suas principais formulações teóricas são anteriores ao surgimento dessas novas realidades. Nesse sentido, por exemplo, a visão da teoria tradicional sobre as atividades econômicas é essencialmente fundada em uma postura do Estado condizente com a responsabilidade de enquadramento, marcada pelos instrumentos de direito privado e pelo poder de polícia genérico. Não se viu a luz de inovações legislativas e da responsabilidade de garantia e seus decorrentes efeitos na regulação e na atuação estatal. Contudo veja-se também que, mesmo após a emergência desses novos fatos, os autores da teoria tradicional não modificaram substancialmente seus entendimentos iniciais.

Analisando esse contexto, André Saddy propõe que seja considerada uma nova categoria para essas atividades, o que ele chama de *atividades econômicas de interesse público*, as quais devem receber proteção estatal pelos interesses que nelas se fazem presentes e que podem atrair uma regulação intensa, mas não tão intensa quanto a dos serviços públicos.³⁸⁸ Sobre esse mesmo problema, Floriano Marques Neto identifica existirem no direito brasileiro os “serviços de interesse econômico geral”, de inspiração europeia, o que seria uma

388 SADDY, *Formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia*, p. 245.

possibilidade teórica para a substituição parcial conceitual do serviço público, de modo a considerar essas novas realidades.³⁸⁹

Não nos parece ser o caso de criar uma nova categoria para abarcar as atividades privadas reguladas, mesmo porque não consideramos raciocinar exclusivamente por meio de categorias, mas sim colocar em evidência a variabilidade e complexidade das formas de atuação de intervenção do Estado na ordem econômica, formando-se uma escala de gradações da intervenção estatal.

Seguindo o viés que deixamos assentado, entendemos que a *despublicatio* liberaliza seu regime. Então, no lugar de se ter apenas o regime de serviço público, passa-se a prever também o regime de direito privado, bem como se flexibiliza a exclusividade na prestação dos serviços. Não que a exclusividade e a vedação à livre iniciativa antes fossem a regra (pelo contrário, como assentamos no item 3.1.4), mas passa-se a impor menor nível de restrição à livre iniciativa. Ademais, a nosso ver, enquanto houver o reconhecimento do regime de serviço público no direito positivo, mantém-se a titularidade estatal sobre a atividade, mas apenas se considerada a titularidade como uma obrigação estatal perante a ordem econômica, e sem os indevidos privilégios.

A *despublicatio* e a responsabilidade de garantia, nos termos ora descritos, terão então significativo impacto na elaboração do regime de direito privado a ser aplicado às atividades privadas reguladas, especialmente para que esse regime seja compatível com os interesses públicos subjacentes.

3.2.3. Regime de direito privado e intensificação da regulação

Todo o movimento de desestatização da economia, do qual a *despublicatio* é peça principal, causou notável aumento da atividade reguladora do Estado, no Brasil e noutros países.³⁹⁰ Aponta-se a expansão da abrangência da regulação para novos setores, a ampliação de sujeitos e objetos reguladores e regulados.³⁹¹ Nesse contexto, em especial, queremos apontar para a *intensificação da regulação*, o que constitui, em nossa visão, um novo conteúdo para o regime de direito privado e um novo panorama de intervenção indireta no direito brasileiro.

389 MARQUES NETO; GAROFANO, Notas sobre o conceito de serviço público e suas configurações na atualidade; MARQUES NETO, *Evolução do Serviço Público*; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Uber, Whatsapp, Netflix: os novos quadrantes da publicatio e assimetria regulatória, **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, v. 56, p. 75–108, 2016.

390 APOLINÁRIO, **Estado Regulador: o novo papel do Estado**; MOREIRA, Notas sobre o Estado Administrativo: de omissivo a hiperativo.

391 MOREIRA, *Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil*.

A intensificação da regulação significa o aumento quantitativo e qualitativo das exigências, conformações, imposições, obrigações etc., que o direito positivo impõe sobre a exploração de uma determinada atividade econômica e seus operadores. Em linha com o dito no item 3.2.3, a intensificação da regulação não remete a um “novo regime jurídico” aplicável a um conjunto de atividades e que emprega determinados instrumentos interventivos. Trata-se, na verdade, de uma renovação na lógica da intervenção estatal indireta diante do novo contexto pós-privatizações e do dever de regular atividades econômicas em prol da satisfação dos interesses públicos a elas subjacentes.

Em um primeiro cotejo, a intensificação da regulação importa na imposição de novas e diferenciadas restrições e conformações ao exercício de direitos privados, especialmente à livre iniciativa, à propriedade e às liberdades empresariais. Com isso, observa-se um substancial incremento do poder de polícia, no qual a intervenção estatal episódica, autorizativa ou proibitiva passa a dar lugar a um sistema de contínuo acompanhamento e direcionamento dos processos econômicos por parte da Administração.³⁹²

Um claro sinal desse movimento está na modificação por que passou o instituto da autorização. Se, tradicionalmente, a autorização é instituto típico do poder de polícia para verificação do cumprimento pontual de exigências pelo particular, agora passa a ser instrumento para a regulação de acesso ao mercado, por meio do qual a Administração controla a qualidade e quantidade dos operadores econômicos, inclusive exigindo deles o aceite de condicionamentos ao exercício da exploração econômica. Além de uma intervenção estatal pontual, instaura-se uma nova relação jurídica entre regulador e regulado com vistas à contínua fiscalização.³⁹³

Verifica-se o fortalecimento dos poderes de fiscalização dos entes reguladores sobre o mercado econômico, o que vai muito além de meros mandamentos autoritários por parte da Administração. Os órgãos reguladores se investem na função de acompanhar o desenvolvimento das atividades econômicas, verificando *pari passu* a conformidade dos serviços prestados e das condutas adotadas pelo operador. Correlatamente, são acrescidos os poderes investigatórios e sancionatórios dos reguladores, que ficam estatuídos no dever de punir

392 GONÇALVES, Estado de Garantia e Mercado.

393 MENEGAT, **Autorizações Administrativas Regulatórias: A evolução do Direito Administrativo e a mutação das autorizações nos setores de infraestrutura.**

os agentes econômicos faltosos com significativas multas e até mesmo com o banimento da empresa do mercado.³⁹⁴

No ensejo da fiscalização, a regulação (e a própria Administração Pública) passa a se envolver em relações estritamente privadas, tais como as travadas entre diferentes operadores econômicos ou entre estes e seus consumidores. Bom exemplo são os “contratos privados regulados”, casos em que a regulação dispõe parcialmente o conteúdo e as condições de contratação entre entes privados, mas cujo objeto do contrato é relevante para a estruturação do mercado.³⁹⁵ Igualmente, a regulação intensa poderá determinar aos agentes privados que organizem a autorregulação de seu setor, a exemplo do ONS e da CCEE, entidades privadas cujas criação e integração são obrigatórias por lei aos agentes do setor elétrico.

A intensificação da regulação também se apresenta no estabelecimento de parâmetros para a prestação dos serviços, inclusive quanto a aspectos relevantes como quantidade e qualidade da prestação, condições da oferta e preços a serem cobrados. Esses quesitos visam, a nosso ver, assegurar que a prestação oferecida pelo operador privado esteja de acordo com as exigências e necessidades do direito fundamental material a ser satisfeito, em atenção aos mesmos cuidados tutelados pelos princípios do serviço público (item 4.4).

De outro lado, adicionalmente, também é possível vislumbrar a intensificação de instrumentos de fomento e de regulação indutiva. Nesses casos, visa-se manipular o contexto do mercado ao se disporem incentivos e desincentivos à adoção de determinadas condutas dos agentes privados no ambiente econômico, de forma que sejam condizentes e favoráveis à consecução de finalidades públicas, como a satisfação de direitos fundamentais, a livre concorrência e o desenvolvimento econômico e social.

Nesse processo de intensificação, a regulação passa a se especializar e a se diferenciar substancialmente segundo o setor econômico no qual incide, como forma de lidar com a crescente complexificação das relações econômicas. Essa regulação setORIZADA terá significativos impactos no regime regulatório de exploração de cada atividade econômica com grandes variações e alternâncias conforme o contexto técnico e econômico de sua aplicação,

394 GONÇALVES, **Regulação, Electricidade e Telecomunicações**; BINENBOJM, **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**.

395 Exemplos disso são os contratos para acesso a instalações e redes (de energia elétrica, telecomunicações etc.) ou os contratos firmados entre os prestadores de serviços e os usuários. LIMA, Fabio Almeida. **A Regulação por Contratos no Setor Elétrico Brasileiro: O contrato de comercialização de energia elétrica no ambiente regulado – CCEAR e os leilões de energia**. Centro Universitário de Brasília - UniCEUB, 2006; GONÇALVES, Pedro Costa. Regulação Administrativa e Contrato, **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, v. 35, p. 105–141, 2011.

embora as finalidades públicas dessas variadas regulações sejam convergentes.³⁹⁶ Há, nesse sentido, uma profusão de marcos regulatórios setorializados – telecomunicações, energia elétrica, saneamento, transportes etc. – em detrimento de um regime comum aplicável.

A regulação passa a incidir sobre aspectos cada vez mais pormenorizados e afetos às peculiaridades técnicas da atividade econômica em questão. A fiscalização, assim, busca não só controlar a legalidade dos comportamentos dos agentes econômicos, mas também verificar se a prestação dos serviços está em conformidade com as prescrições técnicas – o que, inclusive, envolverá o recurso às demais ciências que não a jurídica.³⁹⁷

Também se apresenta o surgimento das agências reguladoras, igualmente setorializadas e dotadas de um corpo técnico especializado e independente das instâncias decisórias governamentais. As agências têm o papel fundamental de traduzir em termos técnicos e pragmáticos as finalidades postas em lei para cada setor econômico, ou seja, as agências é que dão efetiva aplicabilidade e significado aos comandos legais genéricos dentro do contexto da exploração econômica.

Feita essa exposição, o que especialmente nos interessa destacar é que intensificação da regulação tem como finalidade última a *funcionalização do regime jurídico* de exploração de cada atividade econômica em favor do interesse público e dos direitos fundamentais.

Observa-se, nesse sentido, a exigência de autorizações para o exercício de atividade econômica passa a se destinar a assegurar a qualificação técnica e a capacidade de prestação de serviços pelos operadores econômicos, bem como serve ao controle do número de prestadores quando a atividade assim o exigir. Por sua vez, a previsão de forte regulação a contratos privados busca criar e conformar relações jurídicas e econômicas que favoreçam o equilíbrio das condições de mercado ao, por exemplo, estabelecer o acesso de variados prestadores a uma mesma infraestrutura. A mesma lógica de se usar a regulação como um meio para a finalidade de interesse público poderia ser encontrada nas mais diversas disposições.

É possível apontar que serão adotadas medidas regulatórias com a finalidade de (i) garantir as condições de funcionamento normal do mercado (especialmente, da concorrência), (ii) respeitar bens e valores públicos (meio ambiente, saúde, condições de trabalho) e, ademais, (iii) garantir a real produção de resultados e satisfação dos direitos fundamentais materiais envolvidos na prestação da atividade econômica.

396 GONÇALVES, **Regulação, Electricidade e Telecomunicações**; ARAGÃO, *Regulação da Economia: conceito e características contemporâneas*.

397 GUERRA, *Tecnicidade e regulação estatal no setor de infraestrutura*; SCHMIDT-ASSMANN, **La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática**.

Ainda que todos esses exemplos e relações jurídicas acima tratados continuem sendo regidos pelo direito privado, o que se pode observar é que boa parte do conteúdo do regime aplicável é predeterminado e imposto pela regulação, em uma substituição da liberdade e da autonomia da vontade das empresas reguladas em determinarem suas condutas no ambiente econômico. Esse regime jurídico privado passa, então, a veicular conformações e conteúdos de interesse público, buscando que a exploração privada efetive fins públicos diversos daqueles interesses meramente egoísticos pretendidos pelos atores empresariais.

A Administração Pública passa mesmo a manipular o contexto jurídico e econômico para que a exploração das atividades efetivamente produza certos resultados de interesse público. Além de proteger a ordem pública em face das interações privadas no mercado econômico que sejam eventualmente lesivas, a regulação agora visa mesmo que essas interações se deem de forma a cumprir e a satisfazer interesses e direitos fundamentais.

O direito regulatório se converte, assim, em um instrumento de promoção de valores e missões constitucionais cuja responsabilidade de tutela é pública, mas a exploração se dá por mãos privadas, sob forte regulação.³⁹⁸ Dessa forma, observa-se um incremento quantitativo e qualitativo na intervenção estatal no domínio econômico, o que corresponde a um grau mais próximo de responsabilidade pública, distinta da responsabilidade de enquadramento, mas também distinta da responsabilidade de execução.

Nesse sentido, complementa Pedro Gonçalves:

A intervenção reguladora, quer no horizonte da *regulação social*, quer no da *regulação econômica*, visa exatamente servir à prossecução desses interesses, que são *interesses públicos*. Pode, aliás, considerar-se que a regulação se apresenta como uma ferramenta tão idônea para a realização do interesse público como, por exemplo, o desenvolvimento da iniciativa econômica pública.³⁹⁹

Tudo o que se expôs até aqui aponta para novas tendências e novos conteúdos para o regime de direito privado. Antes de significar um regime da autonomia privada – ainda que condicionada pela lei –, o regime privado em que há intensa regulação é marcado por um elevado grau de conformação de liberdades econômicas impostas pelo Estado em razão dos interesses públicos presentes e em favor da produção de resultados satisfatórios para esses interesses e para os direitos fundamentais.

398 MOREIRA, **O direito administrativo contemporâneo e suas relações com a economia**.

399 GONÇALVES, **Regulação, Electricidade e Telecomunicações**, p. 65.

Contrariamente a este entendimento, encontramos em Bandeira de Mello o posicionamento de que regimes de intensa incidência regulatória, tais como o regime de telecomunicações, são necessariamente *regimes de direito público*.⁴⁰⁰ Alega o autor que há elementos deste regime que evidenciam sua natureza pública, a exemplo do pagamento de taxas, existência de licitações e normatização da atividade. Nesse sentido, a agência reguladora estaria cumprindo função pública ao dispor sobre a atividade, tendo em vista a melhor satisfação do interesse público indisponível.

Desta última asserção, não discordamos. De fato, as agências cumprem uma função ao regular o mercado econômico e assim deve ser feito em prol da satisfação de interesses públicos e direitos fundamentais, sendo justamente esta a “funcionalização” da regulação, como dito. Contudo, do cumprimento desta função, não decorre que o regime jurídico das atividades reguladas será sempre um regime de direito público, como parece asseverar o autor. De nossa parte, tal como demonstramos, o direito privado pode ser instrumentalizado para o cumprimento do interesse público, de sorte que o regulador assim cumpre seu múnus.

De outro lado, elementos do regime jurídico das telecomunicações (ou de outros setores) tais como os citados apenas demonstram a intensidade da regulação que recaí sobre aquela específica atividade econômica. Não nos parece ser uma disciplinar peculiar e típica dos métodos do direito público o fato de que, por exemplo, as agências reguladoras expeçam normas sobre o exercício da atividade, tal como acontece na maioria das atividades econômicas atualmente, quer estejam em regime público ou privado. A (excepcional) exigência de licitações, por sua vez, decorre muito mais da necessidade de controle de acesso à atividade nos casos há restrição natural da ampla concorrência, do que propriamente decorre do imperativo do artigo 175 da Constituição, fundamentado na proteção do erário e na garantia de isonomia entre os interessados em contratar com o Estado.

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, na medida em que demonstra a possibilidade jurídica da veiculação e imposição de interesses públicos mesmo em ambiente de direito privado e em exploração concorrencial.

400 "Eis, pois, que ao lume dos dispositivos mencionados, é desnecessário discutir ou por reparos em quaisquer tolices ou contradições até infantis da lei no 9.472, as quais, de resto, não passariam de meras tolices se não fossem grosseiramente inconstitucionais, como o tal suposto 'regime de direito privado' para a prestação de certos serviços". BANDEIRA DE MELLO, Serviço público e telecomunicações, p. 9.

3.3. Monopólios constitucionais

3.3.1. Monopólio e excepcional restrição à livre iniciativa

A ideia de monopólio tem dois significados correntes, um econômico e outro jurídico. No sentido econômico, monopólio significa que um único ofertante é capaz de determinar o preço e a quantidade produzida de um determinado bem no mercado. Já em sentido jurídico, que nos interessa, monopólio é a condição de uma atividade econômica cuja exploração é vedada a particulares e exclusivamente atribuída ao Estado, o que chamaremos de *monopólio constitucional*. O estabelecimento de uma determinada atividade econômica como um monopólio constitucional significa, então, a atuação pública com o mais alto nível de intervencionismo no domínio econômico.

O monopólio constitucional recorta e retira certas atividades econômicas do campo de incidência da livre iniciativa e livre concorrência, atribuindo sua exploração exclusivamente ao Estado, admitida a concessão a particulares (a se ver no item seguinte). Trata também o monopólio de autorizativo para a intervenção direta do Estado, mediante empresas estatais, sendo ele um dos casos previstos na Constituição e ressaltados pelo artigo 173.

Na Constituição vigente, os monopólios estão definidos em favor da União nos artigos 176 e 177 e recaem essencialmente sobre (i) jazidas e recursos minerais, (ii) potencial de energia hidráulica, (iii) produção e exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos e (iv) produção e comercialização de minerais nucleares, sendo este último objeto ainda reforçado no inciso XXIII do artigo 21. Diferentemente da Constituição de 1967,⁴⁰¹ na Constituição vigente, as hipóteses de monopólio estão inscritas no texto constitucional e sem remissão à legislação ordinária para sua complementação, de sorte que os monopólios só poderão ser criados ou desconstituídos por emenda constitucional.⁴⁰²

O fundamento constitucionalmente estabelecido para a criação de monopólios é o *imperativo de segurança nacional*, de acordo com o teor do artigo 173 da Constituição. Sendo conceito indeterminado, são incertos os limites do que seja a segurança nacional e de quais atividades econômicas estão com ela relacionadas, muito embora o legislador tenha

401 É o que se tinha no artigo 163, alterado com a EC 01/69: “Art. 163. São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, **mediante lei federal**, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.” (Grifo nosso?)

402 Concordantemente: EIZIRIK, Nelson. Monopólio estatal da atividade econômica, **Revista de Direito Administrativo**1, n. 194, p. 63–76, 1993; FALCÃO, Joaquim; GUERRA, Sérgio; ALMEIDA, Rafael. **Ordem constitucional econômica**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013; Em sentido contrário: MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

necessariamente de fundamentar o preenchimento do conceito e a sua pertinência com a referida atividade econômica para, daí, juridicamente, estabelecer o monopólio. Não se trata de discricionariamente escolher o que deve ou não deve ser monopólio do Estado, mas de demonstrar, no caso concreto, que a atividade econômica em questão atende aos imperativos de segurança nacional e, assim, pode ser eleita como monopólio.

A segurança nacional, por sua vez, pode ser compreendida como as condições necessárias à existência e à manutenção da soberania estatal e ao funcionamento das instituições nacionais democráticas, incluindo-se a defesa da integridade do território, a independência e a paz do país.⁴⁰³

O instituto dos monopólios constitucionais, então, está presente nos casos em que a exploração da atividade econômica é sensível a esses aspectos da segurança nacional, de forma que a Constituição reconhece a possibilidade de que a atividade seja retirada do campo de aplicação da livre iniciativa em salvaguarda desses valores. Vê-se, assim, que a própria Constituição realiza uma prévia ponderação entre os interesses e princípios colocados em causa e estabelece que, nas atividades listadas como monopólio, há precedência da segurança nacional e justificativa suficiente para a extrema restrição à livre iniciativa.⁴⁰⁴

Observe-se que, nos monopólios, não há qualquer impedimento “ontológico”, técnico-econômico ou qualquer característica imanente da atividade que a induza a ser, necessariamente, vedada à exploração livre por particulares. Como bem ressalta Eros Grau, o monopólio incide sobre atividades econômicas “em sentido estrito” que, usualmente, são acessíveis aos particulares e fazem parte do campo de ação tipicamente privado e plenamente alcançado pela livre iniciativa.⁴⁰⁵

Por isso mesmo, ainda que tomada a teoria tradicional, os monopólios constitucionais são casos de *excepcional restrição à livre iniciativa*, que só é admitida pela Constituição em casos taxativos por razões políticas e estratégicas afetas à segurança nacional, mediante prévia ponderação e formalizada em emenda constitucional. A especialidade ou particularidade dos monopólios constitucionais diante das demais formas de intervenção do Estado na economia está em que os monopólios, essencialmente, trazem um afastamento necessário da aplicação da livre iniciativa, diferentemente da regulação dos serviços públicos e de outras atividades econômicas.⁴⁰⁶

403 JUSTEN FILHO, **Curso de Direito Administrativo**.

404 SCHIRATO, **Livre iniciativa nos serviços públicos**.

405 GRAU, **A ordem econômica na Constituição de 1988 - (interpretação e crítica)**.

406 SCHIRATO, **Livre iniciativa nos serviços públicos**.

É cabível comparar a imposição de monopólio constitucional com a imposição de exclusividade sobre serviços públicos. Em nossa visão, ambas as técnicas têm o mesmo efeito de impedir, total ou parcialmente, o acesso de particulares ao exercício de cada uma dessas atividades, com semelhante fundamento na ponderação entre a livre iniciativa e outros princípios e interesses presentes. No caso dos monopólios, trata-se de interesses estratégicos da segurança nacional, enquanto a exclusividade se justifica pela satisfação direta de direitos fundamentais, sendo frequentemente calcada nas condições técnicas e econômicas de exploração da atividade (especialmente nos serviços públicos que são casos de monopólios naturais).

Torna-se necessário também ressaltar que a exclusividade não é essencial nos serviços públicos e só pode ser imposta de modo proporcional, de forma a melhor preservar de restrições excessivas a livre iniciativa. De outro lado, em todo monopólio, necessariamente haverá restrição à livre iniciativa, ainda que esta possa ser parcial e flexibilizada, como demonstraremos adiante.

A teoria tradicional visa diferenciar os dois institutos com base em uma antiga dissociação entre *monopólio* e *privilégio*. Com base nos posicionamentos de Ruy Barbosa, entende-se que o privilégio é o exercício exclusivo de certas atividades e faculdades, naturalmente reservadas à Administração Pública, sem que com isso se desfalque o campo dos direitos individuais. Nesses termos, é clara a decorrência da exclusividade da ideia de serviços públicos como atividades de domínio e propriedade do Estado, as quais serão exercidas por quem detenha essa faculdade – o próprio dono ou delegatário dele. Os monopólios, por outro lado, invadem o campo das atividades e direitos privados e, por isso, devem ser evitados.⁴⁰⁷

Seguindo as considerações feitas no item 3.1.4, não poderíamos adotar esse entendimento que diferencia esses institutos. Os serviços públicos são atividades econômicas tanto quanto quaisquer outras e, não sendo de domínio estatal, submetem-se da mesma forma à livre iniciativa. Nesse sentido, a nosso ver, tanto a exclusividade quanto o monopólio são técnicas com o exato mesmo efeito e ambas representativas de forte restrição a direito fundamental, de sorte que não podem ser impostas *a priori*, mas apenas após a devida ponderação.

407 GRAU, **A ordem econômica na Constituição de 1988 - (interpretação e crítica)**; GRAU; MELLO, **Correios: serviço público ou atividade econômica?**; Com posicionamento semelhante: SADDY, **Formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia**.

Constituem ambas, portanto, formas de regulação de acesso a atividades econômicas. Não está em causa a imposição de uma vedação aos particulares em razão de ser a atividade, de um lado, tipicamente estatal e, de outro, uma intervenção “exógena” sobre campo privado. Em verdade, está em causa a forma de fiscalizar o acesso de particulares a determinados mercados.

Além dessas premissas, veja-se que os monopólios constitucionais passaram por significativa reforma nos anos de 1990, em decorrência das EC n.ºs 6/95 e 9/95, que flexibilizaram o regime de acesso às atividades tidas como monopólio, ao permitir a concessão de sua exploração a particulares, o que, a nosso ver, aproximou os monopólios das atividades privadas reguladas.

3.3.2. Flexibilização e acesso à atividade sob intensa regulação

Buscou-se, até aqui, identificar as balizas e os contornos constitucionais dos monopólios dentro da ordem econômica: atividades econômicas nas quais a Constituição impõe restrição à livre iniciativa, de forma taxativa, excepcional e com fundamento no resguardo da segurança nacional. Essa restrição à livre iniciativa é o elemento essencial do monopólio, diferentemente dos serviços públicos, embora possa ser uma restrição maior ou menor, conforme determinar o direito vigente.

A primeira alteração constitucional nessa direção foi realizada pela EC n.º 06/95 sobre artigo 176 da Constituição para flexibilizar o setor ao permitir a outorga de concessão minerária também a empresa de capital estrangeiro e não apenas de capital nacional, desde que constituída e sediada no Brasil.

Em seguida, ocorreu uma forte flexibilização do setor petrolífero, efetuada pela EC n.º 09/95. Em seu texto original, o artigo 177 da Constituição expressamente vedava à União ceder ou conceder qualquer participação na exploração das jazidas, o que impedia a criação de um mercado privado nesse setor. A emenda deu a seguinte nova redação aos parágrafos 1º e 2º, que serão de nosso interesse:

Artigo 177. Constituem monopólio da União: [...]

§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:

I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional;

II - as condições de contratação;

III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União;

A flexibilização do setor, portanto, veio pela admissão expressa de particulares no exercício das atividades monopolizadas mediante contratação pela União, de forma que se viabilizou um novo meio de exploração das atividades sem que se abrisse mão da titularidade do monopólio e da propriedade das jazidas (artigo 20, IX, da Constituição). Ademais, à semelhança do que faz o artigo 175, a nova redação não especificou os elementos do regime desses contratos, optando por remeter à lei ordinária o estabelecimento das “condições de contratação” e a estruturação de um órgão regulador para o setor monopolizado. A propósito, a busca de regulação é, a nosso ver, uma decorrência da admissão de particulares em setores antes estritamente explorados por entes públicos e uma sinalização para a possibilidade de institucionalização de um mercado privado.

Em sequência, foi editada a Lei Federal nº 9.478/1997 (Lei do Petróleo), que operacionalizou a liberalização do setor dentro da moldura estabelecida pela EC nº 09/95. A lei criou a Agência Nacional do Petróleo (ANP) como ente regulador das atividades monopolizadas, até mesmo quando exploradas por empresa estatal. Essa agência tem competências de normatização e fiscalização do setor tal como as outras agências reguladoras, inclusive com poderes e instrumentos ensejadores de intensa regulação.⁴⁰⁸

Essa lei também regrou as condições de acesso e contratação de empresas privadas para exploração das atividades monopolizadas. Em suma, estabelece a Lei do Petróleo que as atividades de exploração e produção de petróleo e de gás natural poderão ser exercidas por entes privados mediante contrato de concessão ou mediante contrato sob regime de partilha.⁴⁰⁹ Previu também a lei que a operação de refinarias, transporte, importação e exportação de petróleo e gás se daria por meio de autorização regulatória.

O novo marco setorial veio a ter sua constitucionalidade questionada perante o Supremo Tribunal Federal na ADI nº 3.273/PR. Essencialmente, a questão se pôs em definir se seria constitucional que as empresas contratadas/concessionárias da União nessas atividades poderiam se tornar proprietárias dos resultados da exploração da jazida, isto é, do “produto da lavra”. A solução veio pelo voto de Eros Grau, que confirmou a constitucionalidade integral da

408 ARAGÃO, Alexandre Santos de. As concessões e autorizações petrolíferas e o poder normativo da ANP, *Revista de Direito Administrativo*, v. 228, 2002.

409 O regime de partilha, apesar de previsto na Lei do Petróleo, só foi efetivamente regulamentado pela Lei Federal nº 12.531/2010. Segundo definido pelo artigo 2, I, o regime de partilha de produção é “I - partilha de produção: regime de exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos no qual o contratado exerce, por sua conta e risco, as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção e, em caso de descoberta comercial, adquire o direito à apropriação do custo em óleo, do volume da produção correspondente aos royalties devidos, bem como de parcela do excedente em óleo, na proporção, condições e prazos estabelecidos em contrato”.

lei ao asseverar que o monopólio constitucional recai sobre a atividade e não sobre a propriedade dos bens nela envolvidos ou decorrentes de sua exploração, ao passo que a Constituição já permitia o trespasse do produto da lavra nos termos do artigo 176, genérico em relação ao artigo 177.⁴¹⁰

Perceba-se que há, então, a viabilização da constituição de um verdadeiro “novo mercado privado” em um setor tido como monopólio do Estado, na medida em que esses particulares contratados se apossam dos frutos da exploração para comercializá-los com outros particulares ou com o Estado, não sendo esses contratados meros “terceirizados” da Administração Pública na execução de seus monopólios estatais.

Foi plenamente confirmada, portanto, a constitucionalidade do modelo regulatório desse setor, com a consequente criação desse dito mercado privado. É a partir desse cenário que deve ser repensada a categorização dos monopólios dentro da ordem econômica. A nosso sentir, a partir da flexibilização, há uma forte aproximação do regime dos monopólios das atividades econômicas sujeitas a concorrência e, mais especialmente, das atividades privadas reguladas.

A tônica dessa aproximação está em perceber que a flexibilização e a quebra da condição monopólica que detinha a Petrobrás converteram os monopólios constitucionais em atividades econômicas inseridas em um contexto concorrencial, ainda que em uma concorrência com forte controle de acesso dos competidores e sob intensa regulação estatal.

Em primeiro lugar, é certo que os monopólios são explorados em regime de direito privado, como versa unanimemente a doutrina.⁴¹¹ Tem-se, então, um regime típico das atividades econômicas exploradas por privados, mesmo quando o monopólio é explorado por empresa estatal. Dispensam-se as exorbitâncias e sujeições do regime publicista, por entenderem o constituinte e o legislador que isso seria inconveniente à obtenção das finalidades públicas pretendidas com os monopólios.

No contexto da flexibilização, o regime privado passa a ter significativa influência de uma regulação estatal intensa, em moldes muito semelhantes ao exposto no item 3.2.3. Pode-se apontar que o acréscimo da regulação é justamente provocado pela admissão de empresas privadas na exploração de monopólios, atividades nas quais há relevantes interesses públicos e privados – a começar pela segurança nacional – que reclamam um controle mais próximo por parte da Administração Pública mediante a regulação.

410 MENDONÇA, **Direito Constitucional Econômico**; GRAU, **A ordem econômica na Constituição de 1988 - (interpretação e crítica)**.

411 GRAU, **A ordem econômica na Constituição de 1988 - (interpretação e crítica)**; EIZIRIK, Monopólio estatal da atividade econômica; FALCÃO; GUERRA; ALMEIDA, **Ordem constitucional econômica**.

Com isso, observa-se a intensificação da regulação no setor, organicamente estruturada por meio de agência reguladora, a ANP e a ANM, a quem são legalmente atribuídos fortes normativos e administrativos para fiscalização dos agentes atuantes no mercado, sejam eles públicos ou privados.

Nesse contexto estão as concessões minerárias (artigo 176) e as concessões de petróleo e gás (artigo 177, §1º), cujo objeto é franquear a particular o direito de exploração de atividade monopolizada pela União. Esses contratos instituem colaboração entre público e o privado em prol da exploração dos monopólios, notadamente diante dos altos custos e das dificuldades técnicas envolvidas, bem como viabilizam instrumento regulatório essencial à Administração Pública. Por meio das concessões, os órgãos reguladores têm o poder de determinar e reger a atuação das empresas concessionárias, o que pode ser notado a partir da competência das agências reguladoras para editar os contratos e para estabelecer parâmetros da exploração da atividade.⁴¹²

A inovação das concessões no setor petrolífero causou algum desentendimento na doutrina, que muito discutiu a respeito da natureza desse contrato – se administrativo ou privado. De um lado, argumenta-se que o fato de a concessão recair sobre um bem público (a jazida) e sobre uma atividade monopolizada, que requer forte disciplina pelo Estado, daria ensejo a um contrato administrativo. Por outro, o fato de se tratar de atividade monopolizada, e não de serviço público, traria a sua natureza para o campo privatista. Nos limites deste trabalho, cabe apontar que concordamos com Alexandre de Aragão⁴¹³ ao defender tratar-se de contrato de direito privado, muito embora sejam encontrados obrigações e poderes típicos dos contratos administrativos, tais como a reversão de bens e o poder de direção atribuído à ANP.⁴¹⁴

Interessa-nos destacar que, a nosso ver, a formulação do regime jurídico desses contratos ultrapassa qualquer estrita divisão entre regimes público e privado, que acaba sendo relativizada de forma a se perseguir a melhor regulação possível para aquela atividade econômica, ora adotando a primazia da autonomia privada, ora dispondo poderes exorbitantes a uma das partes. Nesse sentido, “o que importa são os poderes concretamente conferidos pelo ordenamento jurídico à Administração, não uma classificação etérea da natureza do

412 Floriano de Azevedo sustenta tese de que as concessões são instrumentos para o cometimento de particulares em atividades públicas, claro instrumento dessa colaboração público-privada também no setor petrolífero. MARQUES NETO, **Concessões**.

413 ARAGÃO, Alexandre Santos de. O contrato de concessão de exploração de petróleo e gás, **Revista de Direito Administrativo**, v. 239, 2005.

414 Em sentido semelhante: SADDY, **Formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia**.

contrato”.⁴¹⁵ E o ordenamento positivo tem cada vez mais embaraçado os limites das categorias tradicionais.⁴¹⁶

Adicionalmente às concessões, são previstas também autorizações nos setores monopolizados, a serem aplicadas nas atividades de exploração, produção, transporte marítimo ou por dutos, importação, exportação e refino. Trata-se de autorizações vinculadas, por prazo indeterminado e que ensejam a fiscalização pela agência reguladora quanto às condições de sua exploração.⁴¹⁷

Tal como descrevemos brevemente no item 3.3.2, essas autorizações recaem sobre atividades exploradas por particulares, nas quais há relevante interesse público, de forma que se demonstra uma lógica muito próxima das autorizações no setor de telecomunicações, por exemplo. As autorizações incidirão tanto sobre atividades monopolizadas (como o refino) quanto sobre as não monopolizadas (como os biocombustíveis), com o que se percebe, na verdade, maior consideração pelo potencial de concorrência da atividade do que por sua estrita natureza jurídica.⁴¹⁸

Diante de todo o cenário descrito, é de se questionar, inclusive, qual a real extensão do monopólio que detém a União sobre essas atividades. Embora, de direito, o monopólio seja válido e aplicável enquanto previsto na Constituição, o fato é que a flexibilização permitiu a criação de um mercado privado, concorrencial e fortemente regulado. A União não detém mais em suas mãos a operação das cadeias produtivas dos setores monopolizados – que agora constituem um “mercado privado” – mas ainda tem grande capacidade de fiscalizar e direcionar a exploração dessas atividades mediante a regulação.

A Petrobrás, por sua vez, passa a desempenhar novo papel nesse mercado, na medida em que tanto disputa com empresas privadas (inclusive em licitações para outorga de blocos de exploração) como forma *joint ventures* com essas empresas para a exploração das atividades. Longe, portanto, do papel de empresa estatal monopolista.

Considerando o exposto até aqui, conclui-se que os monopólios constitucionais são parte integrante da ordem econômica, caracterizados por uma excepcional restrição da livre iniciativa. Contudo essa característica principal tem sido mais e mais flexibilizada pela

415 ARAGÃO, O contrato de concessão de exploração de petróleo e gás, p. 254.

416 Concordantemente: “Não se cuida mais de discutir o caráter público ou privado de certo serviço, mas sim de identificar como ele é regulado pelo Estado no tocante ao aspecto tal ou qual.” SUNDFELD, A regulação de preços e tarifas dos serviços de telecomunicações, p. 33.

417 ARAGÃO, As concessões e autorizações petrolíferas e o poder normativo da ANP.

418 É nesse sentido que defenderemos no item 4.3 que as concessões e as autorizações constituem formas de regulação de acesso ao mercado, ainda que as atividades estejam sob monopólio constitucional.

Constituição e, especialmente, pela legislação ordinária. Com isso, ressaltamos uma aproximação entre os monopólios e as atividades privadas reguladas, nas quais se busca a exploração privada de atividades econômicas de forma mediada com outros interesses públicos e por meio de uma regulação intensa – características essas que podem ser também encontradas nos monopólios. Novamente, a categorização tradicional da ordem econômica não contempla essas interconexões causadas por reformas constitucionais e legais observadas nos últimos tempos.

Capítulo 4. A REGULAÇÃO DAS ATIVIDADES ECONÔMICAS

Este capítulo visa abordar como alguns dos principais temas ou objetos da regulação das atividades econômicas se comportam no direito positivo e como podem ser compreendidos para além dos preceitos da teoria tradicional e da dicotomização da ordem econômica. É proposto, então, que esses objetos da regulação sejam analisados a partir das premissas estabelecidas nos capítulos anteriores, notadamente quanto à necessária releitura da tradicional categorização.

O primeiro objeto a ser discutido é o regime da intervenção estatal direta no domínio econômico. Pelo viés da teoria tradicional, a oposição entre os artigos 173 e 175 criaria novamente dois regimes de intervenção direta, um primeiro em que a exploração da atividade é excepcional e outro em que se trata de campo de natural atuação estatal. De nossa parte, propomos que há uma cláusula geral de intervenção que não diferencia o regime constitucional aplicável pela natureza da atividade explorada.

Em segundo lugar, será estudada e criticada como a dicotomização da ordem econômica se reflete no regime das empresas estatais. Para além das categorias de estatais prestadoras de serviços públicos ou exploradoras de atividades econômicas, buscamos demonstrar como a doutrina e a jurisprudência já reconhecem a necessidade de se avaliar cada aspecto do regime das empresas estatais segundo a sua relação com o contexto econômico e concorrencial de exploração da atividade econômica, o que ensejará mais do que dois regimes aplicáveis.

Adiante, a exposição sobre a regulação de acesso às atividades econômicas visa criticar a lógica tradicional da dualidade entre livre iniciativa e exclusividade estatal, bem como o emprego dos instrumentos jurídicos associados. Será sustentado que existe uma escala gradativa de regulações possíveis, determinada pela ponderação entre a livre iniciativa e a necessidade concreta de sua restrição em prol da satisfação de outros direitos fundamentais.

Por fim, serão examinadas as interfaces entre os regimes público e privado quanto à regulação incidente sobre a própria prestação da atividade econômica. Busca-se demonstrar que não existem tipos puros de regimes jurídicos e que as inovações regulatórias estão aproximando as previsões e funcionalidades aplicáveis a cada um dos polos, especialmente com a intensificação da regulação.

Em todos esses vieses de análise, será percebido que, para além de uma dicotomização, existe uma multiplicidade de regulações aplicáveis às atividades econômicas, cuja aplicação e definição em concreto dependerá das especificidades técnicas e econômicas existentes na atividade e da estratégia adotada pelo ente regulador diante de suas missões constitucionais.

4.1. O regime constitucional da intervenção direta no domínio econômico

Examinadas as premissas do Capítulo 3, considera-se haver não uma dicotomia da ordem econômica entre serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito, mas sim um perfil de variação da regulação, da publicização e da participação estatal nas atividades econômicas. Dessa forma, na intervenção direta observaremos que não existem dois regimes como queria a teoria tradicional, mas um regime geral indiferenciadamente aplicável a todas as atividades econômicas.

Como já expusemos, a teoria tradicional adota a oposição entre o artigo 173 e o artigo 175 da Constituição como hipóteses distintas de exploração direta de atividades econômicas em sentido amplo. O artigo 173 referir-se-ia aos casos de exploração de atividades econômicas em sentido estrito, nas quais o Estado intervém no campo alheio, em concorrência e em condições de igualdade com empresas privadas e sob regime jurídico de direito privado. Já quanto ao artigo 175, estar-se-ia tratando de serviços públicos, campo de titularidade do Estado e cuja exploração é caso de natural atuação em regime de direito público e com privilégio de exclusividade.

A primeira percepção que vai em sentido contrário a esse entendimento tradicional é a de que a titularidade não é sinônimo de reserva estatal dos serviços públicos; assim, não pode representar um campo inato da atuação estatal. Nesse sentido, evidencia-se que, em qualquer caso em que o Estado empreende atividade econômica, ele está, de fato, intervindo no domínio econômico e na seara típica de atuação de atores privados, com isso, restringindo a livre iniciativa de forma mais ou menos direta.⁴¹⁹

A nosso ver, não é possível enquadrar as formas de exploração direta com base na pretensa categorização da atividade entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito, como se essa oposição estivesse transcrita nos artigos 173 e 175 da Constituição. Concordamos com a proposição de Vitor Schirato de que há uma complementariedade entre esses dispositivos para conformarem um regramento constitucional geral, centrado no artigo 173, a respeito da intervenção estatal direta no domínio econômico.⁴²⁰

419 Veja-se que, quando o Estado explora qualquer atividade econômica, ele está, no mínimo, ocupando-se de parte da demanda e dos recursos escassos existentes naquele mercado, de forma a restringir a livre iniciativa de outros agentes econômicos. Tanto é assim que o abuso de poder econômico (por exemplo, quando artificialmente reduzem-se os preços) é considerado ilegal justamente pela violação que causa à livre iniciativa e à livre concorrência. A mesma restrição à livre iniciativa pode ser encontrada quando o Estado explora atividades econômicas sujeitas ao regime de serviço público e com exclusividade.

420 SCHIRATO, **Livre iniciativa nos serviços públicos**; SCHIRATO, Vitor Rhein. **As empresas estatais no Direito Administrativo Econômico Atual**. São Paulo: Saraiva, 2016.

Veja-se a questão logo a partir do texto do referido artigo: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.” Em nossa leitura, esse dispositivo funciona com uma *cláusula geral da intervenção direta*, composta por duas situações interventivas que podem ser extraídas diretamente do texto.

A norma contida nessa cláusula geral é a da *excepcionalidade da intervenção direta*: só será admitida a intervenção nos casos já previstos na Constituição ou quando a lei ordinária reconheça interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional. Dessa forma, a intervenção direta não é livre ao Poder Público, mas juridicamente condicionada e restrita, sendo inconstitucional a exploração direta fora dessas hipóteses. Assim, ainda que seja possível a intervenção direta, ela está adstrita à prévia autorização legal ou constitucional, ressalvada a possibilidade da adoção de outras fórmulas interventivas indiretas.⁴²¹ Essa excepcionalidade está fundada na admissão de uma economia de mercado e no respeito à livre iniciativa e à propriedade privada, o que impediria o Estado de se comportar como o agente provedor de bens e serviços por “default”.⁴²²

O texto do referido artigo indica, então, duas situações em que poderá ser autorizada a intervenção direta. A primeira delas está no trecho “ressalvados os casos previstos nesta Constituição”, que se refere aos demais dispositivos constitucionais que outorgam autorização para que o Estado explore atividade econômica, isto é, casos em que o próprio constituinte decidiu por permitir a intervenção direta.

Esses casos são dois, os serviços públicos e os monopólios constitucionais. Nos primeiros, a autorização constitucional para a exploração direta está contida tanto pelo que é genericamente previsto no artigo 175 quanto pela previsão específica de serviços públicos no texto constitucional, como o transporte urbano coletivo (artigo 30, V). Os monopólios, por sua vez, estão taxativamente dispostos nos artigos 176 e 177 e também carregam a prévia

421 TAVARES, A intervenção do Estado no Domínio Econômico.

422 Nesse tema em particular, não se confunda a excepcionalidade da qual falamos com a ideia do princípio da subsidiariedade. Indicamos a excepcionalidade de um ponto de vista lógico, isto é, os casos de intervenção direta são a exceção à regra e, por isso, devem ser circunscritos à autorização constitucional. Não estamos sustentando que o Estado constitucionalmente deva ser subsidiário em relação à sociedade quanto à exploração de atividades econômicas (a nosso ver, esse é um debate eminentemente político). A respeito da subsidiariedade no direito constitucional: MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

autorização constitucional. Em todos esses casos, a Administração Pública já detém autorização para a intervenção direta.

A segunda grande situação para intervenção direta é encontrada na parte final do artigo 173, que dispõe que a lei ordinária poderá permitir a exploração econômica direta em atividades de *relevante interesse coletivo* ou *imperativo de segurança nacional*. Desse modo, é permitido ao legislador criar novos casos de intervenção direta a partir das atividades econômicas e contextos sociais que ensejam a configuração desses conceitos indeterminados, em um esforço contínuo de atualização da intervenção estatal, para além do já previsto na Constituição.

Por *relevante interesse coletivo* entendemos os interesses detidos por um conjunto de indivíduos – possivelmente, toda a sociedade – e que são juridicamente reconhecidos ou protegidos, de tal sorte que podem se conformar em interesse público digno de legitimar a intervenção estatal. E se trata de interesses de distintiva relevância, o que funciona como elemento de ponderação para indicar que não é qualquer interesse coletivo que justificaria a intervenção direta. Por serem complexos e diversos os interesses que podem surgir da sociedade, serão variadas as ocasiões em que haverá relevante interesse coletivo.

Entendemos estar incluída no conceito de “relevante interesse coletivo” a exploração estatal de atividades econômicas que visem à satisfação direta de direitos fundamentais, isto é, exatamente aquelas atividades em que há o elemento material do serviço público. Seria mesmo contraditório afirmar que direitos fundamentais não se constituem como interesses coletivos de primeira relevância e que não poderiam ensejar a intervenção estatal direta. O mesmo ocorre quando a intervenção direta se dá em regime de direito privado, visando à satisfação de direito fundamental em atividade que seja materialmente equivalente a um serviço público e explorada em assimetria de regimes.⁴²³

Portanto, quando a lei ordinária cria um serviço público (*praeter constitutionem*), está se utilizando da referida cláusula do “relevante interesse coletivo” prevista no artigo 173, combinada com a previsão do artigo 175, para permitir a intervenção direta do Estado naquela atividade, o que, portanto, reforça a ideia de que não há qualquer oposição necessária entre esses artigos, mas complementariedade.

Quanto à *segurança nacional*, vê-se que também poderia ser compreendida como um subtipo do interesse coletivo, voltado à defesa da soberania estatal, que igualmente é

423 É o que se verifica, por exemplo, nas empresas estatais que exploram serviços de telecomunicação na condição de autorizatárias, em regime de direito privado, e não de delegatárias de serviço público.

considerado pela Constituição suficiente para que a lei autorize intervenção direta com esse fundamento.

Alega Eros Grau que a verificação do imperativo de segurança nacional deve conduzir à prestação da atividade em regime de monopólio constitucional, o que pode ser entendido pelo risco de que a pulverização de operadores privados fragilize a defesa do país ou prejudique o monopólio estatal do uso da força.⁴²⁴ Contudo é preciso contemporizar a assertiva de Grau, haja vista que muitas atividades econômicas poderão ter relevância para a segurança nacional, como é o caso da energia elétrica e da produção de alimentos. Ambas as indústrias são estratégicas do ponto de vista político-militar, mas nem por isso estão ou devam estar sob regime de monopólio.⁴²⁵

Embora o artigo 173 remeta à lei ordinária, devemos destacar que os monopólios estão taxativamente previstos na Constituição e não podem ser criados por lei, como já sustentamos aqui. Assim, a instituição de intervenção direta por lei com esse fundamento não poderá ensejar a restrição à livre iniciativa tal como é nos monopólios, devendo o interesse da segurança nacional ser procurado por meio de outros regimes jurídicos mais adequados e que possam ser instituídos por lei.

Dessa explanação se visualiza que não há uma necessária oposição entre os artigos 173, 175 e 177 da Constituição. Na verdade, há um regime geral de intervenção direta que não se diferencia em face das diferentes categorias de atividades econômicas. Quer se trate de serviço público, atividade econômica em sentido estrito ou monopólio constitucional, obedece-se à lógica contida no artigo 173, sendo a intervenção direta permitida nos casos previstos na Constituição ou na lei ordinária, também mediante os semelhantes fundamentos do relevante interesse coletivo e da segurança nacional.

A forma e o fundamento empregados para autorizar a intervenção direta, por sua vez, também não predicarão o regime jurídico a ser observado na exploração da atividade econômica objeto da intervenção, devendo ser observado o regime específico que a regulação prevê para a atividade a ser explorada, independentemente dos motivos que levaram à intervenção.⁴²⁶

424 GRAU, **A ordem econômica na Constituição de 1988 - (interpretação e crítica)**.

425 A pandemia da COVID-19 demonstrou que a produção de insumos médicos também é estratégica. As disputas internacionais vivenciadas em torno do fornecimento desses produtos – largamente produzidos pela China – arriscaram colocar em crise a soberania de vários Estados ao redor do mundo.

426 Concordantemente: SCHIRATO, **As empresas estatais no Direito Administrativo Econômico Atual**; DIAS, Maria Tereza Fonseca; CHAGAS, Carolina F. Dolabela. O relevante interesse coletivo nas atividades econômicas das empresas estatais após o advento da Lei no 13.303/2016 (“Estatuto jurídico das estatais”), **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**, v. 4, n. 1, p. 16–33, 2018.

Em conformidade com o que foi desenvolvido no Capítulo 3, poder-se-ia ressaltar que haveria uma diferença no regime da intervenção direta entre as diferentes categorias, na medida em que os serviços públicos são obrigações estatais que, portanto, necessariamente deveriam conduzir à intervenção estatal direta, diferentemente de outras atividades econômicas em sentido amplo, cuja exploração seria facultativa. Poder-se-ia afirmar também que os monopólios constitucionais igualmente deveriam ter a sua exploração como obrigatória, visto que não explorá-los seria uma afronta à própria estatuição do monopólio, além de representar abuso de poder do Estado, na medida que impede inutilmente o livre acesso privado à atividade.⁴²⁷

Embora tais assertivas sejam corretas, essas são diferenciações que não se colocam de forma cogente e clara no direito brasileiro. Isso porque, afora as hipóteses constitucionais, não há um controle rígido dessa obrigatoriedade nem há instrumentos para ensejar o reconhecimento legislativo dessas hipóteses de intervenção obrigatória, de sorte que é efetivamente facultado ao legislador estabelecer a exploração direta em qualquer dos casos. Também não há um hiato entre o que é obrigatório e o que é facultativo, na medida em que a autorização legislativa para a intervenção direta é usualmente acompanhada da efetiva criação de empresa estatal para dar cabo da intervenção.⁴²⁸

Noutro cotejo, mesmo para os casos em que a intervenção direta seria tida como obrigatória, é de se ver que é amplamente admitida na legislação a exoneração dessa obrigatoriedade por meio da delegação das atividades a terceiros, ao invés da exploração direta. Assim, a obrigação estatal de prestação de serviços públicos pode ser satisfeita pela opção em não explorar os serviços diretamente, mas em explorá-los mediante concessão,⁴²⁹ enquanto os monopólios não representariam abuso caso fossem concedidos ou autorizados aos particulares interessados.

Diante dessa exposição, entendemos que o artigo 173 se conforma em cláusula geral da intervenção direta que indica, pela excepcionalidade, essa intervenção, que só será admitida quando assim autorizada diretamente pelo texto constitucional ou por lei ordinária. Esse regramento se aplica indiferenciadamente aos serviços públicos e às atividades econômicas em sentido estrito – ao contrário do que afirmaria a teoria tradicional – na medida em que ambas

427 Nesse sentido: FALCÃO; GUERRA; ALMEIDA, **Ordem constitucional econômica**.

428 DIAS; CHAGAS, O relevante interesse coletivo nas atividades econômicas das empresas estatais após o advento da Lei no 13.303/2016 (“Estatuto jurídico das estatais”).

429 Concordantemente de que a concessão de serviços públicos satisfaz a obrigação de prestá-los: SCHIRATO, **Livre iniciativa nos serviços públicos**; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

as categorias dependem do respectivo autorizativo para intervenção. Ademais, a indiferenciação também se mostra por não existirem predicados constitucionais quanto ao regime de exploração a ser adotado, devendo ser observada a regulação vigente e a opção concreta do legislador de explorar a atividade em regime público ou privado (quando há assimetria).

4.2. Empresas estatais: classificação e regimes

4.2.1. A falência da dicotomia para determinação do regime aplicável

A doutrina tradicional, seguindo o esteio da dicotomia da ordem econômica, sustenta que existem duas espécies de empresas estatais, com decorrentes regimes jurídicos aplicáveis. De um lado, haveria as empresas exploradoras de atividades econômicas em sentido estrito, as quais teriam regime o mais próximo possível das empresas privadas, em razão do objeto explorado ou para evitar qualquer tipo de privilégio concorrencial indevido. De outro, as empresas estatais prestadoras de serviços públicos, cujo regime é marcadamente publicista, muito mais próximo do regime aplicável à Administração Pública autárquica, incluindo os privilégios e sujeições típicos do regime jurídico-administrativo.⁴³⁰

O fundamento para essa classificação, além de toda a defesa que se faz sobre a dicotomia da ordem econômica, é justamente a interpretação de que os artigos 173 e 175 da Constituição são opostos – e não complementares, como defendemos –, de sorte que a classe atribuída a determinada empresa estatal dependeria do dispositivo constitucional que justificou aquela intervenção direta.⁴³¹

Deve se afirmar que, no estabelecimento do regime aplicável, não se trata de se aplicar *integralmente* o regime privado ou o regime público para todas as atividades das empresas estatais,⁴³² haja vista que toda a doutrina, mesmo a tradicional, reconhece a natureza eminentemente *mista* do regime aplicável.⁴³³ Embora sejam parte da Administração Pública

430 Embora Eros Grau também adote essa visão, Bandeira de Mello tem papel doutrinário mais relevante em sua defesa. BANDEIRA DE MELLO, **Prestação de serviços públicos e administração indireta**; BANDEIRA DE MELLO, **Curso de Direito Administrativo**; GRAU, **A ordem econômica na Constituição de 1988 - (interpretação e crítica)**.

431 SCHIRATO, **As empresas estatais no Direito Administrativo Econômico Atual**.

432 Até mesmo porque, de um lado, a aplicação do regime totalmente público acabaria por converter as empresas estatais em autarquias; e, de outro, a aplicação de um regime totalmente privado acabaria por converter as empresas estatais em empresas privadas, não se justificando, de um ponto de vista jurídico, a existência de conceito distinto, haja vista que os regimes de umas e outras seriam idênticos.

433 Reconhecendo o caráter misto desse regime, mesmo que adotando perspectivas e conclusões distintas: BANDEIRA DE MELLO, **Curso de Direito Administrativo**; SCHIRATO, **As empresas estatais no Direito Administrativo Econômico Atual**.

indireta, também têm forma empresarial e societária, têm naturezas jurídicas de sociedades limitadas ou por ações, com o que serão notadamente regidas pelo Código Civil e pela Lei Federal nº 6.404/1976 (Lei das SA) quanto a importantes aspectos, como formalidades de criação (registro de estatuto social) e manifestação de vontade (diretoria, conselhos, quóruns de aprovação etc.).⁴³⁴ De outra parte, é certo que esse regime privado também será parcialmente derogado pelo direito público em determinados quesitos (por exemplo, exigência de autorização legal para sua criação e submissão ao controle externo), dando lugar a um direito privado administrativo.⁴³⁵

Deve-se destacar que há uma relação quase dialética entre essas duas vertentes do regime das empresas estatais. Foi justamente a privatização das formas de atuação que historicamente justificou e favoreceu a adoção de empresas como instrumentos do agir estatal, tanto para intervenção no domínio econômico quanto fora desse contexto. Esperava-se um regime de maior flexibilidade, autonomia e eficiência.⁴³⁶ A defesa da aplicação de regime mais público, porém, visa conter essa “fuga para o direito privado”, buscando submeter as empresas aos mesmos controles e procedimentos que o restante da Administração Pública.⁴³⁷ Nesse sentido, a própria defesa da classificação das empresas como “prestadoras de serviço público” tem utilidade para justificar a aplicação *ipso iure* de um regime público.⁴³⁸

O debate sobre a classificação e o regime jurídico das empresas estatais gira em torno de se perceber como alguns dos elementos desse regime jurídico se comportam diante da natureza jurídica da atividade explorada pela empresa. Fala-se, por exemplo, sobre o regime de (i) contratações, (ii) pessoal, (iii) bens, (iv) execução e falência, (v) tributário, entre outros. É assim, em suma, que entende a doutrina tradicional que esses elementos serão fixados ou com tons públicos ou com tons privados. Eis um reflexo concreto da dicotomia da ordem econômica, inclusive com adoção pela jurisprudência, para muito além de mera elaboração teórica.

434 SCHIRATO, **As empresas estatais no Direito Administrativo Econômico Atual**; SCHWIND, Rafael Wallbach. **O Estado Acionista: Empresas Estatais e Empresas Privadas com Participação Estatal**. São Paulo: Almedina, 2017.

435 BANDEIRA DE MELLO, **Curso de Direito Administrativo**; CYRINO, André; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Estatais prestadoras de serviços públicos e as estatais concorrenciais: rever ou romper com a dicotomia?, **Interesse Público - IP**, v. 8, p. 55–80, 2019.

436 MENDONÇA, **Direito Constitucional Econômico**; CYRINO; MENDONÇA, Estatais prestadoras de serviços públicos e as estatais concorrenciais: rever ou romper com a dicotomia?

437 ESTORNINHO, **A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública**.

438 SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Licitação nas Estatais: Levando a Natureza Empresarial a Sério, **Revista de Direito Administrativo**, v. 245, p. 13, 2014; BEDONE, Igor Volpato. **Releitura da dicotomia serviço público vs. atividade econômica como critério definidor do regime jurídico das empresas estatais à luz da Lei n.o 13.303/2016**. Universidade de São Paulo, 2017.

Assim como para o restante do quadro teórico, também nesse tema em particular a teoria tradicional merece revisão. Como já afirmamos, as transformações por que passou a ordem econômica e seus conceitos jurídicos demonstram que não há uma linha clara e vincada entre os serviços públicos e as atividades econômicas (em “sentido estrito”), o que levanta questionamentos também quanto às possibilidades de classificação e compreensão do regime jurídico das empresas estatais a partir da antiga dicotomia.

Os serviços públicos estão cada vez mais submetidos a um contexto concorrencial, com redução das prerrogativas e sujeições até então marcantes, em prol do favorecimento da proporcionalidade e liberdade do regime aplicável a seus operadores. As atividades econômicas, ainda que exploradas por entes privados, são sujeitas a regimes regulatórios intensos e se referem a atividades essenciais à sociedade, cada vez menos opostos aos serviços públicos. Como exploramos no capítulo anterior, esses são panoramas que extrapolam a teoria tradicional.

Nesse novo contexto complexificado, uma classificação estanque das empresas estatais é ainda mais desafiadora.⁴³⁹ Veja-se que existem companhias estatais cujo capital é negociado em bolsa de valores, sujeitando-se a fortes incidências de autorregulação e que, mesmo assim, exploram serviços públicos de alta relevância social, às vezes até com exclusividade na prestação, como no setor de saneamento (Sabesp, Copasa) ou distribuição de energia (Cemig).⁴⁴⁰ No mesmo sentido, encontramos cada vez mais empresas estatais que possuem várias linhas de negócio, cada uma delas sob uma natureza distinta, ora serviços públicos, ora atividades econômicas. Então, qual seria o regime jurídico aplicável?

O que se percebe do todo é que novamente a teoria tradicional e sua dicotomia se mostram insuficientes para compreender, a partir da ordem econômica, qual é o regime aplicável às empresas estatais. Ao invés de se recair em categorias pré-prontas, deve-se buscar um novo viés interpretativo para se determinar o regime das empresas estatais em seus diversos elementos.⁴⁴¹

439 Além das questões levantadas no texto, devemos apontar também que a classificação das empresas estatais é ainda dificuldade diante do cometimento dessas empresas em outras atividades que não apenas de natureza econômica, mas também se voltando a atividades de fomento, obras públicas, fornecimento de bens e serviços à Administração e outras funções públicas, além do contexto de intervenção econômica. BEDONE, **Releitura da dicotomia serviço público vs. atividade econômica como critério definidor do regime jurídico das empresas estatais à luz da Lei n.º 13.303/2016**.

440 COUTINHO, Diogo R.; MESQUITA, Clarissa Ferreira de Melo; NASSER, Maria Virginia Nabuco do Amaral Mesquita. Empresas estatais entre serviços públicos e atividades econômicas, **Revista Direito GV**, v. 15, n. 1, p. 1–23, 2019.

441 Essa conclusão é largamente reiterada pela doutrina nos últimos dez anos pelas mais diferentes perspectivas. Cf. SCHIRATO, **As empresas estatais no Direito Administrativo Econômico Atual**; COUTINHO; MESQUITA; NASSER, **Empresas estatais entre serviços públicos e atividades econômicas**; FIDALGO, Carolina Barros. **O Estado Empresário**. São Paulo: Almedina, 2017; BEDONE, **Releitura da dicotomia serviço público**

A legislação também dá sinais de superação da dicotomia na classificação das empresas estatais. A Lei Federal nº 13.303/2016 (“Lei das Estatais”) dispõe, logo em seu artigo 1º, que sua aplicação é irrestrita, quer a empresa (i) explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, (ii) quer explore atividade econômica sujeita ao regime de monopólio ou (iii) preste serviços públicos. Embora a lei retome a dicotomia entre serviços públicos e atividades econômicas, ela assim o faz para contraditá-la de forma expressa ao se aplicar a todas as estatais e impor o mesmo regime jurídico a todas as classificações.⁴⁴²

Observe-se, então, a opção do legislador em superar a tipologia das empresas estatais e, assim, prever um regime jurídico unificado, independentemente da natureza jurídica da atividade econômica explorada. Ele entendeu que, ao menos quanto aos temas ali regulados, não deveria haver qualquer distinção entre empresas prestadoras de serviços públicos e empresas exploradoras de atividades econômicas. Repare-se bem que o artigo 173, §1º, remete justamente à legislação ordinária a forma de regular as empresas estatais, sem também que se antecipe quanto à diferenciação de seu regime entre um ou outro tipo de empresa.⁴⁴³

A legislação visa preencher o conteúdo previsto no artigo 173, §1º da Constituição, versando exatamente sobre (i) regime societário, (ii) função social, (iii) licitações e contratos e (iv) controle administrativo e social. Com isso, podemos perceber que o legislador interpreta que o referido artigo não remete exclusivamente a atividades econômicas em sentido estrito, como argumenta a teoria tradicional.⁴⁴⁴

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também vem evoluindo para superar a dicotomia da classificação das empresas estatais, refletindo as transformações por que passa a ordem econômica.⁴⁴⁵ É possível extrair duas vertentes de decisões do Tribunal: uma primeira, que aplica estritamente a referida dicotomia, e outra, que supera essa classificação ao ponderar

vs. atividade econômica como critério definidor do regime jurídico das empresas estatais à luz da Lei n.º 13.303/2016; PINTO, Henrique Motta. **Empresa estatal: modelo jurídico em crise?**. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010; SUNDFELD; SOUZA, Licitação nas Estatais: Levando a Natureza Empresarial a Sério; CYRINO; MENDONÇA, Estatais prestadoras de serviços públicos e as estatais concorrenciais: rever ou romper com a dicotomia?

442 COUTINHO; MESQUITA; NASSER, Empresas estatais entre serviços públicos e atividades econômicas.

443 FIDALGO, **O Estado Empresário**.

444 Além desses temas, existem muitos outros elementos do regime jurídico das empresas estatais que poderiam (e deveriam, cremos) ter sido regulados pela legislação, tais como os elementos anteriormente citados. Quanto a estes, a jurisprudência e a doutrina terão papel fundamental na clarificação do regime aplicável.

445 Henrique Motta Pinto expõe com alto nível de detalhe a jurisprudência nesse tema. O estudo foi utilizado como base para a exposição a seguir. PINTO, **Empresa estatal: modelo jurídico em crise?**; Também confira-se a análise de: FIDALGO, **O Estado Empresário**.

especificamente o contexto de atuação das empresas estatais em geral e da empresa em questão, a despeito de sua categorização.

A primeira vertente tem como *leading case* o “Caso ECT”, o Recurso Extraordinário 220.906, de 2000, pelo qual se entendeu ser aplicável a impenhorabilidade dos bens, rendas e serviços da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT).⁴⁴⁶ Assim, com fundamento exclusivo na prestação de serviço público pela empresa – e sua necessária oposição ao regime das atividades e empresas privadas –, o Tribunal entendeu que o regime aplicável deveria ser equiparado ao regime público. Esse precedente influenciou o julgamento de outros casos que, igualmente, associaram a classificação da empresa como prestadora de serviço público com a aplicação do regime de impenhorabilidade.⁴⁴⁷

O mesmo sentido jurisprudencial é encontrado no Recurso Extraordinário 407.099, julgado em 2004,⁴⁴⁸ em que se reconheceu à ECT o direito à imunidade tributária recíproca do artigo 150, IV, alínea “a” da Constituição,⁴⁴⁹ explicitamente em razão de a empresa ser prestadora de serviço público. Também no caso do Recurso Extraordinário 363.412, julgado em 2007, foi estendida a imunidade tributária à Infraero, vista sua finalidade institucional de prestação de serviços públicos de infraestrutura aeroportuária.

Perceba-se que, em ambos os casos, o tribunal aproximou o regime das empresas ao regime das autarquias e demais entidades de direito público da Administração ao explicitamente invocar a aplicação do parágrafo segundo do artigo 150, em detrimento do parágrafo terceiro, que prevê a exclusão da imunidade tributária quando há exploração de atividades econômicas ou cobrança de tarifas de usuários.⁴⁵⁰ Ou seja, a categorização como serviço público acabou

446 Assim recepcionando o artigo 12 do Decreto-Lei 509/1969, com a seguinte redação: “Art. 12 - A ECT gozará de isenção de direitos de importação de materiais e equipamentos destinados aos seus serviços, dos privilégios concedidos à Fazenda Pública, quer em relação a imunidade tributária, direta ou indireta, impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, quer no concernente a foro, prazos e custas processuais”.

447 A exemplo da Ação Cautelar n. 669 (Companhia do Metropolitano de São Paulo, de 2005) e do Recurso Extraordinário 419.875 (Empresa de Desenvolvimento Urbano, de 2008).

448 Para os ulteriores desenvolvimentos que essa decisão teve na jurisprudência, cf. PINTO, **Empresa estatal: modelo jurídico em crise?**

449 Artigo 150, VI, alínea “a” da Constituição: “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: VI - instituir impostos sobre: a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;”

450 Parágrafos segundo e terceiro do artigo 150 da Constituição: “§ 2º A vedação do inciso VI, ‘a’, é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

§ 3º As vedações do inciso VI, ‘a’, e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.”

sendo mais importante do que o caráter econômico e oneroso aos usuários do serviço desempenhado.⁴⁵¹

A segunda vertente jurisprudencial do Supremo Tribunal, por sua vez, demonstra uma evolução e superação da clássica dicotomia das empresas estatais. Avança-se para a consideração do contexto de atuação econômica da empresa, para além de uma mera classificação *prêt-à-porter* do regime que lhe seria aplicável.

O julgamento do Recurso Extraordinário 599.628 (doravante “Caso Eletronorte”) demonstra bem essa mudança de perspectiva do Supremo. Em 2008, o ministro Ayres Britto, relator do recurso e da correlata Ação Cautelar nº 1.947, concedeu medida liminar para suspender processo de execução contra a Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A – Eletronorte, sociedade de economia mista atuante no setor elétrico. Entendeu o ministro, seguindo a jurisprudência do Caso ECT acima comentado, que a empresa deveria estar sujeita ao regime de precatórios.

O entendimento e a medida liminar, porém, foram revertidos quando do julgamento do recurso pelo plenário do Tribunal. Nessa oportunidade, sob o voto do ministro Joaquim Barbosa, relator para o acórdão, a corte expressou que os privilégios da Administração Pública (*in casu*, o regime de precatórios e a impenhorabilidade) não são extensíveis a sociedades de economia mista que executam atividades em regime de concorrência ou que tenham como objetivo distribuir lucros aos seus acionistas.

A decisão faz um levantamento do cenário concorrencial dos mercados em que atua a Eletronorte, tendo se percebido a existência de concorrência nas atividades de geração e comercialização de energia (ramos que foram despublicizados, como vimos). Diante desse cenário, embora a empresa também esteja vocacionada por lei à prestação de serviço público, considerou-se que aplicar o regime de precatórios e impenhorabilidade seria um desequilíbrio artificial à concorrência.

Revelando uma nova tendência jurisprudencial, percebe-se que nesse caso a classificação dicotômica das empresas estatais foi afastada na fundamentação da decisão, até mesmo porque tal classificação seria inútil diante da multiplicidade de atividades exercidas pela empresa. Assim, foi a partir de uma análise em concreto da empresa estatal em questão e das atividades por ela exercidas que se determinou qual regime seria aplicável, com o que veio a se

451 Criticando a “autarquização” das empresas estatais: PINTO, **Empresa estatal: modelo jurídico em crise?**; BEDONE, **Releitura da dicotomia serviço público vs. atividade econômica como critério definidor do regime jurídico das empresas estatais à luz da Lei n.º 13.303/2016.**

aproximar os regimes das atividades econômicas e dos serviços públicos, notadamente em razão da existência de concorrência com outros atores.⁴⁵²⁻⁴⁵³

Por fim, outro caso a ser apontado é o do Mandado de Segurança nº 25.888, julgado em 2006, em que se conclui ser constitucional e aplicável à Petrobras o uso de regulamento simplificado para a realização de procedimentos licitatórios (doravante “Caso Petrobras”). Embora a Petrobras seja exploradora de atividade econômica – de sorte que, partindo da teoria tradicional, não haveria aplicação de regime publicista –, é de se destacar que a fundamentação utilizada pelo ministro Gilmar Mendes vai no sentido da consideração de que a Petrobras atua em mercado concorrencial, após a flexibilização do monopólio do petróleo pela EC nº 9/95, de forma que a competitividade da empresa estaria em risco caso lhe fosse imputado o regime da Lei Federal nº 8.666/93.

De toda essa análise, podemos concluir que, apesar de algumas vacilações, há um sentido de evolução da jurisprudência, que busca abandonar a aplicação estrita da dicotomia entre serviços públicos e atividades econômicas. Com a valorização crescente da segunda vertente, o Supremo Tribunal consagra a hibridez do regime das estatais, adotando soluções mais públicas ou mais privadas em razão da atividade explorada pela empresa e seu contexto concorrencial.⁴⁵⁴

A dicotomia entre empresas exploradoras de atividades econômicas e empresas prestadoras de serviço público faliu, portanto. Não é mais possível ou recomendável a utilização dessa teorização para se compreender e determinar o regime aplicável às empresas estatais diante de um novo cenário de atuação dessas empresas e de um novo perfil da ordem econômica. É necessário, portanto, estudar novos parâmetros e critérios que lidem com essa nova complexidade.

4.2.2. Complexidade e hibridez do regime das empresas estatais

A complexidade acima demonstrada nos faz confrontar com a existência de múltiplos e híbridos regimes aplicáveis às empresas estatais. Isso significa que, se adotadas essas premissas, são múltiplos os regimes possíveis ao conjunto de empresas estatais e a cada uma

452 SCHIRATO, *As empresas estatais no Direito Administrativo Econômico Atual*.

453 Podemos apontar também que o precedente firmado pelo caso da impenhorabilidade da ECT foi novamente contemporizado, dessa vez pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 176.078 em que se considerou, além da natureza exercida, se os bens a serem penhorados estariam especificamente destinados à prestação do serviço público – análise que não se realizou no precedente do STF.

454 COUTINHO; MESQUITA; NASSER, *Empresas estatais entre serviços públicos e atividades econômicas*; SCHIRATO, *As empresas estatais no Direito Administrativo Econômico Atual*.

delas. Esses regimes não estarão definitivamente associados ao regime público ou ao regime privado, mas encontraremos variações com feições mais públicas ou mais privadas conforme o tema e a empresa em questão.⁴⁵⁵

Com isso, percebe-se que há um largo plexo de atividades e contextos a serem observados que, assim, ocasionariam um *dégradé* no regime aplicável. De início, há estatais que exploram serviços públicos que não foram liberalizados e que continuam sendo explorados com exclusividade, poderes e sujeições exorbitantes do regime comum. Daí avança-se para casos de serviços públicos mais sujeitos a uma lógica concorrencial, com menores exorbitâncias e até sujeitos à assimetria regulatória em sua exploração. Muito proximamente, existirão aquelas empresas que atuam em atividades privadas reguladas, sob concorrência e intensa regulação.

Conte-se, ainda, que, para cada empresa estatal, estarão em questão vários elementos do regime, cada qual devendo ser analisado por suas próprias especificidades nesse contexto. Assim, a solução dada ao regime de bens pode não ser extensível ao regime tributário ou ao regime de contratações, cada qual exigindo uma solução mais pública ou mais privada. Nessa realidade, a questão que se coloca agora é saber quais são os critérios interpretativos que devem ser aplicados para se definir o regime jurídico das empresas estatais ou, no limite, de cada empresa estatal.

A nosso sentir, em consonância com o que estamos defendendo ao longo deste trabalho, existirão variados critérios a serem adotados em tal interpretação. Deve ser levado em consideração o contexto econômico em que a atividade é exercida, a regulação setorial vigente, a existência e as condições de concorrência entre os atores públicos e privados nos mercados em questão, a composição acionária da empresa, entre outros fatores. Ao mesmo tempo, deverão ser considerados critérios que visam resguardar os controles públicos e o respeito aos princípios da Administração Pública, ainda que estes sejam satisfeitos por meio de instrumentos de direito privado. A chave, então, está em encontrar a adequação do regime jurídico ao contexto da intervenção econômica daquela empresa estatal.

Com essa proposta, porém, não se quer descrever exhaustivamente um procedimento ou uma cartilha rígida para a determinação do regime das empresas estatais – como, aliás, faz a teoria tradicional. O nosso intuito é de levantar critérios sensíveis a esse regime, trazendo-os

455 Corroborando essas visões: BEDONE, **Releitura da dicotomia serviço público vs. atividade econômica como critério definidor do regime jurídico das empresas estatais à luz da Lei n.º 13.303/2016**.

à atenção do intérprete para que possa efetuar uma análise tópica e concreta que esteja condizente com os preceitos constitucionais e com a realidade atual da atuação estatal.

O primeiro critério – e talvez o mais relevante deles – é a *existência de concorrência*.⁴⁵⁶ A introdução da concorrência nos serviços públicos e nos monopólios constitucionais até então nada flexibilizados foi, como vimos, um dos principais fatores de críticas à inutilidade da dicotomia. Diante de diversos cenários jurídicos com maior ou menor abertura à concorrência, esse critério deverá avaliar a interface efetivamente existente entre o regime aplicável à empresa estatal e sua atuação naquele mercado específico. Esse critério foi utilizado no Caso Eletronorte para vedar a atribuição de privilégio de impenhorabilidade.

Nos cenários de maior abertura e competição, o regime jurídico deve considerar a proteção à competitividade e à sustentabilidade financeira da empresa estatal. Eventual atribuição de um regime com tons públicos, acompanhado de restrições típicas do direito público, pode vir a prejudicar o desempenho econômico da empresa, tal como foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento sobre o regime licitatório da Petrobras.

Nos mercados competitivos, ponto sensível desta análise também está em dosar o regime jurídico sem afetar e desequilibrar artificialmente a concorrência, exatamente como foi considerado pelo Supremo Tribunal no julgamento do caso da Eletronorte. A livre concorrência é oponível ao Estado, que não pode criar situações de favorecimento concorrencial desproporcional às suas próprias empresas em detrimento desse princípio constitucional. Nesse sentido, a atribuição de prerrogativas às empresas estatais que atuam em setores concorrenciais deve analisada em um exame de proporcionalidade para que não desvirtue a livre concorrência em favor de determinados operadores, exclusivamente com fundamento em seu vínculo orgânico com o Estado – inclusive se essas empresas exploram serviços públicos.⁴⁵⁷

O ordenamento já endossa limites aos privilégios das empresas estatais em casos de concorrências. É plenamente aplicável a todas as empresas estatais que exploram algum tipo de atividade econômica – sujeita ao regime público ou privado – o comando do parágrafo 2º do artigo 173, que veda privilégios fiscais não extensivos às empresas privadas.⁴⁵⁸ Vale lembrar, inclusive, que o artigo 17 da Lei Federal nº 8.987/95 prevê que, nas licitações para outorga de concessões de serviços públicos, não podem ser utilizados vantagens e subsídios que não

456 FIDALGO, **O Estado Empresário**; BEDONE, **Releitura da dicotomia serviço público vs. atividade econômica como critério definidor do regime jurídico das empresas estatais à luz da Lei n.o 13.303/2016**.

457 PINTO, **Empresa estatal: modelo jurídico em crise?**

458 Especialmente quando consideramos, como argumentado no item 4.1., que o artigo 173 é cláusula geral de toda a intervenção estatal e aplicável às empresas estatais indistintamente. Também nesse sentido: FIDALGO, **O Estado Empresário**.

estejam disponíveis aos demais licitantes, o que se aplica também às empresas estatais que concorram pelos serviços.⁴⁵⁹

Essa questão, porém, coloca-se menos para as empresas que atuam em mercados de baixa abertura à concorrência ou atuam até em situação de total exclusividade, em que o serviço sequer é sujeito à licitação. Nesses casos, a atribuição de regimes jurídicos mais públicos e permeados por prerrogativas soaria menos problemático, embora também possam ser acrescidas as sujeições públicas que evitem eventual abuso desse monopólio de fato ou o uso da empresa exclusivamente para “fuga para o direito privado”. Note-se também que, nos cenários de exclusividade, a atribuição de prerrogativas pode ser até manejada como medida em prol da eficiência da empresa.

Outro critério a ser ponderado é a *composição acionária* da empresa estatal, se empresa pública ou sociedade de economia mista.⁴⁶⁰ No Caso Eletronorte, um dos quesitos considerados pelo STF foi justamente a distribuição de lucros para acionistas privados da companhia, o que se considerou ser incompatível com a atribuição de privilégio de impenhorabilidade. A princípio, uma empresa estatal com capital extensivamente detido pelo Poder Público é mais apta aos tons públicos do regime e suas prerrogativas do que a empresa com capital largamente detido por pessoas privadas, inclusive com negociação em bolsa de valores.

Indique-se também a necessidade de se verificar o exercício de uma *pluralidade de atividades* pela empresa estatal cujo regime se avalia. Como dito, é comum que essas empresas tenham mais de um objeto, ora explorando atividades econômicas em regime de serviço público (estes ainda sujeitos a diferentes regulações) ora explorando outras atividades econômicas em regimes mais privados. Se for o caso, torna-se necessário ponderar o impacto do regime visado sobre as demais atividades exercidas, especialmente quanto à proteção do serviço público e à garantia da livre concorrência (isto é, que não está sendo criando situação de desequilíbrio concorrencial).

459 SCHIRATO, **As empresas estatais no Direito Administrativo Econômico Atual**.

460 A composição acionária é o que define a empresa estatal como (i) empresa pública, cujo capital é detido exclusivamente pelo Poder Público ou (ii) sociedade de economia mista, cujo capital é detido tanto pelo Poder Público quanto por particulares e que a maioria do capital votante é público. A questão não está, porém, em ser um ou outro tipo, mas em se ponderar o quanto há de entes privados na base acionária (com seus correlatos interesses e direitos), mesmo porque a linha entre ambos os tipos é tênue e a verificação de um ou outro não traz maiores consequências jurídicas dentro do tema ora trabalhado. Aponte-se que o STF atribuiu à ECT e à Companhia do Metropolitano de São Paulo o mesmo regime jurídico de impenhorabilidade de bens, em que pese a primeira ser empresa pública e a segunda não, mas ter 99,5% de seu capital em posse do Poder Público.

Nessa senda, podemos apontar também a consideração do título pelo qual a empresa estatal exerce as atividades em regime de serviço público. Seriam situações diferentes se (i) a empresa fosse detida pela pessoa pública titular do serviço público, ocasião em que se trata de descentralização administrativa e, usualmente, o serviço não é licitado ou (ii) a empresa não é detida pela pessoa pública titular do serviço, de forma que será concessionária de serviço público, usualmente mediante licitação.⁴⁶¹⁻⁴⁶² É de se analisar, no caso concreto, qual seria o regime mais adequado a cada uma das hipóteses.

Considerando o que expusemos, esses são apenas alguns dos fatores que podem ser desde já apontados como critérios interpretativos do regime das empresas estatais, sendo ainda necessário estudar e delinear com precisão cada um deles e outros que vierem a ser cogitados. Caberá à doutrina e à jurisprudência desenvolverem e aplicarem esses ou outros critérios, assim (re)formulando esse regime jurídico.⁴⁶³

Independentemente do critério a ser empregado, devemos chamar a atenção para o uso do serviço público – ou da categorização como empresa prestadora de serviço público – como forma de se justificar a atribuição indevida de privilégios ao operador estatal. Desse modo, devemos questionar a doutrina e a jurisprudência que defendem a aplicação de privilégios da impenhorabilidade de bens e da imunidade fiscal às empresas estatais cujo objeto é a prestação de serviços públicos.

Na concepção que defendemos no capítulo anterior, serviço público não é sinônimo de privilégio. O serviço público deve ser concebido como um instrumento que o Estado detém para o cumprimento de sua obrigação com a prestação de determinadas atividades econômicas em razão de sua relevância para a satisfação de direitos fundamentais, conforme for definido

461 A doutrina há muito tempo reconhece que as empresas estatais que exercem serviços públicos titularizados pelo seu controlador são empresas delegatárias do serviço, como uma forma de descentralização técnica, e não seriam concessionárias de serviço público. Cf. GRAU, **A ordem econômica na Constituição de 1988 - (interpretação e crítica)**; SCHIRATO, **As empresas estatais no Direito Administrativo Econômico Atual**.

462 Há recente exemplo nesse sentido. A Sabesp (Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo), além de atuar como concessionária dos municípios paulistas, mediante contratos de concessão ou contratos de programa, também participou de procedimento licitatório para a concessão dos serviços de saneamento na região metropolitana de Maceió, em substituição à companhia de saneamento local. Assim, e tendo se consorciado com empresas privadas, concorrerá como qualquer proponente na licitação. “Sabesp confirma participação em concorrência de saneamento em Alagoas”. Valor Econômico. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2020/09/25/sabesp-confirma-participacao-em-concorrncia-de-saneamento-em-alagoas.ghtml>. Acesso em 12 de outubro de 2020.

463 Pela doutrina, há autores que buscam estudar e aplicar esses critérios, o que foge ao nosso recorte temático. Por todos, cf. BEDONE, **Releitura da dicotomia serviço público vs. atividade econômica como critério definidor do regime jurídico das empresas estatais à luz da Lei n.o 13.303/2016**; FIDALGO, **O Estado Empresário**.

pela lei ou pela Constituição.⁴⁶⁴ Nesse sentido, o regime de serviço público é regime funcionalizado à obtenção das finalidades constitucionais almeçadas, devendo ser respeitada a proporcionalidade de eventuais prerrogativas atribuídas aos operadores.

Dadas essas premissas, deve-se buscar proteger *a atividade do serviço público*, o processo econômico de prestação de bens e serviços, e não proteger o seu operador,⁴⁶⁵ isto é, para a concessão de privilégios, adota-se um critério subjetivo – ser empresa estatal –, ao invés de um critério funcional – ser ou não necessário à garantia da prestação. O resultado efetivo dessa lógica é a proteção integral do patrimônio das empresas estatais e sua completa submissão ao regime de precatórios, inclusive quanto aos bens e valores que em nada correspondem à operacionalização do serviço público. E assim se faz em violação aos direitos de terceiros que se relacionam com essas empresas e que, sem fundamento, são premidos por uma valorização excessiva da presença orgânica do Estado – e da suposta “supremacia do interesse público”.

Pela linha que adotamos, a impenhorabilidade dos bens das empresas estatais deve ser empregada exclusivamente quanto aos bens e direitos envolvidos diretamente na prestação do serviço público. Isso porque, como já aduzimos, o serviço público é de essencial relevância para a ordem econômica e, pelos interesses que satisfaz, justifica a outorga de certas prerrogativas, nesse caso voltadas a resguardar a continuidade do serviço. Contudo esse argumento não é aplicável quando falamos de bens e direitos não afetos ao serviço e que, por isso, devem respeitar o regime jurídico privado comum, tal como é da natureza das empresas estatais.

Quanto à imunidade tributária, a situação é talvez um pouco mais grave. Como já mencionamos brevemente, a Constituição diz expressamente que não há imunidade tributária quando há pagamento de tarifas pelos usuários (artigo 150, §3º). Com isso, está afastada a imunidade tributária para os serviços públicos econômicos (e para as demais atividades econômicas), ainda que essa imunidade seja aplicável à prestação de outros serviços públicos, se tomado o conceito em seu sentido amplo. Apontamos também violação ao artigo 173, §2º que veda a atribuição de privilégios fiscais a empresas estatais que não estejam disponíveis aos demais operadores. Como vimos, o STF ignora essas prescrições constitucionais sem ulterior justificativa e assimila empresas estatais às autarquias, negando-lhes o caráter econômico, oneroso e empresarial.

464 Cf. nosso Capítulo 3 acima e, na doutrina, cf. SCHIRATO, **Livre iniciativa nos serviços públicos**; SCHIRATO, **As empresas estatais no Direito Administrativo Econômico Atual**.

465 Essa crítica está bem elaborada em: PINTO, **Empresa estatal: modelo jurídico em crise?** e, mais amplamente, em: SUNDFELD; SOUZA, **Licitação nas Estatais: Levando a Natureza Empresarial a Sério**.

Enfim, são múltiplos os temas e critérios que devem ser avaliados para que se determine o regime jurídico das empresas estatais, e de cada uma delas. Não estamos defendendo – até porque extrapolaria nosso recorte temático – que o regime deva ser desta ou daquela forma, mas apenas indicando a falência dos critérios interpretativos da teoria tradicional e, logo, propondo novos olhares, que deverão ser avaliados pela doutrina no estudo de cada elemento do regime a ser determinado.

Novamente, esperamos ter demonstrado a necessidade de extrapolar a dicotomia da ordem econômica para perceber, na realidade, que são múltiplas as questões e os regimes das empresas estatais, por isso incabível se pretender colocá-las em dois grandes conceitos.

4.3. A regulação de acesso na ordem econômica

Nos capítulos precedentes, viu-se que a teoria tradicional sustenta que são dois os regimes jurídicos das atividades econômicas em sentido amplo no que se refere às condições de acesso à atividade: de um lado, os serviços públicos, não sujeitos à livre iniciativa, sendo o controle do acesso a esses serviços feito pela outorga de delegação de serviço público, mediante concessões ou permissões. De outro lado, as atividades econômicas em sentido estrito, protegidas pela livre iniciativa e com amplo acesso, ainda que sujeito a restrições previstas em lei, mediante autorizações e licenças, por exemplo.⁴⁶⁶ A exceção a esse desenho está nos monopólios constitucionais que, apesar de serem atividades econômicas em sentido estrito, foram retirados do campo da livre iniciativa e são supostamente inacessíveis aos agentes privados, ou excepcionalmente acessados via contratos com a União.

No Capítulo 3, os fundamentos dessa concepção foram examinados e rejeitados. Fixamos o entendimento de que os serviços públicos estão sob incidência da livre iniciativa e da livre concorrência, assim como todas as outras atividades integrantes da ordem econômica e que não podem se escusar da aplicação de tais liberdades, que são direitos fundamentais. Naturalmente, essas liberdades estarão sujeitas a limitações e conformações, feitas de forma proporcional e em vista da satisfação de outros direitos fundamentais, o que acontecerá, inclusive, quanto às atividades econômicas em sentido estrito que estejam sujeitas a forte regulação. Dessa forma, em todas as atividades econômicas, devem ser buscadas a otimização e a harmonização entre os direitos e princípios constitucionais incidentes, e não a exclusão *tout court* de umas ou outras atividades da livre iniciativa.

466 MARQUES NETO, Características do Serviço Público.

Posta a questão nesses termos, defendemos que não existem duas secções, divididas pela incidência ou não da livre iniciativa, nem existem apenas duas formas jurídicas para o acesso às atividades econômicas. Na verdade, têm-se diferentes regulações de acesso, sejam elas mais ou menos restritivas da livre iniciativa, formando-se uma escala gradativa que parte da total liberdade de iniciativa até a total exclusividade estatal na prestação dos serviços. A variação dessa escala depende mais de uma análise ponderativa entre a livre iniciativa e a satisfação de outros interesses públicos do que efetivamente da categorização da atividade econômica.

A análise desse perfil das formas de regulação de acesso no direito positivo inicia-se com as formas menos restritivas da liberdade de iniciativa e vai até as raras e justificadas hipóteses de completa exclusividade estatal. Nesse ínterim, será demonstrada a inaptidão da dicotomia tradicional em compreender essa diversidade.

Em primeiro lugar, com maior nível de liberdade, estão os casos em que a regulação incidente não dispõe nenhum controle de acesso ou permanência no mercado, ou em que as exigências regulatórias são genéricas e limitadas ao dever de informar o Poder Público sobre o desempenho da atividade econômica.⁴⁶⁷ Na maioria das vezes, essas exigências não guardam relação com os aspectos econômicos, técnicos ou sociais daquela específica atividade, apenas buscam organizar o desenvolvimento do processo econômico, sem que para tanto controlem efetivamente o acesso dos agentes ao mercado. Pode-se apontar, por exemplo, a exigência de alvarás de localização, autos de vistoria, autorizações administrativas, licenças sanitárias, ambientais e urbanísticas.

Tem-se, assim, uma atuação administrativa ordenadora que visa restringir e conformar o exercício das liberdades econômicas com o atendimento a exigências de ordem pública, tais como a proteção a bens jurídicos relevantes (segurança, higiene, meio ambiente) e o resguardo de bens públicos.⁴⁶⁸ Evidentemente, mesmo nessa hipótese descrita, a atuação ordenadora representará alguma limitação ao direito fundamental de livre iniciativa – tal como permite o

467 A Lei de Liberdade Econômica, Lei Federal nº 13.874/2019, dispõe mesmo o direito ao acesso à atividade econômica de baixo risco, independentemente de qualquer ato de liberação: “Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do artigo 170 da Constituição Federal: I - desenvolver atividade econômica de baixo risco, para a qual se valha exclusivamente de propriedade privada própria ou de terceiros consensuais, sem a necessidade de quaisquer atos públicos de liberação da atividade econômica;”

468 BINENBOJM, **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador.**

parágrafo único do artigo 170 da Constituição –, mas se tratará de uma limitação leve, que não significa a efetiva vedação de acesso ao mercado pelos agentes interessados.

Avançando nessa escala, maior grau de restrição à livre iniciativa é encontrado nas *autorizações regulatórias*, instrumentos de regulação de acesso em que o particular interessado depende de ato de liberação do Poder Público para que possa exercer a atividade econômica, sem o que o seu exercício é considerado irregular e ilegal. Nesse caso, há barreira de entrada mais expressiva em comparação com os instrumentos anteriormente tratados, ainda que as formas de implementação das autorizações sejam variáveis.⁴⁶⁹

As autorizações regulam o acesso às atividades econômicas ao dispor exigências e condições de habilitação técnica, econômica e jurídica necessárias ao exercício da atividade a serem cumpridas pelos interessados.⁴⁷⁰ A imposição do cumprimento prévio desses requisitos oferece ao regulador maior controle e fiscalização sobre os operadores daquele mercado e sobre a qualidade das atividades desempenhadas. Nesse sentido, o regulador busca assegurar que o particular interessado dispõe das condições técnicas e econômicas para explorar aquela atividade econômica de forma compatível com o interesse público e segundo os parâmetros e condições impostos.⁴⁷¹ Caso contrário, a autorização pode ser indeferida ou caçada como forma de se efetivar o banimento do agente que atua em desconformidade com os preceitos estipulados pelo regulador.

É certo que a imposição desses requisitos representa restrição ao direito de livre iniciativa, na medida em que eles limitam a exploração da atividade econômica aos agentes que estejam aptos e dispostos ao seu cumprimento. Assim, a exigência de requisitos para a obtenção de autorizações deve ser proporcional entre os interesses públicos tutelados pela regulação e o sacrifício imposto à livre iniciativa como forma de resguardar esses interesses, em seus aspectos de (i) necessidade, (ii) adequação e (iii) proporcionalidade em sentido estrito.⁴⁷²

As autorizações regulatórias são utilizadas em atividades de vários setores da economia, como os de telecomunicações, energia elétrica, sistema financeiro e saúde suplementar. O seu emprego, porém, não se limita ao campo das “atividades econômicas em

469 ARAGÃO, **Direito dos serviços públicos**; MENEGAT, **Autorizações Administrativas Regulatórias: A evolução do Direito Administrativo e a mutação das autorizações nos setores de infraestrutura**.

470 É o que se encontra, por exemplo, no artigo 68-A da Lei do Petróleo e no artigo 133 da Lei Geral de Telecomunicações.

471 APOLINÁRIO, **Estado Regulador: o novo papel do Estado**; MENEGAT, **Autorizações Administrativas Regulatórias: A evolução do Direito Administrativo e a mutação das autorizações nos setores de infraestrutura**.

472 ARAGÃO, O princípio da proporcionalidade no direito econômico.

sentido estrito”, como preveria a teoria tradicional. Nos quadrantes da atual regulação, é possível encontrar autorizações em atividades tidas como serviços públicos e que estão submetidas à assimetria de regimes (telecomunicações e energia elétrica), bem como em atividades econômicas de forte relevância social que nunca foram tidas como serviços públicos (bancos e instituições de pagamento) ou mesmo em atividades sob monopólio constitucional da União (transporte de petróleo e derivados).

Indo além das fronteiras das categorias, o que se observa é que as autorizações se revelam adequadas para regular o acesso a atividades econômicas relevantes para a satisfação de interesses públicos, cujas características técnicas e econômicas sejam favoráveis à pluralidade de operadores e à concorrência entre estes.^{473 - 474} Sem prejudicar desnecessariamente a livre iniciativa, a opção do regulador é associar o amplo acesso à atividade com o cumprimento de requisitos e preceitos de interesse público, mediante o controle quantitativo e qualitativo dos agentes que atuam nesse mercado.⁴⁷⁵

Nesse sentido, as autorizações recebem um regime jurídico específico a cada atividade econômica em que são aplicadas, sendo ele mais ou menos intenso e restritivo no tocante ao procedimento de obtenção, requisitos exigidos e/ou condições de permanência no mercado, conforme seja adequado às características sociais, técnicas e econômicas daquele específico mercado, sempre resguardada a proporcionalidade.

Representativa dessa variação é a possibilidade contida na Lei Geral de Telecomunicações de que a outorga de autorizações seja limitada e precedida de licitação quando o excesso de competidores for prejudicial à prestação dos serviços em uma determinada localidade.⁴⁷⁶ Dessa forma, observa-se um regime mais restritivo à livre iniciativa, na medida

473 Interessante destacar, porém, que nem sempre o acréscimo na relevância da atividade terá como consequência o endurecimento da regulação de acesso, sendo sempre possível que a resposta regulatória seja o controle da atividade por outros meios ou em outros quesitos, como em seu preço, qualidade, quantidade, entre outros.

474 SALOMÃO FILHO, **Regulação da Atividade Econômica (Princípios e Fundamentos Jurídicos)**.

475 Conforme Alexandre de Aragão, vê-se que a Lei do Petróleo “considerando menos o monopólio incidente sobre as atividades do setor, e mais a possibilidade de concorrência que cada uma delas pode propiciar, destinou a autorização para as atividades nas quais se deem as maiores possibilidades de concorrência” ARAGÃO, Alexandre Santos de. As concessões e autorizações petrolíferas e o poder normativo da ANP, **Revista de Direito Administrativo**, v. 228, 2002, p. 249.

476 “Art. 136. Não haverá limite ao número de autorizações de serviço, salvo em caso de impossibilidade técnica ou, excepcionalmente, quando o excesso de competidores puder comprometer a prestação de uma modalidade de serviço de interesse coletivo. § 1º A Agência determinará as regiões, localidades ou áreas abrangidas pela limitação e disporá sobre a possibilidade de a prestadora atuar em mais de uma delas. § 2º As prestadoras serão selecionadas mediante procedimento licitatório, na forma estabelecida nos artigos de 88 a 92, sujeitando-se a transferência da autorização às mesmas condições estabelecidas no art. 98, desta Lei. § 3º Dos vencedores da licitação será exigida contrapartida proporcional à vantagem econômica que usufruírem, na forma de compromissos de interesse dos usuários.”

em que o número de operadores estará limitado, de forma proporcional e justificada, em razão de impossibilidades técnicas ou em prol da melhor prestação dos serviços.

Outro relevante instrumento utilizado pelo direito brasileiro para a regulação de acesso às atividades econômicas são as concessões. Assim como as autorizações, não há um regime jurídico único para as concessões, que poderão apresentar níveis mais ou menos restritivos da liberdade de iniciativa, conforme for o contexto de seu emprego.⁴⁷⁷ Muitas vezes, as concessões são utilizadas lado a lado com as autorizações para o controle de acesso às mesmas atividades econômicas, de sorte que representam restrições semelhantes.

Trata-se de instrumento que pode ser adotado em diversos contextos e atividades econômicas, para muito além das concessões de serviço público, como usualmente é retratado pela doutrina. As concessões podem ser regidas tanto pelo direito público quanto pelo direito privado, o que é notoriamente observado na concessão de monopólios constitucionais, nos setores minerário e de petróleo e gás.⁴⁷⁸

O emprego das concessões como forma de regulação de acesso ocorre porque o seu regramento envolve a exigência de procedimento licitatório competitivo previamente à outorga dos serviços. É na licitação que está o efetivo controle do acesso à atividade, na medida em que o ente regulador poderá optar por conceder ou não aquele serviço, bem como poderá estabelecer critérios quantitativos (número de operadores) e qualitativos (habilitação técnica e econômica) para a seleção do agente econômico que será o concessionário.⁴⁷⁹

Embora assim possa transparecer da doutrina, as concessões nem sempre são sinônimo de alta restrição à liberdade de iniciativa ou de *publicatio* sobre a atividade econômica. Dentro da própria técnica concessória, é possível observar aplicações ora de maior concorrência, ora de maior exclusividade, sempre respeitada a justificação e a proporcionalidade na imposição de medidas restritivas ao acesso à atividade econômica.

É nesse sentido que se observa a possibilidade de instituição de concessões sem exclusividade em sua outorga, podendo haver dois ou mais agentes explorando a mesma atividade econômica, ainda que ela esteja sujeita a forte regulação de acesso. É o que se observa, por exemplo, nas concessões do setor de telecomunicações, que são outorgadas sem

477 Explicitando a existência de variados regimes para as concessões, Cf. MARQUES NETO, **Concessões**; GONÇALVES, **A Concessão de Serviços Públicos (uma aplicação da técnica concessória)**; JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003.

478 ARAGÃO, O contrato de concessão de exploração de petróleo e gás.

479 SAMPAIO, **Regulação e Concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura**; FROÉS, **Infraestrutura e Serviços Públicos: Princípios da regulação geral e econômica**.

exclusividade por definição da regulação setorial.⁴⁸⁰⁻⁴⁸¹ Fato semelhante ocorre nas concessões minerárias, de petróleo e gás, no setor elétrico e de linhas aéreas. Nesses casos, as concessionárias atuam em competição entre si, entre estas e as empresas estatais e, ainda, em concorrência com empresas autorizadas, nos setores em que é admitida a assimetria de regimes.

A respeito das concessões de serviço público, o artigo 16 da Lei Federal nº 8.987/95 estabelece que, em regra, as concessões serão outorgadas sem direito de exclusividade ao delegatário, salvo por inviabilidade técnica ou econômica. A imposição de restrições à livre concorrência é excepcional e só pode ser imposta para salvaguardar a viabilidade do serviço e mediante competente justificativa.⁴⁸²

Entendemos, ainda, que a lógica da excepcionalidade da imposição de regime de exclusividade nas concessões deve ser aplicável a todas as atividades econômicas, e não apenas aos serviços públicos, como se extrai do comando explícito da lei, na medida em que o respeito à livre iniciativa e à livre concorrência se impõe em toda a ordem econômica. Assim, sempre que as condições técnicas e econômicas de exploração da atividade permitirem, as concessões deverão ser outorgadas sem exclusividade ao operador.

Seguindo-se essa lógica, portanto, existirão atividades econômicas em que a concorrência é tecnicamente impossível, indesejada ou inconveniente à boa prestação dos serviços e à satisfação de direitos fundamentais que possam se fazer presentes. Nesses casos, o regulador impõe a exclusividade e controla estritamente o acesso à atividade, permitindo-o a um único ou a alguns poucos operadores como forma de assegurar a qualidade dos serviços prestados. Trata-se, assim, da derrogação proporcional e justificada da livre iniciativa e concorrência, diante das condições técnicas e econômicas encontradas na atividade.

A evidente hipótese desse cenário é o *monopólio natural*, como se constitui, por exemplo, nos setores de saneamento, rodoviário, ferroviário, transmissão de energia elétrica, entre outros. Nos casos de monopólios, a forma de produção dos bens e serviços apresentam “custos subaditivos”, isto é, são mais eficientemente produzidos em grandes quantidades do que em menores quantidades por diferentes concorrentes. Com isso, a economia de escala

480 É o que prevê o Plano Geral de Outorgas, constante do Decreto n. 6.654/2008: “Art. 5º A prestação no regime público do serviço a que se refere o art. 1º não garante, à concessionária, exclusividade na sua prestação.”

481 SUNDFELD, Carlos Ari. O desenvolvimento futuro das telecomunicações brasileiras e o papel das concessões, *in*: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Orgs.), **Regulação e novas tecnologias**, Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 211–221; GROTTI, Regime jurídico das telecomunicações: autorização, permissão e concessão.

482 JUSTEN FILHO, **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**.

gerada induz que a produção se dê por um único prestador, o que é economicamente mais eficiente. Correlatamente, observa-se que os monopólios naturais ainda apresentam outras características dificultadoras da concorrência, como os custos irrecuperáveis (*sunk costs*), a inviabilidade de duplicação de infraestruturas e a necessidade de uso de bens públicos e privados, enfim, que acabam por formar barreiras de entrada para novos operadores e fortalecem o poder econômico de quem já está estabelecido no serviço (incumbente).⁴⁸³

A exploração monopolista de um determinado mercado, por mais que seja necessária, é indesejada porque tende a ocasionar pior qualidade dos serviços prestados e alta dos preços. Ao mesmo tempo, a introjeção forçada da concorrência também tem efeitos danosos, na medida em que a duplicação de infraestruturas e a divisão do mercado consumidor elevam os custos de produção, logo, os preços praticados.

Nesse cenário, essas são atividades econômicas que exigem do Estado maiores níveis de controle e intervenção sobre a atividade econômica, destacadamente porque os monopólios naturais estão presentes em atividades de forte relevância social e econômica e que efetivam diretamente direitos fundamentais. Ademais, muitas vezes os monopólios naturais dependem de desapropriações, servidões e direitos de passagem para a implantação de infraestruturas, o que novamente demanda a presença e regulação estatal.

Novamente as concessões servirão como instrumento adequado à regulação da entrada e permanência em mercados monopolizados, bem como das condições de qualidade e preço do fornecimento, da assimetria de informações entre os agentes econômicos, além de outros fatores.⁴⁸⁴ Permite-se que o Estado tanto escolha quem será o monopolista – quando não o próprio Estado por suas empresas – quanto determine as condições de exploração da atividade econômica, mediante a regulação contratual.

Como dito, o fato de a outorga das concessões ser precedida de licitação viabiliza a restrição do acesso à atividade econômica por um único operador, bem como dispõe a exigência do cumprimento de requisitos de habilitação técnica e econômico-financeira. Além do mais, nas licitações, a disputa entre os agentes interessados na obtenção da concessão permite a

483 GÓMEZ-IBÁÑEZ, **Regulating Infrastructure: Monopoly, Contracts, and Discretion**; BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice**. Oxford: Oxford University Press, 2012; BINENBOJM, **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**.

484 GARCIA, **Concessões, parcerias e regulação**; GÓMEZ-IBÁÑEZ, **Regulating Infrastructure: Monopoly, Contracts, and Discretion**; SAMPAIO, **Regulação e Concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura**.

“competição pelo mercado”, na qual os lances dos licitantes têm efeito de replicar as condições de um mercado concorrencial no “momento zero” da prestação dos serviços.⁴⁸⁵⁻⁴⁸⁶

Os contratos de concessão, por sua vez, ensejarão a regulação das condições de exercício da atividade econômica monopolizada, estabelecendo um vínculo estreito de controle e fiscalização entre o prestador e o regulador. Poderão ser regradas as condições de preço, qualidade e quantidade do fornecimento, de forma que sejam capturadas as eficiências e vantagens do monopólio em prol da boa prestação dos serviços. Também por meio dos contratos é viabilizada a declaração de encampação e caducidade, banindo-se da exploração do monopólio a empresa que não o tenha explorado satisfatoriamente.

Com essa exposição, o que se observa é que as concessões outorgadas com direitos de exclusividade representam fortíssima restrição à liberdade de iniciativa e de concorrência, uma vez que impedem totalmente o acesso à atividade econômica como forma de assegurar a fiscalização e a eficiência na prestação dos serviços. Em que pese ser medida extrema, considera-se que existem razões e fundamentos que a justifiquem, notadamente quando a concorrência for empecilho à prestação adequada dos serviços e à satisfação de direitos fundamentais envolvidos, como é o caso dos monopólios naturais.

Usualmente, os monopólios naturais e outras atividades que demandam a imposição de exclusividade são considerados como serviços públicos, tal como é corrente na tradição francesa do serviço público.⁴⁸⁷ E, de fato, o regime jurídico a que se submetem as concessões de serviço público é apto a regular esses monopólios em seus aspectos técnicos e econômicos em vista da proteção do interesse público.

485 A respeito do modelo da “competição pelo mercado”: “Ele foi notadamente empregado nas indústrias britânicas de televisão independente, rádio e ferrovias. A ideia por trás é a de que se os participantes do leilão fazem ofertas competitivas por um direito exclusivo (ou ao menos protegido) para servir um mercado por um dado período de tempo e sob condições, eles irão fazer lances a partir de premissas de uma operação eficiente e, como resultado, consumidores irão se beneficiar – eles serão servidos por operadores que não estão sob a pressão de concorrência imediata, mas que irão se comportar de muitas formas como se estivessem”. BALDWIN; CAVE; LODGE, **Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice**, p. 116.

486 Além da “competição pelo mercado”, também é possível observar em alguns monopólios naturais certo grau de concorrência em virtude de uma “competição no mercado”, isto é, durante a prestação dos serviços. É o que se vê, por exemplo, nos setores de aeroportos, em que os operadores de cada um dos terminais competem entre si pela demanda de certos mercados e nichos (cargas, tráfego de passageiros e outros serviços aeroportuários), bem como competem com outros modais de transporte que podem ser substitutivos. Bom exemplo, nesse último sentido, é o da concorrência entre a concessionária da Ponte Rio-Niterói e a concessionária das barcas pelo transporte na travessia da baía de Guanabara.

487 A relação entre os monopólios naturais e a concepção de exclusividade nos serviços públicos foi examinada no item 3.1.4.. No mesmo sentido, BINENBOJM, **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**.

Contudo é necessário apontar que a imposição de exclusividade sobre certas atividades econômicas – monopólios naturais ou não –, bem como a regulação pelo regime de concessões, não é encontrada apenas nos serviços públicos, mas igualmente nos monopólios constitucionais.

Ao final da escala gradativa das formas de regulação de acesso, podemos indicar a possibilidade de que a regulação adote a total exclusividade estatal na prestação da atividade. Basicamente, trata-se dos serviços públicos exercidos em regime de exclusividade (ou seja, nos quais não há viabilidade técnica ou econômica da concorrência) e que são explorados diretamente pelo ente titular do serviço, por meio de empresa estatal ou autarquia, dispensada a realização de licitação a qualquer tempo,⁴⁸⁸⁻⁴⁸⁹ ou dos monopólios constitucionais nos quais a União não tenha realizado concessões ou regulamentado o acesso mediante autorizações. Com isso, verifica-se o caso de completa exclusividade estatal na prestação e um monopólio dos operadores públicos sobre a atividade. Embora sejam teoricamente possíveis, são casos incomuns nos quadros atuais do direito brasileiro.

Em toda essa escala, pode-se destacar que há uma intercambialidade entre as diversas formas de regulação de acesso. Observa-se, de início, que atividades que antigamente eram exploradas diretamente pelo Estado com exclusividade hoje são sujeitas a regime mais livres, como de autorizações ou de concessões sem exclusividade. Igualmente, existem atividades em assimetria de regimes – regradas simultaneamente por autorizações e concessões. Recentemente, possibilitou-se também a conversão de concessões de serviço público em autorizações no setor de telecomunicações,⁴⁹⁰ bem como se observa existirem avançadas propostas de reformas legislativas para a introdução de regimes de autorização em atividades hoje regradas por concessões, a exemplo dos setores ferroviário⁴⁹¹ e de transporte de gás natural.⁴⁹² Com isso, reforça-se a percepção da variabilidade e gradatividade das formas de

488 SCHIRATO, **Livre iniciativa nos serviços públicos**.

489 O novo marco do saneamento básico (Lei Federal nº 14.026/2020) corrigiu uma distorção a esse respeito. Até a edição da lei, era permitido que o ente titular do serviço de saneamento (o município) concedesse a prestação sem licitação à respectiva empresa estadual. Com isso, observe-se, há abertura do mercado e incentivo à competição, oportunidade em que as empresas estaduais deverão concorrer nas mesmas condições que os operadores privados.

490 Esta foi a reforma realizada pela Lei Federal nº 13.879/2019, que incluiu o artigo 144-A e seguintes à Lei Geral de Telecomunicações: “Art. 144-A. A Agência poderá autorizar, mediante solicitação da concessionária, a adaptação do instrumento de concessão para autorização, condicionada à observância dos seguintes requisitos: [...]”

491 É o caso do PLS 261/2018, de autoria do Senador José Serra, cuja versão atual prevê, dentre outras importantes reformas no setor, o seguinte: “Art. 9º O transporte ferroviário de cargas ou de passageiros associado à gestão da infraestrutura por operadora ferroviária pode ser executado sob regime público, mediante outorga de concessão ou permissão, ou sob regime privado, mediante outorga de autorização”.

492 Durante a elaboração desta dissertação, tramitou e foi aprovado projeto de lei convertido na Lei Federal nº 14.134, de 8 de abril de 2021, que “dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, de que trata o

regulação de acesso, dificultando severamente as possibilidades de uma categorização estanque desses institutos e sua associação a determinados regimes jurídicos.

A recapitulação e reanálise das formas de regulação de acesso às atividades econômicas demonstra, portanto, a nosso ver, uma evolução gradativa de formas de menor ou maior restrição à livre iniciativa, combinando polos que vão da total liberdade até a total exclusividade na exploração da atividade. Entre os dois polos opostos, existirão variadas soluções que privilegiam ora a concorrência, ora a exclusividade. Em todos esses casos, haverá a aplicação *prima facie* do direito à livre iniciativa, que só poderá ser mitigado de forma justificada e proporcional.

Nessa reanálise, verificamos também que esses diversos graus de regulação de acesso ultrapassam os limites estanques da dicotomia da teoria tradicional e não respeitam a suposta divisão entre serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito. Da exposição logo se vê que há a infiltração da livre iniciativa mesmo nas atividades tidas como monopólios constitucionais (regrados por autorizações), bem como se observa a imposição de fortes e restritivas exigências no acesso a atividades econômicas em sentido estrito a serem exploradas por agentes privados (autorizações precedidas de licitação). Os serviços públicos, também sujeitos à livre iniciativa, apresentam instrumentos e modalidades de prestação que combinam regulação e concorrência, limitando as restrições à livre iniciativa apenas aos casos necessários e devidamente justificados. Novamente vislumbramos aqui a falência da dicotomia em compreender as atuais formatações da ordem econômica.

Propõe-se, portanto, que a análise do binômio exclusividade-concorrência seja realizada não com base em categorias fixas, mas assumindo-se a possibilidade de variação das formas de regular o acesso a uma determinada atividade econômica. O fundamento de eventual restrição à livre iniciativa deve estar nas próprias condições técnicas e econômicas da atividade, na (in)viabilidade da concorrência e na busca da melhor satisfação de direitos fundamentais, de forma ponderada e proporcional. E, diga-se, nunca em um apriorismo que afaste a aplicação de princípios constitucionais como a livre iniciativa e a livre concorrência.

art. 177 da Constituição Federal, e sobre as atividades de escoamento, tratamento, processamento, estocagem subterrânea, acondicionamento, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural”.

4.4. Interfaces na prestação em regime público e regime privado

4.4.1. O núcleo do regime de serviço público e sua regulação

Conforme dissertamos no item 3.1, os serviços públicos são atividades econômicas nas quais, por definição do direito positivo, há obrigação do Estado com a prestação ou com a garantia de prestação. Em se tratando deles, recai sobre a Administração Pública uma responsabilidade direta sobre a execução da atividade e sobre o provimento do bem ou serviço e, assim, sobre a própria satisfação do direito fundamental que baseou a instituição do serviço público. Essa obrigação marca o serviço público diante das demais atividades econômicas, ainda que estas possam estar sujeitas a outros tipos de responsabilidades por parte do Estado.

O regime jurídico dos serviços públicos deve retratar, portanto, a obrigação que recai sobre a Administração Pública, seja mediante a atribuição de instrumentos, seja pela instituição de garantias do cumprimento dessa obrigação. É nesse sentido que os *princípios do serviço público*, como elementos centrais do regime jurídico, são reflexos dessa mesma obrigação, como exigências qualitativas sobre a prestação do serviço público normativamente decorrentes do próprio direito fundamental que se quer satisfeito pelo serviço.⁴⁹³

Nesse sentido, os princípios do serviço público são normas primariamente dirigidas à Administração Pública titular do serviço e que se colocam como deveres a ela impostos para que organize e regule o serviço público em conformidade com características necessárias à adequada satisfação do direito fundamental envolvido.

A primeira conceituação a respeito dos princípios do serviço público foi elaborada por Louis Rolland, administrativista francês filiado à Escola do Serviço Público e seguidor da doutrina de Léon Duguit. A partir da jurisprudência do Conselho de Estado, aquele autor designou os princípios da continuidade, igualdade e mutabilidade⁴⁹⁴ como o conjunto de sujeições especialmente aplicáveis aos serviços públicos,⁴⁹⁵ assim constituindo o núcleo duro

493 SCHIRATO, **Livre iniciativa nos serviços públicos**; MARQUES NETO, *Características do Serviço Público*; MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2010.

494 Além desses princípios, o direito francês recentemente tem incorporado outros, como os princípios da acessibilidade, qualidade, responsabilidade, segurança, participação, muito em razão da influência do direito comunitário. GUGLIELMI, Gilles J; KOUBI, Geneviève; LONG, Martine. **Droit du Service Public**. Paris: LGDJ, 2016.

495 Vale lembrar que, na França, o conceito de serviço público é amplíssimo, quase como sinônimo de atividade administrativa, e poderia ser exercitado em regime de direito público (*Services Publics Administratifs*) e/ou de direito privado (*Services Publics Industriels et Commerciaux*).

de seu regime jurídico.⁴⁹⁶ Dessa forma, seria pela existência e aplicação desses princípios que os serviços públicos se diferenciariam das demais atividades privadas.

A noção desses princípios foi incorporada ao direito brasileiro conjuntamente com a própria tradição francesa e ainda é utilizada para definir e conceituar o regime de serviço público. Na legislação, os princípios são associados ao conceito de “serviço adequado”, constante do artigo 175, parágrafo único, IV da Constituição e do artigo 6º da Lei de Concessões. Apesar das diferentes conceituações de cada autor, os princípios do serviço público podem ser compreendidos essencialmente em torno de quatro deveres principais impostos pela legislação à prestação dos serviços: continuidade, mutabilidade, universalização e modicidade tarifária.⁴⁹⁷

A *continuidade* comanda a manutenção e permanência na prestação de um serviço público instituído, protegendo-o de interrupções indesejadas e, em última instância, da cessação do provimento da atividade por parte da empresa encarregada. Evidentemente, a continuidade significa que o serviço deve ser prestado sempre que ele for necessário a seus usuários, não que, para tanto, tenha de ser permanentemente prolongado no tempo.⁴⁹⁸

Esse dever se funda na essencialidade do direito fundamental tutelado pelo serviço público e das relações jurídicas dele decorrentes, mesmo porque não seria admitido que um direito fosse satisfeito de forma apenas pontual ou inconstante. Correlatadamente, o dever do Estado para com a prestação desse direito também será contínuo. É por isso mesmo que o serviço público, sendo um dos instrumentos para a satisfação de direitos fundamentais, terá como elemento de seu regime a continuidade.⁴⁹⁹

Esse princípio é atendido, por exemplo, em regras que preveem a reversibilidade dos bens necessários à prestação do serviço público após a extinção de um contrato de concessão, impedindo que a infraestrutura se perca de tempos em tempos e que isso afete negativamente a prestação da atividade. Igualmente, a continuidade aparecerá em regras que limitam a exceção

496 ZIANI, **Du Service Public à l'obligation de service public**; GROTTI, Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação.

497 Relembre-se que o artigo 6º da Lei de Concessões capitula também os princípios da eficiência, da segurança e da cortesia na prestação dos serviços públicos. Esses princípios, contudo, não são tão representativos quanto os acima expostos e apresentam baixa normatividade quando em si mesmos considerados. Trata-se de interesses já protegidos por outras provisões do ordenamento igualmente aplicáveis, seja pela Constituição, pela regulação técnica, pela legislação ambiental ou pelo Código de Defesa do Consumidor.

498 GROTTI, Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação; MOREIRA, **Direito das concessões de serviço público**.

499 SCHIRATO, **Livre iniciativa nos serviços públicos**.

de contrato não cumprido por parte de delegatários de serviço público e em regras sobre as formas de extinção desses contratos, entre outras.⁵⁰⁰

O dever de *mutabilidade*, por sua vez, indica que a Administração Pública deve ajustar as condições de prestação do serviço conforme as modificações jurídicas, sociais, tecnológicas e científicas que envolvem sua operação.⁵⁰¹ A mutação do serviço, então, dar-se-á no compasso em que essas modificações venham a interferir nas necessidades do interesse público, especialmente, na satisfação do direito fundamental tutelado naquela atividade. Como aplicação desse princípio, pode ser citada a previsão em contratos de concessão da possibilidade de alteração unilateral por parte do poder concedente, seja para a criação de novas obrigações ao concessionário (mediante devido reequilíbrio econômico-financeiro) ou para alteração das normas regulamentares do serviço.

Já o princípio da *universalização* veicula o dever de disponibilização do serviço público a todos os cidadãos, independentemente da localização territorial, do perfil socioeconômico ou de outros fatores que possam inibir a prestação. Novamente, é o direito fundamental tutelado que conduz à adoção da universalização como elemento central do serviço público e cujo regime deve assegurar a prestação dos serviços a todos os cidadãos detentores desse direito. Envolve-se, então, o dever do Estado consistentemente em adotar providências para permitir a ampliação da prestação dos serviços.

A universalização pode vir a ser satisfeita de variadas formas, sem que conduza a um conjunto determinado de regras aplicáveis aos serviços públicos. Ela pode ser encontrada no arranjo jurídico, econômico e financeiro adotado pela Administração Pública titular do serviço público como forma de ampliar o campo de prestação do serviço. A expansão e a generalização da prestação dos serviços encarregam grandes ônus financeiros e gerenciais, de sorte que o titular deverá concretizar a universalização *vis-à-vis* às possibilidades reais mediante o manejo de estratégias, apropriadas às condições técnicas de sua prestação, dependendo disso a viabilidade econômica do serviço.⁵⁰²

500 GENOSO, Gianfrancesco. **Princípio Da Continuidade Do Serviço Público**. Universidade de São Paulo, 2011; GUIMARÃES, Letícia. **O Princípio da Continuidade dos Serviços Públicos**. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007.

501 GUGLIELMI; KOUBI; LONG, **Droit du Service Public**.

502 Apenas exemplificativamente, aponte-se que o Estado pode lançar mão de algumas estratégias, tais como o (i) reinvestimento obrigatório de rendas auferidas na própria atividade (concessão comum), (ii) desembolsos diretos do poder público (realização de obras, parcerias público-privadas com aportes e contraprestação pública), (iii) subsídios cruzados e/ou (iv) aportes de fundos setoriais.

Por fim, a *modicidade tarifária* importa em que o custo de acesso do usuário ao serviço público não seja de tal monta que prejudique a satisfação do direito fundamental tutelado, devendo a tarifa ser de menor valor possível. O valor da tarifa terá de ser determinado entre a capacidade econômica dos usuários e a devida remuneração do prestador pelos custos e investimentos, especialmente aqueles decorrentes de expansão e universalização dos serviços. Novamente aqui a adoção de estratégias pela Administração Pública responsável pelo serviço é que dará efetividade a esse princípio.

Portanto se observa que esses princípios são pontos em comum entre todos os serviços públicos e, por isso, podem ser considerados como o *núcleo duro* do regime de serviço público.⁵⁰³ Se todo serviço público enseja a obrigação de prestá-lo, por parte da Administração Pública, com justificativa no direito fundamental tutelado, então também todo serviço público deve ser regulado pelos deveres de continuidade, mutabilidade, universalização e modicidade.⁵⁰⁴

E será justamente esse núcleo duro que demarcará a efetiva diferença e especialidade do regime jurídico dos serviços públicos em face do regime de outras atividades econômicas. Apenas essas atividades eleitas pelo ordenamento como serviços públicos estarão sujeitas a uma responsabilidade pública por sua prestação e, assim, sujeitas à específica incidência dos princípios acima dispostos. Os serviços públicos, portanto, diferentemente de outras atividades econômicas, ensejam o cumprimento direto pela Administração Pública dos deveres acima tratados, ainda que estes possam vir a ser concretizados em diferentes intensidades e por diferentes regras.⁵⁰⁵

Dessa forma, o regime se caracterizará mais por ser instrumento para o cumprimento das finalidades do serviço público do que pela atribuição de poderes exorbitantes, pela imposição de exclusividade estatal ou por uma ou outra regra especial a ser observada na exploração da atividade. Outros elementos do regime jurídico que venham a se somar a esse núcleo duro devem ser funcionalizados ao cumprimento dessas finalidades e à satisfação de direitos fundamentais. É como nos apresenta Floriano de Azevedo Marques Neto:

O fato inegável é que, por ser serviço público ou serviço de interesse econômico geral, a atividade deve ficar submetida (com maior ou menor intensidade) a um regime especial, caracterizado hoje menos pela exclusividade da prestação e pelas prerrogativas estatais, e mais pelas *obrigações* do Estado de promover a

503 GROTTI, Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação.

504 MARQUES NETO, Características do Serviço Público; ZIANI, **Du Service Public à l'obligation de service public**.

505 MARQUES NETO, Características do Serviço Público.

universalização, garantir a continuidade e eficiência na sua prestação, assegurar a modicidade tarifária, entre outros deveres. São esses deveres a serem assegurados pelo Estado por meio da regulação que caracterizam, essencialmente, o regime jurídico do serviço público na atualidade.⁵⁰⁶

Nesses termos, o verdadeiro “núcleo duro” do regime de serviço público é a existência de dever de prestar ou de garantir de prestação da atividade e quanto a determinadas qualidades dessa prestação, imposto à Administração Pública para que ela se responsabilize diretamente pela execução dessas atividades, por si própria ou por delegatário seu.

Em que pese a existência desse núcleo duro do regime de serviço, é preciso afirmar que o conteúdo dos princípios que o compõem não pode ser superestimado.⁵⁰⁷ Esses princípios estão sempre sujeitos a conformações e temperamentos, de forma que obterão conteúdos distintos em cada atividade, em cada setor econômico.

No direito brasileiro, o parâmetro para os princípios do serviço público está no conceito de “serviço adequado” contido no artigo 175, parágrafo único, IV da Constituição. No dispositivo, estabelece-se a obrigação de manter serviço adequado e indica-se uma cláusula aberta para que o legislador infraconstitucional elabore, detalhe e dê os contornos dessa obrigação e do próprio conceito do que seja serviço adequado. Essa legislação veio a ser, essencialmente, a Lei de Concessões, cujo artigo 6º enuncia o serviço adequado como aquele que satisfaz condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação, modicidade das tarifas e atualidade.

Com isso, constata-se que o serviço adequado e os princípios do serviço público são conceitos indeterminados, tanto em sua acepção constitucional quanto na legislação ordinária, na medida em que não permitem um conhecimento exauriente de seu conteúdo e dependem de maior concretude para sua aplicação. Essa indeterminação é ainda aumentada porque o conceito legal de serviço adequado é definido com outros conceitos também indeterminados.

Há, então, uma opção do legislador constitucional e infraconstitucional em não elaborar um regramento exaustivo a respeito do que seja o serviço adequado e suas formas de prestação. Reconhece-se a impossibilidade de se formular, *a priori*, todos os delineamentos do que sejam continuidade, mutabilidade, eficiência e generalidade ou o que exatamente esses

⁵⁰⁶ *Ibid.*, p. 119.

⁵⁰⁷ CHEVALLIER, *Le service public*.

princípios ordenam em termos de regras e condições a serem preenchidas pelos prestadores de serviços públicos para que o serviço seja considerado adequado.⁵⁰⁸

E, de fato, não seria possível que a legislação fizesse uma descrição exaustiva de forma genérica, abstrata e antecipada. Conforme se pode verificar no direito positivo, o conteúdo do serviço adequado varia (e deve variar) significativamente entre cada um dos serviços públicos existentes, haja vista que são diversos os direitos fundamentais a serem atendidos, cada um deles exigindo prestações materiais com características distintas e cada serviço ainda sendo sujeito a condições técnicas e econômicas específicas e que demandarão regulações distintas.

Nesse contexto, a regulação setorial e as agências reguladoras têm papel essencial na determinação do sentido desses conceitos e na construção do regime jurídico efetivamente aplicado à prestação dos serviços públicos. Verifique-se, ainda, que, dentro de um mesmo setor econômico, poderão ser encontradas assimetrias entre os diferentes contratos de concessão de serviços públicos, que preveem mais particularmente as regras de exploração do serviço, dando diferentes conteúdos aos princípios do serviço público e à noção de serviço adequado.⁵⁰⁹

Dessa forma, entendemos que o regime dos princípios do serviço público será realmente encontrado na regulação de cada uma dessas atividades, segundo o conteúdo que for ali atribuído a cada um desses conceitos indeterminados. Nesse sentido, não basta dizer que os princípios do serviço público constituem o núcleo do regime de direito público, porque esses princípios são insuficientes para descrever com precisão as variáveis regras aplicadas aos serviços públicos:⁵¹⁰

Cada serviço estatal, hoje, é objeto de um universo jurídico com peculiaridades muito próprias, não mais sendo viável, portanto, explicar tudo globalmente. É preciso, agora, consultar as normas e verificar como, em relação a cada serviço e situação, manifestam-se múltiplas e sofisticadas competências do Estado (legislativas, administrativas e mesmo jurisdicionais), que têm de ser identificadas analiticamente.⁵¹¹

É necessário descer ao detalhe, conhecer a regulação aplicável a cada um dos serviços públicos em suas especificidades e segundo as disposições do direito positivo, não mais

508 JUSTEN FILHO, **Concessões de Serviço Público**; CONRADO, **Serviços Públicos à brasileira**; GUIMARÃES, **O Princípio da Continuidade dos Serviços Públicos**.

509 MOREIRA, **Direito das concessões de serviço público**.

510 Vale reiterar, afastamos da ideia de regime de serviço público as noções de exclusividade e titularidade estatal (como reserva), nos termos do explanado no item 3.1.2.

511 SUNDFELD, **Serviços Públicos e Regulação Estatal - Introdução às Agências Reguladoras**, p. 32.

bastando recorrer ao caráter público ou privado de uma determinada atividade econômica para daí extrair o regime incidente e a regra aplicável a cada aspecto da exploração daquela atividade.⁵¹²

Quaisquer que sejam as regras aplicáveis, a regulação dos serviços públicos – atividades econômicas que são – deve sempre ser adequada e proporcional, tanto em relação aos direitos fundamentais de que eles são providos quanto em relação às restrições impostas a outros direitos fundamentais, especialmente ao direito de livre iniciativa.

Tendo já afirmado que os serviços públicos fazem parte do campo de incidência *prima facie* do direito fundamental à livre iniciativa, decorre desse direito que os prestadores de serviços públicos devem estar protegidos contra ingerências do Poder Público, inclusive aquelas ilegais e excessivas do Poder Concedente. A liberdade de iniciativa e de empresa resguarda não só o direito de acesso ao mercado, mas também o direito de nele permanecer, de praticar preços livremente, de contratar livremente, de escolher a forma e o modo de prestação de sua atividade econômica, mesmo quando se trata de empresa delegatária de serviço público (observadas as condições contratuais consentidas pela empresa).

É evidente, porém, que essa liberdade empresarial poderá e será significativamente limitada em todo o contexto de regulação das atividades econômicas, inclusive e especialmente quando a atividade desempenhada é considerada como serviço público. A observância dos princípios do serviço público, como visto, gera obrigações e restrições para os prestadores, todas elas fundamentadas na satisfação de direitos fundamentais e no interesse público. A realização desses princípios, porém, não pode se dar à revelia da proporcionalidade e da convivência entre os diversos interesses públicos tutelados pela Constituição, aí inclusos tanto os direitos atendidos pelo serviço público quanto o direito de livre iniciativa.

As obrigações impostas para o cumprimento dos princípios do serviço público têm por efeito a restrição das liberdades empresariais, notadamente quanto à liberdade de organizar a prestação do serviço, na medida em que ditam o conteúdo e a forma da prestação (continuidade, preço, qualidade, escopo de atuação etc.). E, como dito, a imposição dessas obrigações é possível e lícita, visto que se trata de atividades de relevante interesse público e que satisfazem direitos fundamentais, contudo disso não decorre que sejam consideradas ilimitadas. O limite está, novamente, no teste de proporcionalidade para se verificar a necessidade, adequação e proporcionalidade estrito senso da medida que se pretende impor aos prestadores.

512 MARQUES NETO, Características do Serviço Público.

Assim, tem-se a composição de diversas formas e regimes para a prestação dos serviços públicos, decorrentes do cotejo entre as reais necessidades do interesse público e as medidas aplicadas a cada atividade, conforme suas características técnicas e econômicas:

Com isso, repete-se a verificação de que não há uma regra geral aplicável a todos os serviços públicos. Cada serviço público que vier a ser criado por lei poderá contemplar graus distintos de restrição ao direito fundamental da livre iniciativa e intensidades distintas de imposição de ônus sobre os agentes prestadores, sendo a medida considerada juridicamente aceitável dependente, em qualquer caso, das circunstâncias de cada caso concreto.⁵¹³

Portanto, ao que nos parece, há uma multiplicidade de regimes de serviço público. Não se trata de um regime único ou simétrico, mas de um regime que comporta variação interna, com regimes setoriais e contratuais específicos e adaptados ao cumprimento das finalidades e interesses públicos que se fazem presentes em cada uma das atividades tidas como serviços públicos.

A fonte desses regimes deve ser a regulação, o próprio direito positivo, e não a doutrina ou a mera enunciação de princípios gerais aplicáveis aos serviços públicos. Aponta-se isso para que não se faça uma interpretação do regime jurídico dessas atividades a partir dos entendimentos doutrinários e de certa concepção de serviço público que não necessariamente é aquela empregada pelo ordenamento. É necessário evitar um exagero na interpretação e aplicação dos princípios do serviço público – como se eles fossem suficientes para que se compreenda o regime jurídico aplicável – e assim se acabe por desprezar o estudo e a aplicação das regras concretas e positivas.⁵¹⁴

A nosso ver, a percepção dessa multiplicidade de regimes de serviço público reforça a tese que defendemos a respeito da existência de um *perfil*, um *dégradé* da regulação das atividades econômicas, ao invés de uma estrita dicotomização.⁵¹⁵ Mesmo dentro do regime público de exploração de atividades econômicas – o regime de serviço público –, haverá uma variação das regulações aplicáveis no tocante aos princípios como continuidade, universalização, mutabilidade, eficiência etc. Esses elementos ainda se somarão a outros, como

513 SCHIRATO, **Livre iniciativa nos serviços públicos**.

514 Expressando essa mesma preocupação, cf. MOREIRA, **Direito das concessões de serviço público**; CHEVALLIER, **Le service public**.

515 Vale apontar que Eros Grau também assevera que não existe um único regime de serviço público, quando, na verdade, existem princípios gerais de direito público (o regime jurídico-administrativo), que são aplicados, no caso concreto, no regramento de cada serviço público. Contudo, embora nós concordemos com o autor, a nossa argumentação serve para demonstrar que há, então, um perfil variante da forma de regulação dos serviços públicos. A dicotomização, assim, ressalta-se simplificadora nesse quesito e inapta para compreender a diversidade do direito positivo. GRAU, **A ordem econômica na Constituição de 1988 - (interpretação e crítica)**.

a regulação de acesso, para então formar o regime jurídico aplicável a cada um dos serviços públicos, sendo estes relativamente mais próximos ou mais distintos entre si e em comparação com o regime de outras atividades econômicas.

4.4.2. Regulação das obrigações de serviço público

No item precedente, explicitamos que o regime de serviço público é constituído de um núcleo duro baseado nos princípios do serviço público, ainda cabendo à regulação setorial especificar qual será o efetivo conteúdo desses princípios. Segundo o entendimento tradicional – com alguma razão –, esse núcleo duro marcaria a diferença entre o regime público e o regime privado. Entretanto é preciso apontar que essa especialidade do regime de serviço público está sendo paulatinamente dissolvida diante de recentes transformações percebidas na ordem econômica brasileira, especialmente pela admissão de *obrigações de serviço público*.

A *despublicatio* e a crescente percepção de que há atividades privadas que são de interesse público (as atividades privadas reguladas) expuseram que a responsabilidade do Estado para com a qualidade da prestação das atividades econômicas não pode se restringir às atividades qualificadas como serviços públicos. A responsabilidade estatal deve abranger toda a ordem econômica e perseguir a realização do interesse público em toda a sua extensão, quer esse interesse esteja sendo provido pelo Estado, quer pela sociedade civil.

[...] também no âmbito das atividades econômicas consideradas como serviços de utilidade pública ou serviços de interesse econômico geral (segundo aceção mais recente), caberá ao Poder Público, mesmo sem qualquer instrumento de delegação, garantir que aquela atividade, por ser considerada de relevante importância para o corpo social, receberá um tratamento protetivo específico por parte do Estado, sujeitando os seus prestadores a regras próprias e mais rígidas em relação àquelas incidentes sobre quaisquer outras atividades econômicas não consideradas serviços públicos ou de relevância pública.⁵¹⁶

Nesse contexto, impõe-se ao Estado o *dever de regular* essas atividades econômicas exercidas em direito privado, tendo em vista a necessidade de assegurar a adequada satisfação de interesses públicos e direitos fundamentais, muito embora essas atividades sejam tradicionalmente consideradas como estranhas ao campo de atuação estatal. É a *responsabilidade de garantia* que vincula o Estado à função fiscalizatória e orientadora da exploração das atividades privadas reguladas, inclusive quanto aos aspectos mais intrínsecos da prestação, tais como a qualidade, a segurança e o preço.

516 MARQUES NETO, Características do Serviço Público, p. 125.

Para tanto, a regulação recairá sobre aspectos qualitativos fundamentais da prestação do serviço, os mesmos aspectos que conformam princípios do serviço público: continuidade, mutabilidade, universalização e modicidade tarifária. Afinal, como apontamos, esses princípios são decorrências de direitos fundamentais, os quais também se fazem presentes nas atividades privadas reguladas e, por isso, demandam uma regulação para a sua garantia. É como também vê Pedro Gonçalves:

A definição dos *standards* de qualidade e de segurança dos serviços prestados em contexto de Mercado, bem como a garantia do tratamento igualitário e da acessibilidade aos serviços (valores que se reconduzem, afinal, às clássicas “leis do serviço público”: *igualdade, continuidade e adaptação*) surgem assim como elementos essenciais da fisionomia do Estado de Garantia.⁵¹⁷

Visando à garantia desses valores, é possível conceber a adoção de *obrigações de serviço público* a serem impostas aos operadores privados. As obrigações de serviço público tratam da previsão de elementos necessários à boa prestação dos serviços, no que se inclui a garantia da universalidade, continuidade, acessibilidade dos preços, proteção dos consumidores, qualidade e segurança, entre outros.⁵¹⁸ A clara associação do conteúdo dessas obrigações com os princípios do serviço público reforçam, a nosso ver, que essas características necessárias na prestação decorrem do interesse público e dos direitos fundamentais existentes na atividade – e não de seu caráter estatal –, bem como demonstram a necessidade de proteção e transposição desses princípios para fora dos quadrantes do regime de serviço público.⁵¹⁹

A experiência do direito estrangeiro demonstra o emprego das obrigações de serviço público como estratégia para a regulação de atividades econômicas de alta relevância para o interesse público em um momento pós-privatizações e *despublicatio*.

No direito europeu, como já abordamos brevemente, a adoção da lógica dos serviços de interesse econômico geral (SIEG) significou a remoção de monopólios e exclusividades públicas na exploração dessas atividades, submetendo-as, a princípio, ao regime de livre comércio e de livre iniciativa. Como consequência, os SIEG importaram na liberalização e

517 GONÇALVES, Estado de Garantia e Mercado, p. 13.

518 Para uma abordagem inicial desses elementos, cf. GOUVEIA, **Os serviços de interesse geral em Portugal**.

519 No direito europeu, os SIEG e as obrigações de serviço público são categorias trazidas pelos tratados e diretivas comunitárias e não necessariamente são transpostos nesses termos para o direito nacional derivado. São conceitos maleáveis e que serão incorporados conforme a tradição e o direito positivo de cada país. Nesse sentido, é possível vislumbrar o atendimento a essas obrigações tanto pelo próprio serviço público (obrigações nos contratos de concessão) ou por instrumentos regulatórios voltados a entes privados em regime de livre iniciativa (regulação social, fomento). COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Livro Verde Sobre Serviços de Interesse Geral**. Bruxelas: [s.n.], 2003.

privatização de antigos serviços públicos⁵²⁰ – especialmente para os países de tradição francesa – e sua posterior regulação em regime de direito privado e com respeito à livre concorrência.

Posteriormente, estabeleceu-se que incumbiria às autoridades europeias e aos Estados-membros garantir o cumprimento das missões atribuídas a esses serviços, isto é, garantir o seu correto funcionamento, mediante a contemporização das liberdades econômicas presentes nos SIEG. Buscava-se um equilíbrio entre a natureza socialmente relevante dessas atividades e sua prestação em um ambiente de economia de mercado e livre comércio.⁵²¹

Nesse contexto, foram fortalecidas e amplamente utilizadas as chamadas “obrigações de serviço público” ou “obrigações de serviço universal” como formas de se assegurar a boa prestação desses serviços em um ambiente de mercado. Essas obrigações de serviço público são concebidas como requisitos substantivos específicos impostos pelos entes reguladores aos operadores dos SIEG visando à garantia de prestação da atividade sob determinadas condições e objetivos de interesse geral.⁵²² Inicialmente incidentes sobre os serviços de telecomunicações e postais, hoje se encontram notoriamente também nos serviços de transporte aéreo, ferroviário, rodoviário e de energia.

Sem pretender a transposição imediata do direito estrangeiro – sem a devida observância da tradição e do direito positivo brasileiro –, podemos extrair da experiência do direito europeu a percepção de que o dever de regular as atividades privadas importa, também, em garantir o cumprimento de determinadas obrigações substantivas quanto à qualidade da prestação oferecida. O questionamento, portanto, é se o direito positivo brasileiro apresenta e admite instrumentos por meio dos quais o regulador pode impor semelhantes “obrigações de serviço público” a operadores na prestação de atividades privadas reguladas.⁵²³

520 Os SIEG não impuseram o fim dos serviços públicos no direito positivo dos países europeus nem mesmo efetuaram a substituição de um conceito jurídico por outro. A aplicação dos tratados europeus nessa matéria, porém, impôs que os Estados membros não restringissem o livre comércio e não violassem a livre concorrência, o que dificultou ou reduziu as possibilidades de aplicação da exclusividade estatal. Em todo caso, os serviços públicos ainda existem nos direitos nacionais, mormente como modalidades de prestação de SIEG (e especialmente para viabilizar o cumprimento de obrigações de serviço público). MOREIRA, Vital. Regulação econômica, concorrência e serviços de interesse geral, *in*: MOREIRA, Vital (Org.), **Estudos de Regulação Pública - I**, Lisboa: Almedina, 2004, p. 547–563.

521 MOREIRA, Vital. Os serviços públicos tradicionais sob impacto da União Europeia, **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, v. 19, 2009.

522 COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, **Livro Verde Sobre Serviços de Interesse Geral**; MOREIRA, Regulação econômica, concorrência e serviços de interesse geral; GOUVEIA, **Os serviços de interesse geral em Portugal**; ZIANI, **Du Service Public à l’obligation de service public**.

523 Como dito à nota **Erro! Indicador não definido.**, no direito europeu as obrigações de serviço público têm a mesma aplicação tanto aos serviços públicos tradicionais quanto às atividades privadas. Para os fins deste trabalho, limitaremos a análise às “obrigações de serviço público” como decorrentes da regulação imposta às atividades econômicas exercidas em direito privado (notadamente as atividades privadas reguladas) e continuaremos a nos

Na doutrina nacional, ainda são raros os estudos que abordam especificamente as obrigações de serviço público, seja para afastar ou afirmar a sua utilização, de forma que ainda há campo largo para o estudo do tema, especialmente quanto à sua legitimidade perante o direito positivo, bem como quanto aos limites dessas obrigações.⁵²⁴ De nossa parte, entendemos que a existência do dever estatal de regular a presença de direitos fundamentais nessas atividades econômicas é fundamento razoável para sustentar a possibilidade da imposição de obrigações de serviço público, respeitadas a proporcionalidade e a legalidade em sua estatuição.⁵²⁵

A análise do direito positivo, a seu turno, é capaz de apontar que já há indícios da existência e viabilidade de instrumentos para aplicação de obrigações de serviço público. A legislação existente permite que a exploração de atividades privadas seja vinculada à realização de finalidades de interesse público, o que se verifica pela possibilidade de imposição de obrigações de qualidade e pela atribuição de responsabilidades e poderes às agências reguladoras quanto à regulação, à fiscalização e ao direcionamento dessas atividades.

Tal análise pode começar pela Lei Geral de Telecomunicações que, em seu artigo 2º, incisos I, II e III, coloca como dever do Poder Público (i) a garantia de acesso às telecomunicações por toda a população, em preços razoáveis e condições adequadas, bem como o dever de (ii) estimular a expansão do uso das redes e dos serviços de telecomunicações e (iii) adotar medidas que promovam a oferta e melhorem o padrão de qualidade dos serviços. Consoante essas diretrizes, o artigo 3º prevê como direito dos usuários o acesso ao serviço com os devidos padrões de qualidade e regularidade em todo o território nacional, ao passo que o artigo 127 dessa lei estabelece que a regulação das atividades exercidas em regime de direito privado deve estar destinada a garantir os aspectos qualitativos da prestação dos serviços.

O que mais interessa destacar é essa legislação permite a criação de condicionamentos aos operadores para a exploração de serviços de telecomunicação em regime de direito privado. O artigo 128 dita a forma de imposição de limites, encargos ou sujeições, prevendo sua

referir aos “princípios do serviço público” como o núcleo do regime de direito público, nos termos descritos no item 4.4.

524 O único estudo a esse respeito localizado está em Alexandre Aragão, que discute a imposição de obrigações positivas aos agentes econômicos. Se bem que o autor inicialmente afirme pela possibilidade da existência dessas obrigações, ele expressa entendimento bastante restritivo quanto à sua abrangência, limitando-as a comportamentos acessórios às atividades principais desenvolvidas pelo operador e impossibilitando a execução de políticas públicas diretamente pelo agente. ARAGÃO, **Direito dos serviços públicos**, p. 165 et seq.

525 Evidentemente, o tema é demasiadamente profundo e complexo para ser exaustivamente tratado nesta dissertação. O trabalho de compreensão e legitimação das obrigações de serviço público no direito brasileiro está sendo conduzido pela tese de doutorado de Murilo Melo Vale, sustentada neste Programa de Pós-Graduação, provisoriamente intitulada “*Obrigações de serviços públicos no setor privado: sobre a legitimidade de imposição regulatória de obrigações de serviços públicos a serviços privados abertos à livre iniciativa no Direito brasileiro*”.

necessária vinculação com finalidades públicas relevantes e garantindo o equilíbrio e a proporcionalidade em seu estabelecimento. Já o artigo 144-A, que versa sobre a conversão de contrato de concessão em autorização para exploração dos serviços, determina que seja observada a continuidade da prestação dos serviços após a dita conversão para o regime privado, bem como prevê que sejam firmados compromissos de investimentos por parte do operador para a implantação de infraestrutura em áreas sem competição adequada, assim visando à redução das desigualdades.

A respeito do setor de transportes, pode ser encontrada na Lei Federal nº 10.233/2001 a previsão de que a operação dos transportes aquaviários e terrestres, independentemente de seu regime jurídico, está sujeita a princípios gerais de proteção dos interesses dos usuários quanto à qualidade, à oferta e ao preço módico e eficiente dos serviços prestados (artigo 11, III e IV). Especificamente para o setor portuário, a Lei Federal nº 12.815/2013 prevê que tanto os portos organizados (regime público) quanto os terminais de uso privado (regime privado) estarão vinculados à garantia de modicidade de preços e tarifas, qualidade e proteção de direitos dos usuários (artigo 3, II).

Também no setor financeiro se observa a incidência de uma regulação intensiva que busca ampliar as condições de acesso aos serviços prestados e a garantir o seu fornecimento a preços módicos. A Resolução nº 3.919, de 2010, do Banco Central do Brasil, classifica os serviços bancários prestados a pessoas físicas conforme a sua essencialidade e, para cada tipo de serviço, é estabelecido regramento quanto ao preço e modo de prestação. Para os serviços considerados essenciais, é prevista a gratuidade na prestação de forma obrigatória aos agentes do setor.

Quanto à jurisprudência, já se consagra a possibilidade de restrição e conformação da livre iniciativa e demais liberdades econômicas em face da necessidade de satisfação de outros valores, tais como a defesa dos consumidores, a função social da propriedade e a redução de desigualdades sociais e regionais. Caso claro nesse sentido está na ADI nº 319/DF,⁵²⁶ em que se admitiu a possibilidade de regulação de políticas de preços de serviços prestados em regime de direito privado, tendo sido julgada constitucional a lei que dispôs sobre critérios de reajustes

526 “Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros.” (ADI 319 QO, Relator(a): MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 03/03/1993)

de mensalidades escolares, com fundamento na defesa do consumidor e redução das desigualdades.

A partir desses exemplos e sem prejuízo de outros, entendemos que o direito positivo prevê e admite a incidência da regulação estatal sobre aspectos cada vez mais relevantes das atividades econômicas exercidas em direito privado, mediante a criação de obrigações, limites e sujeições à exploração da atividade privada como forma de orientar a sua prestação ao atendimento do interesse público.⁵²⁷ Entretanto deve ser sublinhado que o efetivo emprego de obrigações de serviço público no direito brasileiro ainda é tímido e está aquém de suas potencialidades, muito em razão do desconhecimento doutrinário e institucional a seu respeito.

Entendemos que, de um lado, as obrigações de serviço público extrapolam o conceito e o emprego do tradicional poder de polícia – comum às “atividades econômicas sob regulação genérica” – para prever a intensificação da regulação mediante a imposição de obrigações positivas para a satisfação direta do interesse público.⁵²⁸ De outro lado, essas obrigações também aproximam as atividades privadas reguladas com os serviços públicos – tanto pelo critério material quanto pelo critério formal – na medida em que se observa o Estado, via regulação, controlar o conteúdo da prestação da atividade quanto aos fatores de qualidade e preço dos serviços. Assim, nesse ponto, a regulação dessas obrigações acaba por desempenhar o mesmo papel que os princípios do serviço público na efetivação da responsabilidade estatal pela satisfação de direitos fundamentais.⁵²⁹

Deve ser ressaltado que não se ocasiona, com isso, uma perfeita assimilação entre o regime dos serviços públicos e o das atividades privadas sob forte regulação. A diferença essencial que se vislumbra é que, para determinadas atividades (os serviços públicos), o Estado é responsabilizado pela própria prestação e por sua conformidade com os preceitos de qualidade necessários (continuidade, universalização, modicidade etc.), enquanto noutras atividades a responsabilidade do Estado recai em garantir que os efetivos prestadores atenderão a esses preceitos, ainda que o Estado não assuma a operação da atividade.⁵³⁰

527 Não sem razão, algumas dessas atividades já foram entendidas como “serviços públicos virtuais”, uma vez que se entendia que eram atividades privadas de interesse público e que, por isso, mereceriam um regime jurídico publicista, independentemente da ausência de um vínculo orgânico com a Administração Pública. As críticas a esse conceito no direito francês estão descritas no Capítulo 1. No direito brasileiro, parte da doutrina já expressou igual entendimento, mas a tese também não logrou sucesso. De nossa parte, entendemos que o fenômeno deve ser compreendido nos termos do conceito de “atividades privadas reguladas”, assim como demonstrado no item [].

528 ARAGÃO, **Direito dos serviços públicos**.

529 GONÇALVES, Estado de Garantia e Mercado.

530 *Ibid.*, p. 9; MOREIRA, Os serviços públicos tradicionais sob impacto da União Européia.

Novamente observamos a formação de uma gradação no estabelecimento desses deveres de interesse público sobre a atividade econômica e sobre seu prestador, de maneira proporcional à satisfação do direito fundamental e condizente com as condições econômicas e técnicas da atividade. Forma-se, também neste quesito, um *degradé* entre atividades econômicas que percebem maior ou menor incidência desses deveres, tanto em regime público quanto em regime privado.

Adiante demonstraremos que a aproximação entre os regimes jurídicos público e privado também se revela no tratamento dispensado aos cidadãos que usufruem das atividades econômicas, desfazendo-se a oposição entre o *usuário* e o *consumidor*.

4.4.3. Aplicação do direito do consumidor aos serviços públicos

O serviço público é uma das poucas indústrias que chama seus consumidores de *usuários*. A antiga distinção entre os conceitos de “usuário” e de “consumidor” e entre seus respectivos regimes jurídicos é uma decorrência da aplicação da tradicional dicotomia da ordem econômica. Novamente faz-se uma oposição entre a situação do cidadão-usuário de serviços públicos, sujeito a uma relação estatutária de direito público com o prestador, a qual seria totalmente distinta da relação jurídica travada entre o consumidor e o fornecedor privado de bens e serviços, ambos regidos pelo direito privado (civil e/ou consumerista).⁵³¹

O fato é que essas duas posições jurídicas pretensamente distintas estão cada vez mais se aproximando no direito brasileiro e na prática da regulação dos serviços públicos, o que é reconhecido mesmo por aqueles autores que ainda sustentam tal diferenciação e que adotam, por base, a teoria tradicional para compreender a ordem econômica – e até para justificar essa distinção.⁵³²

A aproximação decorre de novos contextos econômicos, regulatórios e jurídicos pelos quais passa a ordem econômica, conforme temos desenvolvido ao longo deste trabalho. Em especial, destacam-se os impactos que a *despublicatio* e a introdução da concorrência nos serviços públicos tiveram no tema da posição jurídica do usuário. A nosso ver, demonstrou-se que o serviço público talvez não tenha um caráter peculiar em relação às demais atividades econômicas, bem como se demonstrou que os antigos serviços públicos agora podem ser

531 ARAGÃO, **Direito dos serviços públicos**; AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. Distinção entre usuário de serviço público e consumidor, **Revista de Direito Administrativo**, v. 225, p. 217–219, 2001; CONRADO, **Serviços Públicos à brasileira**.

532 Exemplificativamente, PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. **A posição jurídica dos usuários e os aspectos econômicos dos serviços públicos**. Universidade de São Paulo, 2005.

regidos pelo direito privado. Os serviços públicos, assim, afastam-se da noção de função pública ou de outras atividades administrativas e se identificam mais com a noção de utilidade pública com conteúdo econômico.⁵³³

Nesse cenário, César Pereira descreve, de um ponto de vista quase fático, a semelhança das situações jurídicas do consumidor e do usuário:

Ambos [consumidor e usuário] são destinatários de prestações (entrega de coisa, realização de serviço, disponibilidade do uso de bem ou direito) realizadas por outrem (um fornecedor, em sentido técnico ou não) no âmbito de uma relação de conteúdo econômico (haja ou não contraprestação). Nos casos em que o usuário recebe uma prestação de caráter massificado, em uma relação jurídica padronizada, tendo como contraparte um fornecedor privado – concessionário de serviço público – e mediante uma contrapartida pecuniária (tarifa), a semelhança é tão intensa que a distinção se torna difícil.⁵³⁴

Isso coloca em evidência que o usuário dos serviços públicos mantém com o seu prestador direto (o concessionário ou a Administração Pública) uma relação econômica dentro do contexto do mercado, tal como se tem para o consumidor nas demais atividades econômicas. Dessa forma, também se questionará se o regime jurídico a ser aplicado nas duas situações necessariamente precisará ser distinto, especialmente quando se percebe que, por meio da *despublicatio*, o regime público de exploração de atividades econômicas pode ser substituído pelo regime privado – e com a preservação dos interesses públicos presentes.

A doutrina já debateu longamente sobre o status jurídico de quem se relaciona com um prestador de serviço público. Muito do debate visa cravar quais são as normas aplicáveis ao caso – se integralmente o Código de Defesa do Consumidor, se apenas parcialmente e em que medida, ou, ainda, se nada dele seria aplicável. Em muitos casos, a doutrina vai à especificidade para determinar o regime aplicável, separando item a item da lei o que deve e como deve ser aplicado.⁵³⁵

Embora esse trabalho doutrinário seja necessário, de nossa parte nos contentaremos apenas em demonstrar que esse status jurídico, se originariamente era um regime de direito público, está se aproximando de um regime de direito privado, com larga incidência do direito

533 MARQUES NETO, A nova regulação dos serviços públicos.

534 PEREIRA, A **posição jurídica dos usuários e os aspectos econômicos dos serviços públicos**, p. 126.

535 Sobre as diversas especificidades e posicionamentos doutrinários existentes nesse tema, cf.: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A regulação e os direitos do consumidor, *in*: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.), **Direito Administrativo Econômico**, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 239–254; HACHEM, Daniel Wunder; FARIA, Luzardo. A proteção jurídica do usuário de serviço público entre o Direito Administrativo e o Código de Defesa do Consumidor: a necessidade de uma filtragem constitucional, **Revista de Direito Brasileira**, v. 15, n. 6, p. 311–336, 2016; ARAGÃO, **Direito dos serviços públicos**.

consumerista e civil, de sorte que vai se tornando cada vez mais semelhante, fática e juridicamente, do consumidor de atividades econômicas e do usuário de serviços públicos. Como se verá, soluções binárias que visem aplicar integralmente o regime público ou o regime privado não serão suficientes para compreender o quadro complexo e de múltiplos regimes jurídicos que se tem hoje.⁵³⁶

A primeira aproximação está na relação travada entre o usuário e o prestador do serviço público que se caracteriza *ex lege* com uma relação de consumo,⁵³⁷ e não como uma relação de natureza pública especial (como é a relação tributária, por exemplo). Como se extrai dos artigos 2º e 3º do CDC, configura-se relação de consumo quando uma pessoa adquire ou utiliza um serviço, isto é, trata-se de atividade fornecida no mercado mediante remuneração. Apenas por essa definição, logo se vê que é exatamente essa a relação formada pela prestação de serviço público remunerado por tarifa e usufruído individualmente pelo consumidor.⁵³⁸ Ou seja, a partir da disposição legal já é possível subsumir a relação do usuário como uma relação de consumo, o que só poderia ser afastado por outros dispositivos legais em sentido contrário, sob pena de se ignorar a legislação vigente apenas para se atender a uma antiga doutrina que distingue essas citadas situações jurídicas.

É possível verificar que a hipossuficiência do consumidor se faz presente também na prestação dos serviços públicos. Isso porque estes são atividades fortemente marcadas pela complexidade técnica e econômica de sua operação e funcionamento, além de serem prestados por empresas com condições organizacionais bastante estruturadas, assim se induzindo uma situação de desvantagem do usuário em relação ao prestador, e atraindo a incidência do regime protetivo, que é o direito do consumidor.

A configuração de uma relação consumerista é ainda mais evidenciada nos serviços públicos sujeitos à assimetria de regimes. Nesses casos, as atividades econômicas desenvolvidas e as prestações oferecidas ao destinatário final são as mesmas, de forma que seria

536 MARQUES NETO, Características do Serviço Público, p. 134–135.

537 Concordantemente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reconhece a relação entre o prestador e o usuário como uma relação de consumo, a exemplo das decisões: REsp n. 1396925, AgRg no AREsp n. 479632, REsp n. 467.883 e REsp n. 263.229, dentre outros.

538 Vale enfatizar que o conceito de serviço público que adotamos nesta dissertação é o de *serviços públicos econômicos*, conforme descrevemos na Introdução. Nesses casos, o serviço prestado é individualmente fruível e há a contraprestação de uma remuneração específica pela prestação (a tarifa). A relação de consumo, porém, não se caracterizaria quando da prestação de serviços públicos *uti universi*, gratuitos e/ou remunerados por taxas. Nossa argumentação, portanto, foca exclusivamente nos serviços públicos econômicos, tal como já delimitados. A respeito da configuração de relação de consumo nos diversos serviços públicos, cf. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A regulação e os direitos do consumidor, *in*: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.), **Direito Administrativo Econômico**, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 239–254.

incoerente ou até anti-isonômico pretender regradar de forma distinta relações materialmente idênticas, apenas com fundamento no regime jurídico aplicável ao prestador da atividade, o qual, muitas vezes, sequer é de conhecimento do usuário. Dito de outra forma, não faria sentido distinguir o “usuário” do serviço de telefonia fixa do “consumidor” da telefonia móvel.

Além do enquadramento da relação do usuário com o prestador do serviço público como uma relação de consumo, verifica-se que a própria literalidade da lei determina a aplicação do direito consumerista a essa relação. O artigo 7º da Lei de Concessões dispôs a aplicação do CDC complementarmente a outros direitos e obrigações dos usuários. No mesmo sentido, está o artigo 1º, §2º, II da Lei Federal nº 13.460/2018, sobre defesa do usuário de serviços públicos, que prevê a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor quando caracterizada relação de consumo. Também, no exercício de suas competências regulamentares, percebe-se que as agências reguladoras de serviços públicos especificam a aplicação do direito consumerista.⁵³⁹

Apesar dessa inscrição na legislação ordinária, há parte da doutrina que argumenta que a própria Constituição teria distinguido a situação do consumidor da situação do usuário, tanto ao prever, na Emenda Constitucional nº 19/98, a elaboração de uma lei de defesa do usuário (que veio a ser a comentada Lei Federal nº 13.640/2018) quanto ao genericamente prever uma dicotomia na ordem econômica entre os artigos 175 e 170, V, necessariamente opondo regimes de direito público e de direito privado.⁵⁴⁰

Para além de todos os argumentos lançados contra uma interpretação dicotômica da ordem econômica, vislumbramos também que não é possível extrair da Constituição uma distinção estanque entre o regime jurídico do consumidor e do usuário, como se fossem duas situações opostas e mutuamente excludentes. Como se vê dos dispositivos, a Constituição meramente indica a elaboração de uma determinada legislação, sem que desça ao detalhe de seu regime. E, assim, o legislador ordinário, no exercício das competências que lhe foram outorgadas, expressamente decidiu pela aplicação do direito consumerista quando do regramento da situação jurídica do usuário de serviços públicos.

Diante dessa exposição, entendemos ser inegável a aproximação entre o dito regime jurídico do usuário de serviços públicos e o regime dos consumidores, aplicável às demais

539 No setor de telecomunicações, a Resolução nº 632/2014 da ANATEL dispõe o “Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações”, simultaneamente regradando tanto os serviços prestados sob o regime público quanto sob o regime privado (artigo 1º do Anexo I da Resolução). No setor elétrico, a Resolução nº 414/2010 da ANEEL estabelece os direitos e deveres dos consumidores dos serviços.

540 AMARAL, Distinção entre usuário de serviço público e consumidor.

atividades econômicas classificadas como “em sentido estrito”. A partir da semelhante natureza dessas duas espécies de relações e dos dispositivos explícitos do direito positivo que indicam a aplicação do direito do consumidor aos usuários, fica evidente que a dicotomização de regimes não é condizente com o direito vigente.

O que se tratou até aqui, porém, não indica uma completa assunção do “direito do usuário” pelo “direito do consumidor”. Como já expressamos, os serviços públicos são atividades econômicas colocadas sob a responsabilidade (titularidade) de provimento do Estado e que se caracterizam pela relevância na satisfação de interesses públicos. Nesse sentido, o serviço público detém certas especificidades, e a aplicação do direito consumerista, em determinados aspectos, pode vir a ser efetivamente contrária às finalidades do serviço público, especialmente quando afetar a formulação e o funcionamento de políticas públicas.

Por exemplo, não seria condizente com o serviço público a aplicação do direito consumerista para proibir a “venda casada” de serviços de água e esgoto pelas concessionárias de saneamento básico. A prestação conjunta desses serviços reflete uma opção política, técnica e econômica do poder público titular do serviço, visando garantir sua sustentabilidade financeira e prestação adequada. Seria despropositado pretender outorgar ao usuário-consumidor o direito de se desconectar de um desses serviços, com prejuízos à sua prestação a toda a comunidade.⁵⁴¹

Da mesma forma, o direito consumerista não é apto a regular o direito de participação que os usuários-consumidores têm nos serviços públicos.⁵⁴² Tratando-se de atividades desempenhadas pelo Estado e afeitas ao cumprimento de suas finalidades constitucionais, a prestação e os prestadores de serviços públicos devem estar permeados pelo controle social dos usuários (como, aliás, também existe para as empresas estatais exploradoras de atividades econômicas). Por sua vez, a Lei Federal nº 13.460/2018, complementarmente à aplicação do direito do consumidor, estabelece direitos básicos de participação para os usuários e deveres de transparência para os prestadores, temas inalcançados pelo direito privado. Assim, o direito consumerista é complementado pelo direito público (e vice-versa), de forma a adequar o regime dos usuários às finalidades do serviço público.

Desse modo, o que se verifica é que o regime jurídico aplicável aos serviços públicos deve estar funcionalizado para a satisfação das finalidades do serviço, muito além de mero enquadramento da atividade e de seu regime em uma categoria pré-moldada. A definição em

541 MARQUES NETO, Características do Serviço Público.

542 ARAGÃO, **Direito dos serviços públicos**.

concreto, pelo legislador ordinário, do regramento aplicável a cada aspecto da situação jurídica do consumidor-usuário, assim, ultrapassa a mera escolha de um regime público ou privado, mas se volta a compor um regime misto que vise atender às necessidades da atividade regulada.

Essa definição recairá, também, em um exame de proporcionalidade entre a regra a ser aplicada e eventuais restrições a direitos e interesses. Esse exame é relevante para a criação de regramentos de direito público que sejam exorbitantes e derogatórios, na medida em que essa exorbitância deve estar fundamentada em sua necessidade e adequação para a satisfação dos interesses públicos presentes. *A contrario sensu*, a aplicação do direito público à situação do usuário-consumidor não pode se fundamentar em uma construção de imperativa oposição entre o regime público e o regime privado ou em uma suposta necessidade de aplicação do direito público para a proteção do usuário-consumidor.

Superado o binômio público ou privado, a regulação das atividades econômicas deve se voltar à efetiva tutela do cidadão usuário-consumidor, independentemente da natureza atribuída ao regime do direito positivo, desde que ele possa atender às finalidades constitucionalmente postas para a regulação.

A temática da incidência do CDC nos casos de prestação de serviços públicos não pode ser pensada de forma mecânica a partir de uma lógica binária de divisão estanque e dicotômica do ordenamento jurídico em Direito Público e Direito Privado, reputando o Código de Defesa do Consumidor como lei inerente a essa última esfera e, por isso, inaplicável às situações que envolvem o Poder Público. É preciso encarar o tema à luz das normas inseridas na ordem constitucional para se chegar a uma solução que esteja de acordo com o grau de proteção conferido ao cidadão pela Constituição da República, por meio de uma interpretação sistemática.⁵⁴³

Portanto não se pode afirmar que, pelo fato de uma atividade estar sujeita ao serviço público, ela será regrada exclusivamente pelo direito público e por uma relação especial entre o prestador e o usuário. Há – e cada vez mais haverá – convergência nos regimes jurídicos aplicáveis aos serviços públicos e às demais atividades econômicas, mesmo ao ponto de se indiferenciar cada uma dessas supostas categorias. Não se trata de regimes opostos e mutuamente excludentes, mas de regimes formados por influências cruzadas e gradações da aplicação de regramentos mais públicos ou mais privados.

543 HACHEM; FARIA, A proteção jurídica do usuário de serviço público entre o Direito Administrativo e o Código de Defesa do Consumidor: a necessidade de uma filtragem constitucional, p. 312–313.

CONCLUSÃO

A coruja de Minerva, realmente, só levanta voo ao entardecer. Esta dissertação e as conclusões que aqui seguem representam o deságue de um longo, cotidiano e quase infindável questionamento sobre o direito administrativo. Mesmo antes de a pesquisa tomar a forma e o conteúdo em que é apresentada, visava-se analisar como as teorias jurídicas desse campo de estudo, muito além de interpretações sobre normas e textos legais, retratariam concepções e mentalidades sobre o Estado e sobre o direito, bem como suas conexões com a sociedade e os processos econômicos.

Desde sempre havia a inquietação de que as formas de intervenção do Estado e, especialmente, o serviço público, seriam o campo teórico apropriado para o desenvolvimento deste estudo, ainda que ele pudesse ter seguido tantos outros recortes e desenvolvimentos. É possível encontrar na literatura brasileira e estrangeira estudos que relacionam o serviço público com a história do Estado e a mentalidade por detrás do sistema jurídico.⁵⁴⁴ E isso aparenta ser cada vez mais evidente, especialmente quando surgem vertentes críticas à tradição do serviço público nos tempos recentes e que visam demonstrar como essas influências enviesaram a formulação do conceito – de forma prejudicial a sua consistência e utilidade.

Se bem que a inquietação estivesse correta, as dificuldades logo se mostraram. O serviço público é um dos temas mais difíceis do direito administrativo. Há quase 200 anos, o serviço público é o conceito fundamental para o desenvolvimento do direito administrativo (e administrativo econômico), e, desde sempre, o serviço público está em crise. Até hoje se debate, em variadas jurisdições, quais seriam o seu real conceito e a sua aplicação. De nossa parte, entendemos que muito desse impasse reside, justamente, na relevância política e histórica do tema.

Para o estudo de temas tão relevantes, seriam infinitas as possibilidades de recortes, metodologias e fontes para a realização da presente pesquisa. Optamos por realizar uma pesquisa estritamente jurídica, de vertente teórica e embasada em um raciocínio indutivo a respeito das normas que compõem o ordenamento brasileiro. Abandonamos, assim, abordagens de direito comparado, pesquisas jurisprudenciais ou interdisciplinares. A outros pesquisadores certamente caberá conduzir esses estudos para completa compreensão da questão.

544 Dentre todos, os que mais chamaram atenção são: GIACOMMUZI, **Estado e Contrato**; CHEVALLIER, **Le service public**; GUGLIELMI; KOUBI; LONG, **Droit du Service Public**; PISIER-KOUCHNER, **Le service public dans la theorie de l'etat de Leon Duguit**.

Então, estudando esse viés especificamente no direito brasileiro, centramos a pesquisa em torno da *teoria tradicional de categorização da ordem econômica* largamente adotada pela doutrina e pela jurisprudência desde os anos de 1970, quando foi exposta notoriamente por Eros Grau e Celso Antônio Bandeira de Mello em seus primeiros estudos, antes mesmo da elaboração da Constituição vigente.⁵⁴⁵ A interpretação que essa teoria faz do texto constitucional, conforme demonstramos, estava enraizada em certo conceito de serviço público advindo da tradição francesa e já explorado por autores precedentes, a exemplo de Themístocles Cavalcanti e Ruy Cirne Lima.

Conforme expusemos, 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.

Considerando esse recorte, foi proposto o seguinte problema de pesquisa: *A Constituição brasileira vigente expressa uma categorização dicotômica da ordem econômica entre atividades econômicas em sentido estrito e serviços públicos?*

Desde o início, a pesquisa foi motivada pela percepção de que seria necessário problematizar a adoção dessa teoria como viés majoritário de compreensão da ordem econômica. Pretendia-se questionar a sua adequação e utilidade para a interpretação do direito positivo, na medida em que essa teoria representa uma interpretação rígida ainda muito embasada em paradigmas superados e tradições jurídicas precedentes que não se coadunam com o ordenamento. Ademais, pretendia-se avaliar a atualidade dessa teoria diante das alterações percebidas no ordenamento, as quais poderiam ensejar a substituição do arcabouço teórico.

545 GRAU, *A ordem econômica na Constituição de 1988 - (interpretação e crítica)*; GRAU, *Elementos de direito econômico*; BANDEIRA DE MELLO, *Prestação de serviços públicos e administração indireta*; BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*.

A formulação do problema nesses termos decorreu de questionamentos sobre a existência de razões suficientes para ensejar a crítica à teoria tradicional, as quais foram efetivamente confirmadas no transcurso da pesquisa.

Em uma primeira linha de razões, observou-se que a teoria tradicional reflete as formas de intervenção estatal na economia típicas do Estado Providência, no qual imperavam concepções favoráveis à intervenção direta e à assunção de setores econômicos pelo serviço público, muito em decorrência de um pressuposto político de oposição entre Estado e sociedade e da tutela do interesse público diretamente pela Administração Pública. Esse contexto, segundo constatado, foi ultrapassado pela Crise do Estado e pela emergência de um Estado de Garantia, em que se favorece a partilha de responsabilidades entre o Estado e sociedade e se observa a implementação de novos instrumentos jurídicos para a efetivação das diversas responsabilidades do Estado perante o domínio econômico.⁵⁴⁶

Em uma segunda linha, verificou-se que, não só do ponto de vista político, mas também no direito positivo, houve mudanças e inovações que não estariam enquadradas na teoria tradicional. Conforme exposto, sumariamente podemos apontar que reformas legislativas conduzidas por oportunidade da Reforma do Estado introduziram novos elementos como a *despublicatio*, a assimetria de regimes, a intensificação e a setorização da regulação, entre outros. Com isso, foram positivados novos instrumentos jurídico-regulatórios que não são passíveis de compreensão pela teoria tradicional e que, em boa medida, tornam-na inadequada para interpretar a ordem vigente.⁵⁴⁷

Em terceiro lugar, é possível encontrar recentes doutrinas que criticam conceitos e pressupostos atinentes à teoria tradicional por não serem condizentes com o texto constitucional e com sua interpretação. O conceito de serviço público, por exemplo, é tido por demasiadamente embasado na tradição francesa – por sua vez, também fundada no Estado Providência – e que não corresponde às previsões constitucionais sobre o tema. No mesmo sentido, o dogma da exclusividade estatal na prestação de serviços públicos, a nosso ver, não encontra fundamento na Constituição e até seria contrário aos direitos fundamentais e à proporcionalidade. Noutro lado da dicotomia, o conceito atribuído às atividades econômicas não é suficiente para compreender o fenômeno da regulação e das novidades dele decorrentes,

546 GONÇALVES, Estado de Garantia e Mercado, p. Como principais referências dessa reflexão: GONÇALVES, **Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas**; BITENCOURT NETO, Estado social e administração pública de garantia.

547 Como referência especial: SUNDFELD, Serviços Públicos e Regulação Estatal - Introdução às Agências Reguladoras.

especialmente quanto à intensificação da regulação e da fiscalização pública sobre atividades privadas.⁵⁴⁸

Essas razões – verificadas e demonstradas ao longo do texto – no nosso entender, ensejam a constatação de que a teoria dicotômica da ordem econômica deve ser superada. E, em seu lugar, deve ser proposta uma nova compreensão do conteúdo da ordem econômica brasileira, interpretada segundo o direito vigente e as técnicas jurídicas adequadas.

Assim, foi proposta a seguinte hipótese para responder ao problema central da pesquisa: *Considerando o marco do Estado de Garantia, a ordem econômica criada pela Constituição de 1988 não é composta por uma categorização dicotômica das atividades econômicas, sendo possível verificar o estabelecimento de múltiplas e variáveis regulações que não se dividem em categorizações estanques.*

A hipótese pode ser entendida em duas vertentes: a primeira, verificar a inadequação da categorização dicotômica proposta pela teoria tradicional; a segunda, oferecer alguns elementos para uma nova compreensão, já considerados o marco teórico adotado e a análise do direito vigente. Entendemos que a hipótese foi confirmada em ambas as vertentes.

Sintetizando a comprovação da hipótese, a seguir apresentam-se conclusões globais que decorrem de toda a argumentação do texto, sem prejuízo de outras conclusões parciais de igual relevância que possam ser extraídas de capítulos ou itens.

A conclusão (a) visa consolidar o entendimento acerca da primeira vertente da hipótese, asseverando que inexistente uma categorização dicotômica da ordem econômica e demonstrando a insuficiência da teoria tradicional para compreender a situação do direito positivo em seus novos fenômenos. A conclusão (b) expõe de forma mais sistemática a segunda vertente da hipótese, em que se demonstra a multiplicidade da regulação das atividades econômicas, no lugar de sua suposta dualidade. A conclusão (c) aponta como, a partir da multiplicidade da regulação, percebe-se uma aproximação dos regimes público e privado de exploração das atividades econômicas, o que dificulta ainda mais a dicotomia e reforça o achado da hipótese.

Em conjunto, toda a pesquisa expõe a necessidade de superação da dicotomia da ordem econômica. É teoria que se revela cada vez mais insuficiente para compreender o direito brasileiro, notadamente diante de recentes reformas regulatórias e de seus impactos sobre a falência do paradigma do Estado Providência. Devemos dirigir o olhar cada vez mais para a

548 Com especial relevância para o desenvolvimento dessa crítica, podemos apontar: SCHIRATO, **Livre iniciativa nos serviços públicos**; MARQUES NETO, A nova regulação dos serviços públicos; MARQUES NETO; GAROFANO, Notas sobre o conceito de serviço público e suas configurações na atualidade; SUNDFELD, Serviços Públicos e Regulação Estatal - Introdução às Agências Reguladoras.

regulação vigente e sua multiplicidade, bem como para suas relações com a realidade econômica da atividade regulada. O regime jurídico das atividades econômicas deve ser encarado como instrumento de satisfação de direitos fundamentais e de interesses públicos, e não como vislumbre teórico sobre a Constituição.

A vida é breve e a arte é longa. Passemos, então, à enunciação das conclusões.

a) Inexistência de dicotomização da ordem econômica

A primeira e mais essencial conclusão desta pesquisa é a constatação de que a ordem econômica não é composta por uma dicotomização entre atividades econômicas em sentido estrito e serviços públicos. A categorização da ordem econômica a partir da dicotomia, assim, não será suficiente para compreender a sua complexidade e, efetivamente, auxiliar na interpretação do direito positivo.

Pelo que se pôde depreender, argumentava a teoria tradicional que seria possível opor as duas categorias da ordem econômica com base em três fatores essenciais: titularidade, exclusividade e regime. Nesse contexto, categorizar significa associar cada um desses fatores para compor a natureza jurídica das atividades. Serviços públicos seriam titularizados, exclusivos do Estado e regidos pelo direito público. Atividades econômicas não seriam titularizadas nem exclusivas do Estado, e seriam exploradas pelo direito privado. Haveria, assim, respostas prontas ao intérprete para a compreensão de cada elemento da ordem econômica.

Primeiramente, devemos apontar que não encontramos fundamento na Constituição para sustentar que a titularidade estatal sobre os serviços públicos seja critério para dicotomização da ordem econômica. Não é possível depreender da Constituição que exista um objeto específico da atuação administrativa ou uma classe de especiais interesses públicos que levem à necessária titularização de uma atividade econômica pelo Estado. O emprego de critérios amplos, tais como “interesse social” ou “coesão social”, não encontra referências jurídicas no ordenamento positivo e, assim, tais critérios não podem guiar a análise da natureza jurídica de uma determinada atividade econômica.

Na verdade, tanto serviços públicos como atividades econômicas em sentido estrito podem igualmente atender a variados interesses públicos, e inclusive satisfazer diretamente direitos fundamentais – sendo estes o objeto material dos serviços públicos. Recentemente, é possível observar que há cada vez mais atividades econômicas (em sentido estrito?) que satisfazem interesses públicos relevantes, mas que nunca foram tidas como serviços públicos ou que não são mais serviços públicos ou, ainda, são atualmente exploradas em regime de assimetria regulatória. Dessa forma, não é possível apartar duas categorias de atividades

econômicas com fundamento nos interesses públicos por elas efetivados e pela incidência ou não da titularidade estatal.

Em outro aspecto, também não se pode argumentar que o regime de exclusividade estatal sobre os serviços públicos seja representativo de uma divisão da ordem econômica. Não se encontra previsão constitucional impondo a exclusividade estatal absoluta e a priori sobre os serviços públicos. Ao mesmo passo, uma interpretação nesse sentido estaria deliberadamente presumindo, sem apoio no texto constitucional, que os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência simplesmente não seriam aplicáveis a uma parcela da própria ordem econômica.

A incidência de exclusividade nos serviços públicos deve obedecer a uma lógica de proporcionalidade entre as finalidades públicas a serem realizadas pelo serviço público (a satisfação de direitos fundamentais) e as eventuais restrições aos mencionados princípios constitucionais. Existirão serviços públicos nos quais não incide a exclusividade estatal (como o de telecomunicações), bem como igualmente existirá a aplicação proporcional da exclusividade em outras atividades econômicas não tidas por serviços públicos, tanto em monopólios quanto em atividades econômicas “em sentido estrito”. Não se pode afirmar, portanto, que a existência de exclusividade aparte as categorias de atividades econômicas entre aquelas que o Estado poderia explorar com exclusividade versus aquelas em que se aplicaria a livre iniciativa.

Por fim, o regime jurídico de exploração não pode ser o critério definitivo para divisão das atividades econômicas em sentido estrito e dos serviços públicos, tal como se efetivamente houvesse uma dualidade de regimes jurídicos. O estudo do direito positivo – ultrapassados os atavismos herdados da teoria tradicional – demonstra que há uma setorização da regulação e a complexificação dos regimes aplicáveis, não sendo possível indicar a existência apenas de dois regimes para explicar a variabilidade que hoje se observa. Ademais, constata-se que a regulação incide sobre vários objetos da atividade (preço, qualidade, acesso etc.) e que não há combinações prévias entre estes para a formação de dois regimes coesos. E, ainda, vê-se que há uma aproximação entre regimes tradicionalmente tidos como públicos e privados, o que impede a assimilação de uma categorização dicotômica desses regimes.

Portanto, diante dessas e de outras evidências, esta pesquisa leva a concluir que não é possível adotar uma dicotomia da ordem econômica brasileira nos moldes propostos pela teoria tradicional. Essa teorização, a nosso ver, não responde a vários fenômenos observados no direito positivo, como os acima relatados, bem como oferece interpretações e vieses que não decorrem do direito positivo, mas decorrem apenas de pressupostos teóricos, sejam eles

admitidos pelo direito vigente ou não. É o que já se apontou ser uma “interpretação da Constituição segundo a doutrina”.⁵⁴⁹

Em favor da teoria tradicional, poder-se-ia dizer que a utilização de sua dicotomia como forma de entender as “grandes linhas” da ordem econômica ainda é viável, haja vista subsistirem regimes públicos e privados, atividades tidas como serviços públicos e atividades que não são tidas como serviços públicos. Contudo, certamente a adoção dessa teorização não oferecerá ao intérprete respostas sobre diversos fenômenos recentes e não servirá a uma compreensão teórica adequada da integralidade da ordem econômica.

Atualmente, segundo cremos, é necessário superar categorizações e passar a analisar regulações das atividades econômicas em suas especificidades, segundo o previsto no direito positivo. Em nossa pesquisa, a investigação demonstrou a multiplicidade de graus da regulação – e não uma dicotomia –, devendo ser elaborada teorização condizente com esses achados.

b) Multiplicidade da regulação das atividades econômicas

A percepção descrita na conclusão acima – quanto à inexistência de uma categorização das atividades econômicas –, conseqüentemente leva a uma análise do direito positivo despreendida dos preceitos da teoria tradicional. Neste estudo, percebeu-se que a regulação efetivamente não se forma a partir da pronta categorização da ordem econômica constitucional. Cada objeto a ser regulado nas atividades econômicas receberá um conteúdo específico do direito positivo, que nem sempre se amolda a essas categorias. A soma e o entrecruzamento do regime aplicável a cada um desses objetos darão ensejo a uma multiplicidade de regimes jurídicos aplicáveis às atividades econômicas.

No estabelecimento dessa regulação, o legislador exerce papel fundamental em destrinchar e aplicar as determinações constitucionais. A Constituição apenas organiza a ordem econômica de forma ampla e genérica, enfocando os princípios gerais e as balizas da intervenção estatal. Com isso, outorga ao legislador infraconstitucional a competência para determinar o efetivo regime jurídico das atividades econômicas, como se vê nos artigos 173, caput, 175, par. único, 176, §2º, 177 §§ 1º e 2º. Ao elaborar esses regimes, o que se observa é que a legislação estabelece institutos bastante diversos entre si. Há uma profusão de marcos regulatórios setoriais que adaptam esses instrumentos especificamente aos contextos técnicos, sociais e econômicos de cada atividade que é regulada.

549 SCHIRATO, *Livre iniciativa nos serviços públicos*, p. 90.

Sem prejuízo de outros temas e critérios que poderiam ser utilizados para demonstrar esse argumento, nosso recorte se voltou para os objetos da regulação que mais diretamente decorrem da suposta dicotomia da ordem econômica. Abordaram-se: (i) regime constitucional da intervenção direta; (ii) regime das empresas estatais; (iii) regulação do acesso e (iv) regulação das condições de prestação.

Em primeiro lugar, observa-se que o regramento constitucional das hipóteses de intervenção direta não é diferenciado segundo a natureza jurídica da atividade econômica. Percebe-se que, em todas as atividades, há uma possibilidade de intervenção estatal direta, desde que atendidos os termos do artigo 173, e que a efetiva intervenção depende da política adotada pela Administração Pública. Se bem que a obrigação de prestação caracterize os serviços públicos, não é suficiente daí deduzir um regime específico que obrigue a intervenção direta, uma vez que existe a possibilidade de que os serviços sejam delegados a particular. Nem mesmo os monopólios constitucionais têm um regime categórico de intervenção direta, que igualmente podem ser delegados. Não há, portanto, regime delimitado para a intervenção direta, devendo ser verificado em concreto o que a legislação prevê para cada específica atividade econômica, bem como observada a decisão da Administração Pública em explorá-la ou não.

No que se refere às empresas estatais, a antiga classificação entre aquelas exploradoras de atividades econômicas e aquelas prestadoras de serviços públicos também não subsiste. Conforme já esboçado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o regime das empresas estatais não depende exclusivamente da categorização da atividade econômica que por elas é explorada. Outros critérios devem concorrer para a definição do efetivo regime jurídico aplicável, tais como a inserção da empresa em um cenário concorrencial e sua composição acionária. Muito além da categorização, portanto, interessa conhecer as condições da operação da empresa e suas interfaces com o regime jurídico que lhe será aplicável.

A partir da análise desses critérios, será possível elaborar o regime jurídico pertinente a cada empresa estatal. O regime de impenhorabilidade dos bens e precatórios, por exemplo, não deve ser aplicável a empresas que atuam em concorrência (em serviços públicos ou não) ou distribuam lucros aos acionistas, ao passo que esse regime é justificável e necessário para as empresas que prestam atividades administrativas. Por outro lado, deve ser resguardada a impenhorabilidade dos bens que estão diretamente afetos à exploração do serviço público, muito embora esse privilégio não deva ser estendido a todo o patrimônio da empresa. A análise, portanto, deve ser realizada em cada aspecto do regime que se questiona (regime patrimonial, tributário, de pessoal etc.), de forma que se perceba que existem variadas combinações entre esses aspectos, formando-se múltiplos regimes jurídicos para as empresas estatais.

Quanto à regulação de acesso às atividades econômicas, ultrapassado o dogma da exclusividade estatal, revela-se uma multiplicidade de instrumentos empregados. De início, existem instrumentos mais leves, em que não se formulam quaisquer exigências ou se fazem exigências brandas, tais como o mero dever de notificar ao Poder Público o exercício da atividade ou de se obterem alvarás e autorizações administrativas. Na sequência, são encontrados instrumentos mais restritivos, como as autorizações regulatórias, que efetivamente limitam o acesso ao mercado àqueles prestadores que comprovam o cumprimento de fortes exigências de capacidade técnica e econômica e que se sujeitam à fiscalização regulatória. Com semelhante nível de restrição, existem também as concessões outorgadas sem exclusividade, cujos operadores são rigidamente escolhidos e fiscalizados pelos contratos, mas ainda atuam em mercados concorrenciais.

Adiante, são admitidos instrumentos ainda mais restritivos, como as concessões outorgadas com exclusividade, empregadas em contextos específicos em que a competição é incabível ou indesejável, de sorte que a seleção e o controle dos operadores se dão com a exclusão de qualquer outro interessado. Ademais, existem restrições totais de acesso ao mercado, como nos serviços públicos exclusivos e nos monopólios efetivamente exercidos pelo Estado – o que pouco se encontra no panorama regulatório vigente.

Nesse sentido, a impositiva exclusividade estatal dá lugar à aplicação da proporcionalidade na definição das condições de acesso à atividade econômica. Foi firmado o entendimento de que a livre iniciativa, *prima facie*, aplica-se em toda a ordem econômica, só podendo ser derogada diante da necessidade de satisfação de interesse público ou direito fundamental – com é notório nos serviços públicos. As restrições à livre iniciativa, portanto, só devem ocorrer de forma proporcional e justificada ou, excepcionalmente, via imposição de monopólios constitucionais (em que pese a flexibilização regulatória destes). Nota-se, ainda, que a regulação de acesso ao mercado está intimamente relacionada com as condições técnicas e econômicas da atividade, sobretudo quanto à viabilidade ou não de inserção da concorrência.

A análise ainda avança para a regulação das condições de prestação da atividade, especialmente para estudar as interfaces entre os princípios do serviço público e a regulação. Nesse tema, a multiplicidade de regimes se mostra na possibilidade de adoção de instrumentos regulatórios mais ou menos intensos, segundo a necessidade de tutela da prestação a ser oferecida.

Há instrumentos, como o poder de polícia, que visam apenas enquadrar o exercício da atividade para que não se dê de forma prejudicial ao interesse público, o que, por vezes, pode exigir maior nível de controle da atividade. Em seguida, as regulações mais impositivas

decorrem da fiscalização sobre a própria satisfação de direito fundamental, o que justifica a criação de variadas obrigações regulatórias, em especial as obrigações de serviço público e os princípios do serviço público, que tratam da imposição direta de conteúdos de interesse público a serem executados pelo prestador.

No cenário descrito, conclui-se serem múltiplos os objetos que serão regulados em cada atividade econômica, bem como múltiplos os instrumentos utilizados para tanto. Ao mesmo tempo, verifica-se que não há um alinhamento ou uma correlação necessária entre a regulação de cada objeto, sendo admissível a combinação de instrumentos com naturezas, intensidades e características variadas em uma mesma atividade. Nesse ponto, as condições sociais, técnicas e econômicas de exploração da atividade terão significativo papel em sugerir a regulação a ser aplicada.

Não basta mais apontar uma mera categorização dicotômica para compreender essa variabilidade das formas regulatórias no direito vigente. É bastante difícil – senão impossível – estabelecer traços gerais que coloquem todas as características das atividades econômicas em compartimentos, visto que não se destaca um padrão de comportamento dessa variação e para as recombinações que dela podem surgir. Portanto torna-se mais relevante questionar cada objeto e cada aspecto específico do regime jurídico, recorrendo-se às previsões concretas da regulação vigente sobre cada atividade econômica, ao invés de se recorrer às categorizações.

c) Aproximação dos regimes de direito público e de direito privado

A multiplicidade de regulações tanto evidencia a recente aproximação entre os regimes de direito público e direito privado de exploração das atividades econômicas quanto é evidenciada por ela. Demonstrada a falência da dicotomia da ordem econômica, perde também sentido uma supostamente necessária dualidade entre esses regimes, em favor de se perceber que a multiplicidade dará ensejo a regimes híbridos e que representam influências recíprocas.

O regime de direito público está cada vez mais permeado por institutos de direito privado, bem como por suas finalidades e contextos de aplicação. Os serviços públicos estão cada vez mais liberalizados, exercidos em regime de concorrência e inseridos na dinâmica do mercado econômico. Por outro lado, os regimes de direito privado são paulatinamente dependentes de regulação estatal, com conteúdos determinados pelo cumprimento de finalidades de interesse público e com significativas restrições e condicionamentos do exercício de liberdades econômicas.

Muito da aproximação dos regimes foi provocada no contexto da *despublicatio* de atividades econômicas de relevância social, o que permitiu a sua exploração por entes privados

em regime de direito privado. Correlatadamente, diante dos interesses públicos envolvidos nessas atividades, coube ao Estado regulá-las de modo a garantir a sua adequada prestação e a satisfação desses interesses públicos. Com isso, observou-se a intensificação da regulação incidente sobre as atividades econômicas privadas, com mais reguladores, mais objetos regulados, mais conteúdos e imposições regulatórias para um regime privado a princípio marcado pela liberdade e pela autonomia privada.

Iniciando essa análise pelas empresas estatais, a aproximação de regimes é evidenciada na aplicação de regimes privatistas às empresas prestadoras de serviços públicos, as quais estão cada vez mais inseridas como agentes de um mercado econômico concorrencial. Observam-se a legislação e a jurisprudência determinando a aplicação do direito privado em diferentes aspectos da atuação das empresas estatais, a exemplo de suas relações consumeristas, contratuais, trabalhistas, bem como de seu regime tributário e patrimonial. Dessa forma, perde força a ideia de uma “autarquização” dessas empresas estatais, para se favorecer a aplicação desses elementos de direito privado.

Outra excelente evidência dessa aproximação está na aplicação do direito consumerista no âmbito dos serviços públicos. Partindo da constatação da semelhança fática entre as situações dos “usuários” e dos “consumidores”, é possível demonstrar que há uma aplicação recíproca de elementos de direito privado nos serviços públicos, tal como é explicitamente determinado pela legislação (Lei de Concessões, CDC e Lei Federal nº 13.460/2018). Por outro lado, deve-se lembrar que ainda subsistem aspectos da relação com o usuário-consumidor que são regidos pelo direito público, notadamente quando se tratar de direitos de participação ou direitos sensíveis que requerem a metódica publicística.

A maior fronteira em que se dá a aproximação entre os regimes público e privado está no quesito da regulação de qualidade, especialmente no que se refere à aproximação entre os tradicionais princípios do serviço público e as recentes inovações regulatórias. Se bem que os serviços públicos sejam demarcados pela incidência de tais princípios, atualmente observa-se a regulação das atividades exercidas em direito privado impor o cumprimento de semelhantes exigências em vista da garantia do interesse público e que, assim, acabam por contemporizar a liberdade econômica e aproximar os regimes público e privado.

Nesse contexto, têm-se as ditas “obrigações de serviço público” que, à semelhança dos “princípios do serviço público”, pretendem assegurar a prestação adequada da atividade, com especial atenção para a continuidade, igualdade e modicidade de preços. A instituição dessas obrigações é possível em razão dos direitos fundamentais e interesses públicos existentes nessas atividades econômicas exploradas em regime de direito privado e que, por isso, demandam

regulação condizente com sua proteção. Ademais, a legislação expressa a possibilidade de a regulação estabelecer tais obrigações sobre aspectos relevantes da atividade econômica, bem como estabelece a competência das agências reguladoras para fazê-lo em prol da proteção de interesses públicos. Ainda que haja largo campo para sua aplicação, esse instituto, no direito brasileiro, ainda carece de estudos mais aprofundados.

Tudo o que vem de se expor não significa, porém, a total coincidência ou indiferença entre os regimes de direito público e direito privado. Ainda subsistem, no direito brasileiro, conjuntos de princípios e regras positivadas que podem ser compreendidos pelos traços genéricos usualmente atribuídos aos conceitos de direito público ou de direito privado, por mais que estes sejam criticados pela doutrina. O que se ressalta aqui, na verdade, é que existem regimes no interior dessas classificações que cada vez mais se aproximam da classe oposta e denotam a existência de regimes híbridos, mesclados, e que incorporam influências de diversas fontes.

Igualmente, não se trata de argumentar que não existe um serviço público no direito brasileiro. O serviço público permanece e permanecerá enquanto houver sua inscrição na Constituição, nuclearmente em seu artigo 175. Entende-se ainda existirem atividades econômicas dotadas de relevância para o interesse público que são exploradas em um regime especial de direito público e sob a responsabilidade do Estado. O que não se adota é que essas atividades sejam consideradas pertencentes ao Estado e de sua exclusiva exploração em um regime aberto para excepcionalidades e privilégios. É necessário atribuir um conceito jurídico ao serviço público que seja condizente com a Constituição e tenha sentido no ordenamento brasileiro, e não só no francês.

Em um conceito revisado de serviço público, a titularidade estatal não pode significar reserva ou domínio do Estado com exclusão da sociedade civil e com ferimento indevido às liberdades econômicas. Sugere-se que a titularidade seja concebida como a obrigação do Estado de satisfazer direitos fundamentais pela prestação direta da atividade econômica ou mediante delegação, sob sua responsabilidade. O regime de serviço público, nesse sentido, perde sua característica como um regime de privilégios para se converter em um regime funcionalizado e instrumentalizado em prol da satisfação de direitos fundamentais.

É essa percepção que, a nosso ver, permite a aproximação entre os regimes público e privado, na medida em que se desvincula o regime de serviço público de certa excepcionalidade e até “insularidade” diante do regime privado. As excepcionalidades, os privilégios, as exorbitâncias podem ser admitidos se forem instrumentais e proporcionais à satisfação de direitos fundamentais. De outro lado, a intensificação da regulação permite a introjeção de

novos institutos no direito privado – mais restritivos e impositivos –, igualmente se forem instrumentais e proporcionais aos direitos fundamentais.

Enfim, ainda que existam um conceito e um regime de serviço público, qual seria a utilidade de se categorizar as atividades econômicas entre serviços públicos e “não serviços públicos”? Entendemos que esse critério não consideraria variações dentro do próprio regime de serviço público, bem como omitiria aproximações entre regimes. Não basta dizer que tal atividade se constitui como serviço público, porque daí não é possível se extrair com segurança um regime jurídico determinado.

Portanto reitera-se o sempre dito de que é preciso olhar a fundo a regulação vigente para verificar o regime jurídico aplicável a cada atividade econômica. É preciso admitir e teorizar o direito positivo a partir da compreensão da existência de uma multiplicidade de regimes jurídicos existentes e da aproximação entre os regimes público e privado, dispensadas as categorizações que coloquem o ordenamento à força em conceitos que não servem à sua compreensão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social dos serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

ALENCAR, Leandro Zannoni Apolinário de. **Guidance no contexto do Estado Regulador: subsídios para uma nova compreensão da função administrativa (reguladora) nas sociedades complexas**. Universidade de Coimbra, 2014.

AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. Distinção entre usuário de serviço público e consumidor. **Revista de Direito Administrativo**, v. 225, p. 217–219, 2001.

ANDRADE, Odilon. **Serviços públicos e de utilidade pública**. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1937.

APOLINÁRIO, Marisa. **Estado Regulador: o novo papel do Estado**. Universidade Nova de Lisboa, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Forense, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As concessões e autorizações petrolíferas e o poder normativo da ANP. **Revista de Direito Administrativo**, v. 228, 2002.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O contrato de concessão de exploração de petróleo e gás. **Revista de Direito Administrativo**, v. 239, 2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da proporcionalidade no direito econômico. **Revista de Direito Administrativo**, n. 223, p. 199–230, 2001.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regulação da Economia: conceito e características contemporâneas. *In: Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1032–1067.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BAKOVIC, Tonci; TENENBAUM, Bernard; WOOLF, Fiona. Regulation by Contract: A New Way to Privatize Electricity Distribution? **Energy and mining sector board discussion paper**, v. Maio, 2003.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

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.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Serviço público e telecomunicações. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP**, n. 1, p. 1–18, 2008.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, v. 35, p. 13–52, 1995.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **O outro leviatã e a corrida ao fundo do poço**. São Paulo: Almedina, 2015.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BAUBY, Pierre. **Service Public, Services Publics**. Paris: La Documentation Française, 2016.

BEDONE, Igor Volpato. **Releitura da dicotomia serviço público vs. atividade econômica como critério definidor do regime jurídico das empresas estatais à luz da Lei n.º 13.303/2016**. Universidade de São Paulo, 2017.

BEZANÇON, Xavier. Une approche historique du partenariat public-privé. **Revue d'économie financière**, v. 5, n. 1, p. 27–50, 1995.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2014.

BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação Administrativa Interorgânica**. São Paulo: Almedina, 2017.

BITENCOURT NETO, Eurico. Estado social e administração pública de garantia. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, v. 8, n. 1, p. 289–302, 2017.

BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública

no século XXI. **Jornal de Investigações Constitucionais**, v. 4, n. 1, p. 207–225, 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2018.

BRAGA, Odilon. Serviços Públicos Concedidos. **Revista de Direito Administrativo**, v. 7, p. 33–55, 1947.

CAMACHO, Fernando Tavares; RODRIGUES, Bruno da Costa Lucas. Regulação econômica de infraestruturas : como escolher o modelo mais adequado ? **Revista do BNDES**, v. 41, p. 257–288, 2014.

CAMPOS, Francisco. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1949.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

CASSESE, Sabino. **A crise do Estado**. Campinas: Saberes Editora, 2010.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Curso de Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

CHAPUS, René. **Droit Administratif Général**. 15. ed. Paris: Montchrestien, 2001.

CHENOT, Bernard. **Organisation économique de l'État**. Paris: Dalloz, 1965.

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.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Livro Verde Sobre Serviços de Interesse Geral**. Bruxelas: [s.n.], 2003.

CONRADO, Regis da Silva. **Serviços Públicos à brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. Os grandes traços do direito administrativo no século XXI. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, n. 63, p. 45–66, 2016.

COUTINHO, Diogo R. **Direito e economia política na regulação de serviços públicos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

COUTINHO, Diogo R.; MESQUITA, Clarissa Ferreira de Melo; NASSER, Maria

Virginia Nabuco do Amaral Mesquita. Empresas estatais entre serviços públicos e atividades econômicas. **Revista Direito GV**, v. 15, n. 1, p. 1–23, 2019.

CUNHA, Carlos Eduardo Bergamini. **A subsidiariedade como vetor objetivo de restrição à intervenção regulatória do estado na economia: definição e instrumentalização**. Universidade de São Paulo, 2013.

CYRINO, André; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Estatais prestadoras de serviços públicos e as estatais concorrenciais : rever ou romper com a dicotomia ? **Interesse Público - IP**, v. 8, p. 55–80, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito Administrativo Pós-Moderno**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; CHAGAS, Carolina F. Dolabela. O relevante interesse coletivo nas atividades econômicas das empresas estatais após o advento da Lei nº 13.303/2016 (“Estatuto jurídico das estatais”). **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**, v. 4, n. 1, p. 16–33, 2018.

DIAZ, Elias. **Estado de Direito e sociedade democrática**. Lisboa: Iniciativas Editoriais, 1969.

DIETERICH, Frederico Bopp. **Os Efeitos nas Concessões de Serviços Públicos dos Tratados Internacionais sobre Proteção de Investimentos**. Universidade Federal de Minas Gerais, 2007. Disponível em: <http://www.ghbook.ir/index.php?name=فرهنگ و رسانه های فرهنگی و اجتماعی&option=com_dbook&task=readonline&book_id=13650&page=73&chckhashk=ED9C9491B4&Itemid=218&lang=fa&tmpl=component>.

DUGUIT, Léon. The Concept of Public Service. **Yale Law Journal**, v. XXXII, n. 5, p. 425–435, 1923.

DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel. t. 2**. Paris: Ancienne Libraire Fontemoing, 1928.

EIZIRIK, Nelson. Monopólio estatal da atividade econômica. **Revista de Direito Administrativo**1, n. 194, p. 63–76, 1993.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública**. Coimbra: Almedina, 1996.

FALCÃO, Joaquim; GUERRA, Sérgio; ALMEIDA, Rafael. **Ordem constitucional econômica**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

FIDALGO, Carolina Barros. **O Estado Empresário**. São Paulo: Almedina, 2017.

FRIER, Pierre-Laurent; PETIT, Jacques. **Droit Administratif**. Paris: LGDJ, 2015.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne (Org.). **Les engagements dans la régulation économique**. Paris: Presses de Sciences Po/Dalloz, 2006.

FROÉS, Fernando. Infraestrutura e Serviços Públicos: Princípios da regulação geral e econômica. *In*: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista (Orgs.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 579–665.

FROÉS, Fernando. Infraestrutura Pública: conceitos, importância e a intervenção governamental. *In*: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Marcia Walquiria Batista dos (Orgs.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011.

GARCIA, Flávio Amaral. A Mutabilidade e Incompletude na Regulação por Contrato e a Função Integrativa das Agências. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, v. 5, p. 59–83, 2014.

GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo: Malheiros Editores, 2019.

GENOSO, Gianfrancesco. **Princípio Da Continuidade Do Serviço Público**. Universidade de São Paulo, 2011.

GIACOMMUZI, José Guilherme. **Estado e Contrato**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

GIDDENS, Anthony. **A terceira via**. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1999.

GÓMEZ-IBÁÑEZ, José A. **Regulating Infrastructure: Monopoly, Contracts, and Discretion**. Cambridge, Massachusetts, and London, England: Harvard University Press, 2003.

GONÇALVES, Pedro Costa. **A Concessão de Serviços Públicos (uma aplicação da técnica concessória)**. Coimbra: Almedina, 1999.

GONÇALVES, Pedro Costa. **Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas**. Lisboa: Almedina, 2008.

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.pdf>.

GONÇALVES, Pedro Costa. **Regulação, Electricidade e Telecomunicações**. Coimbra: Coimbra Editores, 2008.

GONÇALVES, Pedro Costa. Regulação Administrativa e Contrato. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, v. 35, p. 105–141, 2011.

GOUVEIA, Rodrigo. **Os serviços de interesse geral em Portugal**. Lisboa: Almedina, 2011.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 - (interpretação e crítica)**. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2018.

GRAU, Eros Roberto. Comentário ao artigo 173. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; *et al* (Orgs.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1825–1832.

GRAU, Eros Roberto. Concessionária de serviço público - Bens Públicos - Direito de uso. **Revista de Direito Administrativo**, v. 218, p. 343–354, 1999.

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, p. 249–267.

GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

GRAU, Eros Roberto. **Elementos de direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

GRAU, Eros Roberto; MELLO, Marco Aurélio. Correios: serviço público ou atividade econômica? **Revista de Direito Administrativo**, v. 252, p. 245–275, 2009.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Regime jurídico das telecomunicações: autorização, permissão e concessão. **Interesse Público - IP**, n. 12, 2001.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação. *In*: **Direito Administrativo Econômico**. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 39–71.

GUERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade e reflexividade**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

GUERRA, Sérgio. Tecnicidade e regulação estatal no setor de infraestrutura. **Fórum Administrativo - FA**, v. 198, p. 61–71, 2017.

GUGLIELMI, Gilles J; KOUBI, Geneviève; LONG, Martine. **Droit du Service Public**. Paris: LGDJ, 2016.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **Da regulação como função administrativa**. Universidade de São Paulo, 2007.

GUIMARÃES, Letícia. **O Princípio da Continuidade dos Serviços Públicos**. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007.

HACHEM, Daniel Wunder; FARIA, Luzardo. A proteção jurídica do usuário de serviço público entre o Direito Administrativo e o Código de Defesa do Consumidor: a necessidade de uma filtragem constitucional. **Revista de Direito Brasileira**, v. 15, n. 6, p. 311–336, 2016.

HAURIOU, Maurice. **Précis de Droit Administratif et Droit Public Général**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1927.

HORTA, José Luiz Borges. **História do Estado de Direito**. São Paulo: Alameda, 2011.

JÈZE, Gaston. **Principios Generales del Derecho Administrativo - Vol. 2**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1949.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. Serviço Público no direito brasileiro. *In*: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia (Orgs.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: [s.n.], 2011, p. 369–392.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003.

LIMA, Fabio Almeida. **A Regulação por Contratos no Setor Elétrico Brasileiro: O contrato de comercialização de energia elétrica no ambiente regulado – CCEAR e os leilões de energia**. Centro Universitário de Brasília - UniCEUB, 2006.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1939.

LOBO, Carlos Baptista. **Sectores em rede: regulação para a concorrência**. Universidade de Lisboa, 2007. Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/160/1/16453_Sectores_em_Rede_regulacao.pdf>.

LOUREIRO, João Carlos. Adeus ao Estado Social? O insustentável peso do não-ter. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, v. 83, p. 1–84, 2007.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A regulação e os direitos do consumidor. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 239–254.

MANICA, Fernando Borges; MENEGAT, Fernando. Serviços públicos no Brasil: uma análise a partir das esferas de titularidade. **Revista Brasileira de Direito**, v. 14, n. 1, p. 253,

2018.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. **Revista de Direito Administrativo**, v. 228, p. 13–29, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Características do Serviço Público. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 115–145.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

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, 2014, p. 31–69.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica. **Fórum Administrativo - Dir. Público - FA**, v. 9, p. 85–93, 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, n. 4, p. 1–21, 2006.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação e Poder de Polícia no Setor de Gás. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, v. 6, 2004.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; COSCIONE, Milene Louise Renée. **Telecomunicações: doutrina, jurisprudência, legislação e regulação setorial**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Uber, Whatsapp, Netflix: os novos quadrantes da publicatio e assimetria regulatória. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, v. 56, p. 75–108, 2016.

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.

MARQUES, Rui Cunha. Regulation by contract: Overseeing PPPs. **Utilities Policy**, v. 50, p. 211–214, 2018.

MASAGÃO, Mario. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

MASAGÃO, Mário. **Natureza jurídica da concessão de serviço público**. São Paulo: Saraiva & Cia Editores, 1933.

MELLERAY, Fabrice. Existe-t-il un critère du droit administratif? À propos de deux articles de Jean Rivero. *In*: Paris: Dalloz, 2017, p. 55–74.

MELLERAY, Fabrice; GONOD, Pascale; YOLKA, Philippe. **Traité de Droit Administratif - Tome 1**. Paris: Dalloz, 2017.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MENEGAT, Fernando. **Autorizações Administrativas Regulatórias: A evolução do Direito Administrativo e a mutação das autorizações nos setores de infraestrutura**. Universidade Federal do Paraná, 2014.

MENEGAT, Fernando. Serviço público e concorrência: ensaio para uma quebra do princípio da titularidade estatal exclusiva. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, n. 49, p. 207–246, 2012.

MESQUITA, Clarissa Ferreira de Melo. **O regime jurídico do setor postal: desafios contemporâneos e perspectivas para o setor**. Universidade de São Paulo, 2012.

MOREIRA, Egon Bockmann. A nova lei dos portos e os regimes de exploração dos portos brasileiros. *In*: RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno; FREITAS, Rafael Vêras De (Orgs.). **A nova regulação da infraestrutura e da mineração**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 121–136.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. Notas sobre o Estado Administrativo: de omissivo a hiperativo. **Revista de Estudos Institucionais**, v. 3, n. 2011, p. 153–179, 2017.

MOREIRA, Egon Bockmann. **O direito administrativo contemporâneo e suas relações com a economia**. Curitiba: Editora Virtual Gratuita - EVG, 2016.

MOREIRA, Egon Bockmann. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, v. 44, p. 87–118, 2013.

MOREIRA, Vital. Os serviços públicos tradicionais sob impacto da União Européia. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, v. 19, 2009.

MOREIRA, Vital. Regulação econômica, concorrência e serviços de interesse geral. *In*: MOREIRA, Vital (Org.). **Estudos de Regulação Pública - I**. Lisboa: Almedina, 2004, p. 547–563.

OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. **Reinventando o governo**. Brasília: MH Comunicação, 1995.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 2017.

PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. **A posição jurídica dos usuários e os aspectos econômicos dos serviços públicos**. Universidade de São Paulo, 2005.

PINTO, Bilac. **A regulação efetiva dos serviços de utilidade pública**. Rio de Janeiro: Forense, 1941.

PINTO, Henrique Motta. **Empresa estatal: modelo jurídico em crise?**. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010.

PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **Le service public dans la theorie de l'etat de Leon Duguit**. Paris: LGDJ, 1972.

RAYMUNDIE, Olivier. L'influence du néolibéralisme anglo-saxon sur le droit public français: l'exemple du service universel. *In*: BOTTINI, Fabien (Org.). **Néolibéralisme et droit public**. Paris: Mare & Matin, 2017, p. 213–222.

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

RIVERO, Jean. **Droit Administratif**. Paris: Dalloz, 1975.

SADDY, André. **Formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado Ético e o Estado Poiético. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, n. 02, p. 1–19, 1998.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica (Princípios e Fundamentos Jurídicos)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SAMPAIO, Patricia Regina Pinheiro. **Regulação e Concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **As empresas estatais no Direito Administrativo Econômico Atual**. São Paulo: Saraiva, 2016.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo: necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos. *In*: BARNES, Javier (Org.). **Innovación y reforma en el Derecho Administrativo**. Sevilla: Global Law Press, 2006, p. 21–132.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática**. Barcelona: Marcial Pons, 2003.

SCHWIND, Rafael Wallbach. **O Estado Acionista: Empresas Estatais e Empresas Privadas com Participação Estatal**. São Paulo: Almedina, 2017.

SHCUPPERT, Folke. The Ensuring State. *In*: GIDDENS, Anthony (Org.). **The Progressive Manifesto: New Ideas for the Centre-Left**. Hoboken: Blackwell Publishing, 2003, p. 54–72.

STEIN, Leandro Konzen. **Direito Econômico da Energia**. São Paulo: Lumen Juris, 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. A regulação de preços e tarifas dos serviços de telecomunicações. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 317–328.

SUNDFELD, Carlos Ari. O desenvolvimento futuro das telecomunicações brasileiras e o papel das concessões. *In*: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Orgs.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 211–221.

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.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Licitação nas Estatais: Levando a Natureza Empresarial a Sério. **Revista de Direito Administrativo**, v. 245, p. 13, 2014.

TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975.

TAVARES, André Ramos. A intervenção do Estado no Domínio Econômico. *In*: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos (Orgs.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 225–256.

VALADÃO, Alfredo. **Regime jurídico das águas e da indústria hidro-elétrica**. São Paulo: Publicação da Prefeitura Municipal de São Paulo, 1941.

WADE, H. W. R.; FORSYTH, C. F. **Administrative Law**. 11. ed. Oxford: Oxford University Press, 2014.

YEUNG, Karen. The Regulatory State. *In*: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Orgs.). **The Oxford Handbook of Regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 1–14.

YEUNG, Karen; MORGAN, Bronwen. **An Introduction to Law and Regulation: Text and Materials**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

ZIANI, Salim. **Du Service Public à l'obligation de service public**. Paris: LGDJ, 2015.