PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP

ANDRÉ LUIZ FREIRE

O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas

DOUTORADO EM DIREITO DO ESTADO

SÃO PAULO
2013

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP

ANDRÉ LUIZ FREIRE

O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas

DOUTORADO EM DIREITO DO ESTADO

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de doutro em Direito do Estado, sob a orientação do Prof. Dr. Celso Antônio Bandeira de Mello

SÃO PAULO
2013

Banca Examinadora

_____

_____

_____

_____

_____

RESUMO

O objetivo deste estudo consiste na identificação do regime jurídico de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas de direito privado, sejam essas integrantes ou não da Administração Pública indireta. A justificativa do trabalho reside na necessidade de explicitar tal regime a partir das situações jurídicas ativas e passivas de direito público de tais pessoas privadas, permitindo, inclusive, a sua adequada comparação.

Diante disso, o trabalho visou a responder a seguinte questão principal: quais são as situações jurídicas ativas e passivas dos prestadores privados de serviço público criadas por normas de direito público? Dessa questão, surge outra, também respondida: qual é a diferença entre essas situações jurídicas de direito público quando o prestador for um ente da Administração indireta ou um sujeito privado não integrante da estrutura administrativa (concessionários, permissionários e autorizatários)?

Para a elaboração desta tese, partiu-se de uma abordagem metodológica fundada no direito positivo brasileiro. A análise, portanto, foi dogmática, e não zetética. E, mais do que isso, a aproximação a esse objeto foi orientada pelas três dimensões da dogmática expostas por Alexy, quais sejam, a dogmática analítica, empírica e normativa.

A partir de tal abordagem metodológica, foi possível identificar as situações jurídicas ativas, mais precisamente, os direitos a prestações e poderes das pessoas privadas prestadoras de serviço público, bem como as suas situações passivas – deveres e sujeições.

A conclusão final é a de que a relação jurídica de prestação de serviço público será sempre disciplinada pelo direito público e pode se traduzida, de modo simples, na proteção da situação jurídica dos usuários do serviço público.

Palavras-chave: atividades públicas; direito público; direito administrativo; atividades administrativas; descentralização administrativa; competências públicas; serviço público; empresas estatais; fundações estatais privadas; concessionários; permissionários; autorizatários.

ABSTRACT

The purpose of this study was to identify the public law framework applicable to the rendering of public services by entities of private law, that integrate or not the indirect Public Administration. The justification of this study consists on the need of explaining such regimen considering the active and passive legal situations of public law of such private entities, allowing even an appropriate comparison.

In view of such premises, the study aimed to respond the following main question: which are the active and passive juridical situations of those private providers of public services created by rules of public law? From this question arises another one, answered by this study: what is the difference between those public law situations when the provider of the services is an entity of the indirect Administration or a private entity that does not integrates the Public Administration structure (concessionaires, permissionaires or grantee)?

For the elaboration of this thesis, a methodological approach was used considering the Brazilian positive law. Therefore, the analysis was dogmatic and not zetetic. And, more than that, the study of this object was oriented by the three dimensions of the dogmatic proposed by Alexy, namely, the analytical, empirical and normative dogmatic.

ÍNDICE

ABREVIAÇÕES E DEFINIÇÕES 13

INTRODUÇÃO 16

1. Considerações iniciais 16
2. A abordagem metodológica: dogmática analítica, empírica e normativa 19
3. O plano da obra 21

CAPÍTULO I – DAS ATIVIDADES ESTATAIS E DO REGIME DE DIREITO PÚBLICO 26

1. Das atividades públicas e privadas 26
   1.1. Uma dicotomia em crise? 29
   1.2. Persistência da dicotomia entre atividades públicas e privadas 34
2. Direito público e direito privado 37
   2.1. Uma dicotomia polêmica 37
   2.2. Critérios de distinção entre o direito público e o direito privado 40
   2.3. A distinção entre direito público e direito privado com base no critério formal. 45
      2.3.1. O conceito de função pública 49
   2.4. Definição de direito público e de direito privado 51
3. O regime jurídico de direito público 52
   3.1. A expressão "regime jurídico". Princípios e regras 52
   3.2. O princípio do Estado Democrático e Social de Direito 56
   3.3. O princípio republicano 58
   3.4. O princípio federativo 59
   3.5. Os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade dos interesses públicos 60
4. Atividades públicas e direito privado 63

CAPÍTULO II – DAS ATIVIDADES ADMINISTRATIVAS E DO REGIME DE DIREITO ADMINISTRATIVO 66

1. Considerações iniciais 66
2. Atividades administrativas de direito público e de direito privado. O direito privado administrativo 70
3. As atividades administrativas na doutrina brasileira 75
4. Classificação das atividades administrativas no direito brasileiro 81
   4.1. Atividades administrativas instrumentais 81
   4.2. Atividades administrativas fins 83
5. As atividades administrativas e o regime jurídico-administrativo 87
   5.1. O princípio da legalidade administrativa 88
      5.1.1. Conceito 88
      5.1.2. Legalidade administrativa ou juridicidade? 91
      5.1.3. As relações de sujeição geral e de sujeição especial 93
   5.2. O controle de juridicidade pelo Poder Judiciário 99
   5.3. O regime de direito administrativo e o direito privado 100

CAPÍTULO III – DA DESCENTRALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA 104

1. Introdução 104
2. A descentralização administrativa 105
   2.1. O Estado brasileiro como sujeito de direito. O conceito de descentralização 105
   2.2. Descentralização política e administrativa 108
   2.3. Centralização política e administrativa. A desconcentração administrativa ... 109
   2.4. Definição de descentralização administrativa 110
3. Competências público-administrativas 110
   3.1. Conceitos apresentados pela doutrina. Atribuições e competências 110
   3.2. Definição competência pública 115

3.3. Finalidade da categoria jurídica "competência pública" 118
3.4. Definição de competência administrativa 119
3.5. As situações jurídicas que formam o conteúdo da competência administrativa 122
3.5.1. A complexidade do tema 122
3.5.2. A concepção dogmático-analítica de Robert Alexy sobre os direitos subjetivos: direitos a algo, liberdades jurídicas e competências 125
3.5.3. Comentários ao modelo de Robert Alexy sobre os direitos subjetivos . 128
(a) Comentários à categoria "direitos a algo". A pretensão 130
(b) Comentários à categoria "liberdade" 133
(c) Comentários à categoria "competência" 134
3.5.4. As modalidades de situações jurídicas ativas e passivas 135
3.5.5. Competências administrativas: direitos a algo e deveres 141
3.5.6. Competências administrativas: poderes e sujeições 143
(a) Poderes administrativos: modalidades apontadas pela doutrina brasileira 143
(b) A proposta de Santi Romano 144
(c) Os poderes públicos de autoridade, segundo Pedro Gonçalves ... 145
(d) Os poderes administrativos: posição adotada 147
(e) A sujeição 150
3.6. Características das competências administrativas 151
4. Os sujeitos da descentralização. A distinção entre pessoas jurídicas de direito público e de direito privado 153
4.1. Definição das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado 155
4.2. Traços característicos das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado. As entidades da Administração Pública indireta 157
5. Finalidade da descentralização administrativa 162

6. Características da descentralização administrativa 163
7. Modalidades de descentralização administrativa 166
7.1. Descentralização territorial (ou geográfica)..... 168
7.2. Descentralização técnica (ou funcional) 169
7.3. Descentralização por colaboração..... 170
7.3.1. A delegação de competências administrativas. A figura da "outorga" . 171
8. Regime da descentralização das atividades administrativas 176
8.1. Descentralização técnica a pessoas jurídicas de direito privado..... 176
8.2. Descentralização por colaboração..... 179
CAPÍTULO IV – DO CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO..... 182
1. Considerações iniciais 182
2. Formação da teoria do serviço público..... 183
2.1. O contexto para o surgimento da teoria do serviço público..... 183
2.1.1. As transformações do Estado 184
2.1.2. As mutações do direito público no final do século XIX 185
2.2. A sistematização da teoria do serviço público 187
2.2.1. A concepção de Duguit: o serviço público como fundamento da teoria do Estado 187
2.2.2. A concepção de Jèze e a consolidação do direito administrativo..... 189
3. Critérios utilizados para definir "serviço público" 192
4. Sentidos da expressão "serviço público" na doutrina 197
5. Sentidos da expressão "serviço público" na Constituição de 1988..... 200
6. O Supremo Tribunal Federal e o conceito de serviço público 201
6.1. RE 220.999-7/PE, 2ª Turma, Rel. para o acórdão Min. Nelson Jobim, DJ de 24.11.2000..... 202
6.2. ADI 1.221-5/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 31.10.2003203

6.3. ADI-MC 1.668-5/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 16.04.2004 204
6.4. ADI 2.649-6/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 17.10.2008 206
6.5. ADPF 46-7, Tribunal Pleno, Rel. para o acórdão Min. Eros Grau, DJe de 26.02.2010 208
6.6. ADI 3.944/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJe de 01.10.2010 211
6.7. Conclusão: o STF não utiliza um critério para definir serviço público 212
7. Definição de serviço público 213
7.1. Critério a ser adotado: formal 214
7.2. O titular do serviço público: o Estado 217
7.2.1. A identificação dos serviços públicos: Constituição e leis 218
7.2.2. O serviço público não é, sob o ponto de vista jurídico, uma atividade econômica. A distinção entre usuário e consumidor 220
7.3. A hipótese de incidência do regime jurídico do serviço público: prestações voltadas aos administrados em geral. A questão dos serviços *uti singuli* e *uti universi* 227
7.4. As consequências jurídicas: o regime de serviço público 233
7.5. A definição de serviço público 239
CAPÍTULO V – DA CRIAÇÃO, ORGANIZAÇÃO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS 240
1. Considerações iniciais 240
2. A criação de serviços públicos 240
2.1. O significado, no direito brasileiro, da expressão “criação de serviços públicos”. Serviços públicos por determinação constitucional 240
2.2. Discricionariedade legislativa em matéria de serviços públicos 245
2.2.1. Limites para a transformação de atividades privadas em serviços públicos 245

2.2.2. Supressão total ou parcial de serviços públicos por determinação constitucional. O legislador pode inserir no domínio privado uma atividade prevista no art. 21 da Constituição? 246

2.2.3. Deveres do legislador na criação de serviços públicos 250

3. A organização de serviços públicos 252

3.1. Organização do serviço público e poderes administrativos 253

3.2. Pessoas que poderão organizar o serviço público 255

4. A prestação de serviços públicos. A situação jurídica do usuário 257

4.1. Natureza da situação jurídica de usuário 258

4.2. A situação jurídica dos usuários de serviço público 263

4.2.1. Direitos a prestações dos usuários do serviço público 263

(a) Direitos dos usuários ligados à universalidade do serviço púbico 263

(b) Direitos dos usuários ligados à adequação do serviço público 268

4.2.2. Poderes dos usuários de serviço público 271

CAPÍTULO VI – DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS POR EMPRESAS ESTATAIS E FUNDAÇÕES ESTATAIS DE DIREITO PRIVADO 273

1. Considerações iniciais 273

2. Aspectos gerais das empresas estatais 274

2.1. Conceito de empresa pública e sociedade de economia mista 274

2.2. Tipos de empresas estatais: prestadoras de serviço público e exploradoras de atividade econômica 278

3. Aspectos gerais das fundações estatais de direito privado 285

3.1. Conceito e áreas de atuação 285

3.2. As fundações estatais privadas e o Código Civil 288

4. Descentralização técnica a empresas estatais e fundações estatais privadas 290

4.1. Critérios para a criação de empresas estatais e fundações estatais privadas ... 290

4.2. Natureza da relação entre a Administração Pública e as pessoas privadas na descentralização técnica. Inexistência de concessão de serviço público 291

4.3. Formas de realização da descentralização técnica de serviços públicos a pessoas privadas 294

4.3.1. Descentralização técnica ordinária 294

4.3.2. Descentralização técnica associativa: a gestão associada de serviços públicos (consórcios públicos e convênios de cooperação) 296

(a) Os consórcios públicos 297

(b) Os convênios 299

5. A situação jurídica das empresas estatais e fundações estatais de direito privado na descentralização técnica de serviços públicos 301

5.1. Situações ativas 302

5.1.1. Direitos a prestações 302

5.1.2. Poderes 303

5.2. Situações passivas 307

5.2.1. Deveres 307

5.2.2. Sujeições 310

CAPÍTULO VII – DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS POR CONCESSIONÁRIOS E PERMISSIONÁRIOS 311

1. Considerações iniciais 311

2. O conceito de concessão de serviço público 311

2.1. Breve evolução da aplicação da concessão de serviço público 313

2.2. O conceito de concessão de serviço público no direito brasileiro 318

2.2.1. As referências constitucionais ao termo “concessão” 318

2.2.2. Elementos do conceito constitucional de concessão de serviço público 320

(a) A concessão como modo de gestão indireta de serviços públicos 320

(b) O objeto da concessão: a prestação de serviços públicos 321

(c) A atuação do concessionário "em nome próprio" 322

(d) A concessão enquanto contrato administrativo 323

2.2.3. O conceito constitucional de concessão de serviço público 325

2.2.4. A questão da exploração do serviço "por conta e risco" do concessionário e sua remuneração 325

(a) A expressão "por conta e risco" 325

(b) A questão da remuneração do concessionário 328

2.2.5. O espaço de discricionariedade legislativa na criação de modalidades de concessão 330

2.3. As modalidades de concessão de serviço público no direito brasileiro: concessão comum, patrocinada e administrativa 332

3. O conceito de permissão de serviço público 338

3.1. As referências constitucionais à permissão de serviço público 338

3.2. Elementos do conceito constitucional de permissão de serviço público 339

3.2.1. A discussão doutrinária sobre a natureza jurídica da permissão de serviço público 339

3.2.2. A natureza jurídica da permissão de serviço público 342

3.3. O conceito de permissão de serviço público 344

4. As situações jurídicas dos concessionários e permissionários de serviço público ... 344

4.1. Situações ativas 345

4.1.1. Direitos a prestações 345

4.1.2. Poderes 347

4.2. Situações passivas 348

4.2.1. Deveres 348

4.2.2. Sujeições 351

CAPÍTULO VIII – DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS POR AUTORIZATÁRIOS 353

1. Considerações iniciais 353
2. O conceito de autorização de serviço público 355
2.1. A autorização na doutrina 355
2.2. A definição ampla de autorização 359
2.3. O conceito constitucional de autorização de serviço público 361
3. As situações jurídicas dos autorizatários de serviço público 365
3.1. Situações ativas 366
3.1.1. Direitos a prestações 366
3.1.2. Poderes 367
3.2. Situações passivas 368
3.2.1. Deveres 368
3.2.2. Sujeições 369
CAPÍTULO IX – CONCLUSÕES 370
1. O objeto da pesquisa 370
2. Capítulo I – Das atividades estatais e o regime de direito público 371
3. Capítulo II – Das atividades administrativas e do regime de direito administrativo 373
4. Capítulo III – Da descentralização administrativa 375
5. Capítulo IV – Do conceito de serviço público 380
6. Capítulo V – Da criação, organização e prestação de serviços públicos 382
7. Capítulo VI – Da prestação de serviços públicos por empresas estatais e fundações estatais de direito privado 389
8. Capítulo VII – Da prestação de serviços públicos por concessionários e permissionários 394
9. Capítulo VIII – Da prestação de serviços públicos por autorizatários 399
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 403

ABREVIAÇÕES E DEFINIÇÕES

ACO – Ação Cível Originária

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADI-MC – Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AI – Agravo de Instrumento

Ag – Agravo

AgRg – Agravo Regimental

ampl. – Ampliada

ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações

ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários

ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres

Art. – Artigo

Atual. – Atualizada

Cap. – Capítulo

CBA – Lei Federal 7.565/1985 (Código Brasileiro de Aeronáutica)

CDC – Lei Federal 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor)

CF – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Cfr. – Conferir

coord. – Coordenador

CPC – Código de Processo Civil

DJ – Diário da Justiça

DJe – Diário da Justiça Eletrônico

EC – Emenda à Constituição

ed. – Edição

ED-ED – Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração

e.g. – Exempli gratia

EREsp – Embargos de Divergência em Recurso Especial

ETC – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos

ex. – Exemplo

Inc. – Inciso

INFRAERO – Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária

LCP – Lei Federal 11.107/2005 (Lei dos Consórcios Públicos)

LCSP – Lei Federal 8.987/1995 (Lei das Concessões de Serviço Público)

LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias

LGL – Lei Federal 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações)

LGT – Lei Federal 9.472/1998 (Lei Geral das Telecomunicações)

LPAF – Lei Federal 9.784/1998 (Lei de Processo Administrativo Federal)

LPPPs – Lei Federal 11.079/2004 (Lei das Parcerias Público-Privadas)

LRF – Lei Complementar Federal 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal)

Min. – Ministro(a)

MP – Medida Provisória

MS – Mandado de Segurança

Op. cit. – *Opus citatum* ou *Opere citato* (Obra citada)

org. – Organizador

OS – Organização Social

OSCIP – Organização da Sociedade Civil de Interesse Público

PPPs – Parcerias Público-Privadas

RAP – Revista de Administración Pública

RDA – Revista de Direito Administrativo

RDP – Revista de Direito Público

RE – Recurso Extraordinário

REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

REDE – Revista Eletrônica de Direito do Estado

ref. – Refundida

Reimp. – Reimpressão

Rel. – Relator(a)

RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado

REsp – Recurso Especial

RTDP – Revista Trimestral de Direito Público

SABESP – Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo

ss. – Seguintes

STA – Suspensão de Tutela Antecipada

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

t. – Tomo

TCU – Tribunal de Contas da União

tir. – Tiragem

Trad. – Tradução

TRF – Tribunal Regional Federal

v. – Volume

v.g. – *Verbi gratia*

INTRODUÇÃO

1. Considerações iniciais

Sempre se mostra difícil escrever sobre o tema ***serviço público***, principalmente quando o objetivo reside na elaboração de uma tese de doutorado. Isso ocorre por duas razões principais.

Em primeiro lugar, porque a doutrina *se dedica bastante* ao assunto. Por vezes, a sensação é que nada mais há com o que contribuir para o desenvolvimento da noção[1] e de seu regime jurídico, a não ser tratar das questões já postas pelos juristas e tomar partido por uma das correntes doutrinárias acerca de dado problema.

A segunda razão diz respeito *à dificuldade inerente ao próprio tema e pelas polêmicas que ele traz*. Aliás, tais discussões são naturais, tendo em vista que a noção de serviço público se relaciona – como bem apontou Ruy de Souza – não apenas às teses jurídicas sobre as características das atividades estatais, mas também com a sociologia, a economia, as finanças e, principalmente, com a política. Escreve o autor que todas as teorias aceitas sobre dinâmica estatal (individualistas, coletivistas, liberais, neoliberais e intervencionistas) apresentam ideias profundamente diferentes acerca da forma como pode e deve agir o Estado para cumprir suas finalidades. Assim, a noção de serviço público "estará enredada na fórmula política escolhida".[2]

Essa observação leva a outro problema: *por vezes, as teses relativas a aspectos do serviço público podem ter como fundamento argumentos que não estão propriamente situados na dogmática do direito, mas têm base em outras ciências, como a econômica e a política*.

Mas, além dessa dificuldade existente no estudo do serviço público, há mais

---

[1] Neste trabalho, os vocábulos "definição" e "conceito" serão usados de maneira distinta. Por *definição*, entende-se, aqui, a indicação do *significado* de uma palavra ou expressão. "Significado" é a relação entre um símbolo e o fenômeno cuja representação vem à mente. "Significado" é, pois, o que se entende aqui por *conceito*. Assim, o sujeito do conhecimento, ao definir, estipula qual o conceito do termo *definiendum*. Ressalte-se ainda que, aqui, "conceito" e "noção" terão o mesmo significado, isto é, serão utilizadas de igual modo, como sinônimas. Sobre o tema, cfr. GUIBOURG, Ricardo; GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V. *Introdución al conocimiento científico*, pp. 19-54. Portanto, não se adota a distinção entre "conceito" e "noção" proposta por Eros Roberto Grau (*O direito posto e o direito pressuposto*, pp. 203-204).

[2] SOUZA, Ruy de. Serviços do Estado e seu regime jurídico. *RDA*, nº 28, p. 10.

uma: *alguns conceitos jurídicos fundamentais*[3] *– sejam eles relacionados à teoria geral do direito, à teoria do direito público ou, até mesmo, à teoria do direito administrativo – não são explicitados*. A afirmativa de que o serviço público pode ser prestado no regime de direito privado é um exemplo, porquanto o autor da assertiva não costuma indicar o significado que atribui às expressões "direito público" e "direito privado".

O que se pretende apontar é que alguns conceitos fundamentais não são explicitados pela doutrina, *como se eles fossem triviais e de conhecimento notório*. Ou então, é como se tais discussões estivessem situadas num terreno muito distante daquele em que se encontra o serviço público, não havendo qualquer necessidade de manejar esses conceitos, pois eles em nada influem em suas conclusões. Como é evidente, *essa ideia* ***não se mostra adequada no âmbito da pesquisa jurídico-científica*** *acerca do tema*.

Essas dificuldades ficam ainda mais evidentes quando se procura identificar o regime de direito público incidente na prestação de serviços públicos por pessoas de direito privado, sejam elas empresas estatais, fundações estatais de direito privado, concessionários, permissionários ou autorizatários.

Ao se fazer uma pesquisa sobre tal regime, quando aplicável às *empresas estatais* e *fundações estatais de direito privado*, verifica-se que o assunto é tratado basicamente em capítulos específicos dos cursos e manuais de direito administrativo. Note-se que o objetivo destes trabalhos é tratar, de maneira geral, dos diversos aspectos do direito administrativo, e não o de aprofundar todos os seus pontos. Os autores de cursos e manuais, quando abordam o tema, o fazem dentro dos propósitos desse tipo de obra, isto é, costumam tão só destacar o regime geral das empresas estatais e fundações estatais de direito privado e suas diferenças para as pessoas de direito público.

---

[3] "Conceito fundamental é aquele sem o qual não é possível ordenamento jurídico. O mero conceito geral (*Allgemeiner Bergriff*) se encontra nos subdomínios do direito, mas dele se pode prescindir. O conceito fundamental (*Grundbegriff*), este é *condição da possibilidade do direito positivo e da Ciência do Direito positivo*, para dizermos em léxico bem kantiano. Assim, temos os conceitos de norma, de fato jurídico, de sujeito-de-direito, de relação jurídica, de objeto, de fonte técnica ou formal (modo de produção de normas), de hipótese fática, de efeito jurídico, de causalidade jurídica, de norma primária e de norma secundária, de direito subjetivo e de dever subjetivo (dever jurídico): todos esses conceitos pertencem ao nível da *Teoria Geral do Direito*" (VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*, p. 238-239). Arthur Kaufmann (*Filosofia do direito*, pp. 143-146) também faz alusão a tais conceitos fundamentais (ou "conceitos jurídicos próprios" ou "categorias jurídicas"), opondo-os aos conceitos jurídicos impróprios (ou "conceitos jurídicos empíricos"), os quais são conceitos que, embora também sejam usados na linguagem ordinária, adquirem um sentido próprio no direito; são cobertos por um "tecido normativo" (ex.: conceito de "coisa", de "boa-fé", dentre outros).

Infelizmente, não têm sido produzidos trabalhos monográficos sobre o assunto. Por vezes, tais pessoas administrativas de direito privado são objeto de considerações quando se aborda a *gestão associada de serviços públicos*. Mas, mesmo aqui, o foco reside no regime dos convênios de delegação ou na análise da Lei dos Consórcios Públicos (Lei 11.107/2005). Em todos os casos, não se procura identificar as situações ativas e passivas de direito público das empresas estatais e fundações estatais de direito privado prestadoras de serviço público.

Por outro lado, não se pode afirmar que a doutrina não se dedica à pesquisa da *concessão*, *permissão* e *autorização de serviço público*. De todo modo, apesar de haver trabalhos valiosos nesta matéria, tem-se tratado principalmente do regime jurídico dos *contratos* de concessão, previstos na Lei 8.987/1995 e na Lei 11.074/2004. São estudados, principalmente, os poderes da Administração (alteração unilateral, extinção unilateral etc.) e os direitos dos contratados, em especial o direito à intangibilidade da equação econômico-financeira. Em relação à permissão, controverte-se muito sobre a sua natureza jurídica (ato unilateral ou contrato). Já no que tange à autorização de serviço público, o tema tem sido desenvolvido principalmente em função de alterações nas leis que regem certos serviços públicos, principalmente nas telecomunicações (a qual previu a autorização de serviços de telecomunicações no regime de direito privado[4]). A partir disso, há quem defenda a possibilidade de convivência de serviços voltados aos administrados em geral (e previstos no art. 21 da Constituição de 1988 como de titularidade da União) no regime tanto de direito público como no de direito privado.[5] Outros entendem haver um "serviço público à brasileira", em que incidiria na prestação de serviços públicos por autorização o regime de "direito privado administrativo".[6] Mas há quem vá mais longe, asseverando que o legislador possui discricionariedade para regular tais atividades ou como serviço público, ou como atividade econômica, sempre em atenção ao princípio da proporcionalidade (na sua

---

[4] Nos termos do art. 131 da Lei Geral das Telecomunicações: "Art. 131. A exploração de serviço no regime privado dependerá de prévia autorização da Agência, que acarretará direito de uso das radiofreqüências necessárias."

[5] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulamentação dos serviços públicos. *REDAE*, nº 1, pp. 7 e 11.

[6] Cfr. COUTO E SILVA, Almiro. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público "à brasileira"? *Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]*, v. 27, nº 57, p. 211; MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995 (parte geral)*, pp. 66-67.

expressão de subsidiariedade) ou ainda conforme tenham ou não ligação com os direitos fundamentais.[7]

O que se pretende destacar é que pouco se examina o conjunto de situações jurídicas ativas e passivas criadas por normas de direito público a serem exercidas na prestação de serviço público por concessionários, permissionários e autorizatários.

Diante disso, percebe-se ser possível elaborar uma pesquisa científica nesse arenoso terreno do serviço público, a fim de se identificar qual é o regime jurídico de direito público quando a sua prestação for realizada por pessoas de direito privado (sejam elas integrantes da Administração indireta ou não). A pergunta central é a seguinte: ***quais são as situações jurídicas ativas e passivas dos prestadores privados de serviço público criadas por normas de direito público***?

Essa pergunta vem acompanhada de outra: ***qual é a diferença entre essas situações jurídicas de direito público quando o prestador for um ente da Administração indireta ou um sujeito privado não integrante da estrutura administrativa (concessionários, permissionários e autorizatários)***?

São essas as principais perguntas que este estudo visa a responder. Mas, para tanto, é preciso se aproximar desse objeto a partir de uma abordagem metodológica capaz de eliminar ou reduzir as dificuldades que qualquer pesquisa sobre serviço público apresenta. Então, mister se faz adotar um modelo jurídico-teórico[8] capaz de fornecer as ferramentas necessárias para atingir essa finalidade.

2. A abordagem metodológica: dogmática analítica, empírica e normativa

Para identificar o regime de direito público-administrativo incidente sobre a

---

[7] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, p. 226; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*, pp. 256-257.

[8] A expressão tem como fonte as lições de Miguel Reale. Segundo o jurista, um modelo é uma espécie de estrutura, a qual consiste num conjunto de elementos que se relacionam entre si e se implicam a fim de representar um campo unitário de significações. "Como se vê, a noção de estrutura implica a de pluralidade de elementos componentes que só adquirem plenitude de significação na medida em que eles se complementam e se completam unitariamente, donde a sua concepção como 'unidade orgânica'". De acordo com Reale, uma estrutura só adquire a qualidade de *modelo* quando representar um complexo de significações e se converter "em razão de ser ou ponto necessário de partida para novos juízos futuros, abrindo campo a novos cálculos (como se dá com os modelos matemáticos) ou, então, a novas valorações, como acontece no plano das ciências humanas, no do Direito em particular" (REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*, pp. 5-7).

prestação de serviços públicos por pessoas de direito privado, mostra-se útil partir apenas do ***direito positivo brasileiro***, ou seja, do conjunto de normas jurídicas editadas em conformidade com a Constituição de 1988 ou por ela recepcionadas. Não se pretende teorizar sobre o direito comunitário europeu, o direito francês, o direito argentino ou outros. Por isso, este é um trabalho ***dogmático***.[9]

Nesse sentido, a *abordagem metodológica* seguirá a proposta de Robert Alexy acerca da dogmática jurídica, qual seja, a que a distingue em ***três dimensões***: *analítica, empírica e normativa*.[10]

A análise das noções jurídicas fundamentais (ex.: norma jurídica, direito subjetivo, poder, dever etc.) e de suas relações pertence à *dimensão* ***analítica*** *da dogmática*.[11] Essa dimensão permeia praticamente todo este estudo, mas, em especial, os Capítulos I, II, III e IV.

A *dimensão* ***empírica*** se volta para o conhecimento do direito positivo brasileiro. Esta abordagem não se exaure na descrição da Constituição, das leis e demais atos normativos. Envolve também a análise da práxis jurisprudencial. E, em relação a esse aspecto, adota-se a mesma postura de Virgílio Afonso da Silva, qual seja, a de procurar não utilizar as decisões como mero argumento de autoridade (o que não exclui

---

[9] Tercio Sampaio Ferraz Junior (*Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominiação*, pp. 40-41) aponta que toda investigação científica está às voltas com perguntas e respostas, com problemas que pedem soluções. Quando, na investigação de um problema, é acentuado o lado "pergunta", os conceitos básicos, as premissas, os princípios ficam abertos à dúvida. Quando se destaca o aspecto "resposta", determinados elementos da teoria são subtraídos à dúvida, não são postos em questionamento. No primeiro caso, Ferraz Junior – com base nas lições de Viehweg – assevera haver um enfoque *zetético*; no segundo, *dogmático*. Segundo Tercio Sampaio Ferraz Junior, apesar de não haver uma linha divisória radical entre os dois enfoques, sua diferença é importante. "O enfoque dogmático releva o ato de opinar e ressalva algumas opiniões. O zetético, ao contrário, desintegra, dissolve as opiniões, pondo-as em dúvida. Questões zetéticas têm uma função especulativa explícita e são infinitas. Questões dogmáticas têm uma função diretiva explícita e são finitas. Nas primeiras, o problema tematizado é configurado como um *ser* (que é algo?). Nas segundas, a situação nelas captada configura-se como um *dever-ser* (como deve-ser algo?). Por isso, o enfoque zetético visa saber o que é uma coisa. Já o enfoque dogmático preocupa-se em possibilitar uma decisão e orientar a ação". E, mais à frente, ensina que a dogmática tem como base o *princípio da inegabilidade dos pontos de partida*. "Um exemplo de premissa desse gênero, no direito contemporâneo, é o princípio da legalidade, inscrito na Constituição, e que obriga o jurista a pensar os problemas comportamentais com base na lei, conforme à lei, para além da lei, mas nunca *contra* a lei" (*Op. cit.*, p. 48).

[10] Virgílio Afonso da Silva (*A constitucionalização do direito: direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 25) diferencia o *método* da *abordagem metodológica* no âmbito do direito. O método de trabalho consiste na análise da doutrina e da jurisprudência, já que outros métodos (estatísticos, pesquisa de campo etc.) não se aplicam ao direito. Já a abordagem metodológica consiste na avaliação do direito sob um ponto de vista dogmático, sendo que o autor brasileiro também acolhe a formulação de Alexy (também desenvolvida por Ralf Dreier) acerca das três dimensões da dogmática.

[11] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, pp. 33-34.

a sua utilização com uma função exemplificativa), mas sim o de analisar criticamente os julgados e usá-los de forma mais sistemática.[12] No Capítulo IV, essa análise jurisprudencial se mostrará mais intensa, mas ela também está presente em todo o trabalho.

Por fim, a *dimensão* ***normativa***, segundo Alexy, "avança para além do simples estabelecimento daquilo que, na dimensão empírica, pode ser elevado à condição de direito positivo válido, e diz respeito à elucidação e à crítica da práxis jurídica, sobretudo da práxis jurisprudencial".[13] Em suma, é na dimensão normativa que a dogmática oferece as soluções para os problemas enfrentados.[14] Note-se que, em cada Capítulo, há problemas e a eles há sempre um direcionamento. Mas é evidente que, por se tratar de uma tese de doutorado, as respostas às perguntas realizadas acima (item 1 desta Introdução) estão distribuídas nos Capítulos V a VIII.

3. O plano da obra

Diante da abordagem metodológica acima, o presente trabalho foi estruturado em três partes.

O objetivo da primeira parte do trabalho consiste em sedimentar os conceitos fundamentais do direito público e do direito administrativo a serem usados ao longo da pesquisa e que ***terão forte influência nas conclusões***. Por tal razão, tal Parte é denominada de "Conceitos Fundamentais do Direito Público e do Direito Administrativo". Evidentemente, nem todos os conceitos jurídicos fundamentais destes ramos do saber jurídico-dogmático foram indicados, mas apenas aqueles reputados necessários para sustentar a tese a ser elaborada.

A Parte I é formada por três Capítulos.

O Capítulo I cuidará de duas dicotomias fundamentais para o conhecimento de qualquer disciplina do direito público: trata-se da distinção entre atividades públicas e atividades privadas, de um lado, e de direito público e de direito privado, de outro. *Explicitar o conteúdo dessas expressões é de grande importância e a orientação*

---

[12] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrição e eficácia*, p. 31.
[13] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 35.
[14] SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 26.

adotada aqui influencia a análise de qualquer ramo do direito público. Vale destacar que esse é um Capítulo de extrema relevância, já que assenta as bases do raciocínio a ser desenvolvido ao longo do trabalho.

O Capítulo II, por seu turno, visa a indicar as atividades administrativas e o regime de direito administrativo. Como o tema da tese se liga ao serviço público, é preciso categorizar essa tarefa no quadro geral das atividades administrativas. Estas, por sua vez, estão todas submetidas a um regime jurídico que é uma especificação do regime de direito público, sendo necessário, por conseguinte, explicitar esse regime. Em tal Capítulo, será feita uma importante proposta de sistematização das atividades administrativas importante para algumas conclusões.

A Parte I se encerra com a teoria da descentralização administrativa. Não é possível estudar a prestação de serviços públicos por pessoas privadas sem voltar os olhos para tal teoria. Isso obriga o estudioso a analisar de forma detida o conceito de *competência administrativa*, indicando qual é o seu conteúdo, isto é, o plexo de situações jurídicas ativas e passivas que se referem a uma atividade administrativa. A noção de pessoa de direito público e de direito privado se mostra igualmente relevante. Enfim, neste Capítulo, são estipuladas[15] diversas noções que se mostram fundamentais para as conclusões. Tal Capítulo, embora longo, talvez se mostre como um dos mais relevantes deste estudo, já que procura aprofundar ao máximo os aspectos relacionados à teoria da descentralização. Assim, é apresentado um conceito de competência administrativa não usual na doutrina; as modalidades de posições jurídicas ativas e passivas serão ali explicitadas (em especial, a proposição de uma tipologia dos poderes administrativos); a finalidade da teoria das competências será indicada; a diferença do regime de descentralização em relação às atividades administrativas será abordada. Trata-se de um Capítulo chave para a tese.

A segunda parte deste estudo se dirige ao estudo do serviço público.

---

[15] Numa concepção convencionalista da língua (aqui adotada), não existem definições reais, que expressem a "essência" do objeto definido. Qualquer definição é, sempre, *convencional*; decorre do arbítrio do ser humano. Em se tratando de definições (convencionais) estipulativas, elas serão úteis ou inúteis, conforme seja a finalidade de quem define. Por tudo isso, o cientista possui uma liberdade de estipulação. É preciso apenas que se deixe bem claro em que sentido se está usando certa palavra. Sobre o tema, cfr.: FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, pp. 34-39; GUIBOURG, Ricardo A.; GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V. *Introducción al conocimiento científico*, pp. 34-35. GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, p. I-16.

Diante da multiplicidade de conceitos e discussões em torno do seu conceito, é preciso indicar quais são os critérios existentes para definir tal expressão, de que modo a doutrina (em especial a brasileira) tem se posicionado na matéria e quais são os sentidos utilizados na Constituição de 1988. Ademais, será feita uma investigação dos critérios que o Supremo Tribunal Federal tem utilizado para decidir os casos que lhe são apresentados acerca do assunto. Um conceito de serviço público também será, aqui, estipulado, bem como indicado o seu regime jurídico. Este será o foco do Capítulo IV, o primeiro integrante da Parte II.

Em seguida, no Capítulo V, será abordado o tema da criação, organização e prestação dos serviços públicos. Essas são as dimensões do serviço público, havendo regimes diferentes para cada etapa (há poderes situados no plano da organização do serviço público que não podem ser descentralizados para concessionários, permissionários e autorizatários). No âmbito da criação do serviço público, o principal propósito será o de identificar o âmbito de discricionariedade legislativa em matéria de serviço público. Em relação à organização, serão apresentados os poderes administrativos ali presentes. Por fim, o principal aspecto do regime de direito público na prestação de serviço público será desenvolvido: a *situação jurídica do usuário*.

Uma vez encerrada a Parte II, a pesquisa se voltará para o objeto da tese, qual seja, o regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas de direito privado. Para isso, ***será proposto um modelo teórico de análise desse regime***. Esse modelo tem como base as competências administrativas a serem descentralizadas para tais entes, isto é, ***as posições jurídicas ativas e passivas das pessoas privadas prestadoras de serviços públicos***, sejam ou não integrantes da Administração Pública indireta. Por isso, a Parte III é denominada de "A Situação Jurídica de Direito Público dos Prestadores Privados de Serviços Públicos".

O Capítulo VI terá como foco a prestação de serviço público por empresas estatais e fundações estatais de direito privado. O objetivo não será o de discutir todos os pontos da organização dessas pessoas. Pretende-se apenas analisar suas posições jurídicas ativas e passivas.

Em seguida, as situações jurídicas ativas e passivas dos concessionários e permissionários de serviço público serão examinadas (Capítulo VII). Evidentemente, será necessário conceituar essas formas de delegação de serviço público e verificar de

que modo a introdução, pela Lei 11.079/2004, das concessões patrocinada e administrativa afetaram o seu conceito jurídico-positivo.

O Capítulo VIII se destina a investigar o instituto da autorização. Em face de leis específicas que criam formas de prestação de serviços públicos mediante autorização, é preciso verificar quais são suas características constitucionais. Deve-se, aqui, perquirir até que ponto o legislador pode delegar serviços públicos por autorização, notadamente em virtude do que dispõe o art. 175 da Constituição Federal de 1988. De igual modo, as posições jurídicas ativas e passivas dos autorizatários de serviço público serão avaliadas.

Ao final, serão apresentadas as conclusões indicadas ao longo do texto (Capítulo IX).

PARTE I

Conceitos Fundamentais do Direito Público e do Direito Administrativo

CAPÍTULO I – DAS ATIVIDADES ESTATAIS E DO REGIME DE DIREITO PÚBLICO

1. Das atividades públicas e privadas

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – ao disciplinar a vida social, isto é, o conjunto das atividades desenvolvidas numa sociedade[16] – fez uma separação fundamental: *de um lado, atribuiu uma série de atividades (ou tarefas) ao Estado; de outro, deixou as demais para as pessoas privadas*. O primeiro grupo de tarefas consistem nas ***atividades públicas*** (ou ***estatais***); o segundo, nas ***atividades privadas***.

As atividades públicas (ou estatais) são de natureza heterogênea. Residem na edição de atos introdutores de normas jurídicas fundadas diretamente na Constituição, as quais podem instituir deveres para os indivíduos que compõem a sociedade – portanto, que inovam em caráter originário a ordem jurídica. São as leis. Além disso, o Estado edita regulamentos e outros atos destinados a pôr em execução as normas veiculadas pelas leis. De igual modo, o Texto Constitucional conferiu ao Estado o dever de resolver, em caráter definitivo, os conflitos existentes entre os indivíduos entre si e entre esses e as pessoas públicas. Também lhe cabe, sempre conforme a Constituição, relacionar-se com Estados estrangeiros, promover a segurança pública, emitir moeda, limitar a autonomia privada dos indivíduos, restringir seus direitos em hipóteses específicas, promover atividades privadas mediante incentivos e prêmios, conferir certeza e segurança jurídica a atos privados, prestar utilidades materiais às pessoas, dentre outros.

As tarefas acima mencionadas estão inseridas na categoria das ***atividades fins*** do Estado. Há ainda as chamadas ***atividades instrumentais***. Segundo Carlos Ari Sundfeld, as primeiras "justificam a existência do Estado; as outras apenas servem ao seu aparelhamento, para a realização das atividades-fim".[17] Dentre as atividades instrumentais, pode-se citar, como exemplo, a gestão de bens e agentes públicos, a

[16] SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*, p. 77.
[17] *Idem*, p. 79.

obtenção de recursos mediante a tributação e a celebração de contratos de fornecimento de bens e prestação de serviços. Estas tarefas públicas somente serão legítimas se compatíveis com os fins que o Estado se vê *constitucionalmente* obrigado a perseguir (fins públicos).

As atividades estatais possuem um rol maior ou menor, conforme seja a Constituição de cada Estado. No caso brasileiro, por se tratar de um Estado Federal, essas tarefas foram atribuídas, ora de modo exclusivo, ora de modo concorrente, às *pessoas políticas*, isto é, União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

De todo modo, em todas as situações, o constituinte conferiu tais atividades ao Estado por reputar ser a alternativa mais conveniente aos interesses da sociedade. Ele considerou que os diversos fins sociais – como a promoção dos direitos fundamentais, o pluralismo político, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, o bem de todos, a justiça social, dentre outros interesses públicos previstos na Lei Maior – seriam concretizados de forma mais adequada se atribuídos ao Estado. Essa foi uma *decisão do constituinte originário*, positivada no Texto Constitucional de 1988.

Outro ponto a ser destacado é que, embora as tarefas acima sejam de ***titularidade*** *do Estado*, em algumas hipóteses é possível que a sua prestação seja feita por *pessoas de direito privado*, mediante um processo de ***descentralização administrativa***. Esse aspecto é central neste estudo e será aprofundado no Capítulo III.

De outro lado, a Constituição delimitou um campo próprio para a sociedade. Neste terreno se encontram as *atividades privadas*, as quais são identificadas de modo ***residual***: *aquilo que não foi conferido pela Constituição ou pelas leis ao Estado* ***pertence ao domínio privado***.

É o caso da *atividade econômica*, orientada, dentre outros, pelo princípio da propriedade privada e da livre iniciativa (art. 170 da CF). Os particulares, se assim desejarem, poderão exercer qualquer atividade econômica, independentemente de manifestação estatal (a qual somente será devida se houver lei nesse sentido, conforme prevê o art. 170, parágrafo único). Mas, mesmo em caso de necessidade de autorização do Estado para o exercício da atividade – tal como ocorre, por exemplo, na implementação de uma empresa bancária –, não se trata de uma *delegação*. Não há, nesse caso, uma ***competência pública***, isto é, um conjunto de situações ativas e passivas

a serem obrigatoriamente exercidas pelo Estado em relação a uma tarefa a ele atribuída pela Constituição.[18] Para utilizar o exemplo, o titular da atividade bancária não é o Estado, pois se trata de uma tarefa situada no campo da sociedade.

Note-se que, embora a titularidade da atividade econômica seja das pessoas privadas, a Constituição admite que o Estado, desde que fundado nos imperativos da segurança nacional ou em relevante interesse coletivo *assim definidos em lei*, atue no domínio econômico (art. 173, *caput*). Nesse caso, haverá uma ***intervenção*** *do Estado* na economia, tendo em vista que ele estará atuando em campo do qual não é titular.[19]

De igual modo, a Lei Maior de 1988 possibilita às pessoas privadas, *se lhes for* ***conveniente***, executar atividades de cunho social. Trata-se do chamado *domínio social*.[20] Algumas das atividades situadas no domínio social são de *titularidade* ***repartida***: cabem ao Estado (*e, nesse caso, serão atividades estatais*) e aos sujeitos privados, que poderão executá-las, se assim desejarem. É o caso de saúde e educação. Isso ocorre porque o constituinte procurou assegurar que essas atividades, dada a sua relevância, fossem ***necessariamente*** *prestadas* ***à*** *sociedade*, razão pela qual o Estado tem o dever jurídico de assim proceder. Se elas fossem de titularidade apenas dos sujeitos privados, não haveria qualquer obrigação de prestação dessas atividades e haveria o risco de elas não serem prestadas (ou serem prestadas tão só em certas localidades). Por isso, o constituinte originário reputou que o Estado tem o dever de realizá-las, mas as atribuiu também aos sujeitos privados, a fim de aumentar a oferta dessas atividades para a sociedade brasileira.

Ainda em relação às atividades privadas, a Constituição garantiu aos indivíduos o desfrute de certas situações, qualificadas como direitos, tais como a manifestação do pensamento (art. 5º, IV), a liberdade de consciência e de crença (art. 5º,

---

[18] Sobre o conceito de competência pública, cfr. item 3 do Cap. III.

[19] "*Intervenção* indica, em sentido forte (isto é, na sua conotação mais vigorosa), no caso, atuação estatal em área de titularidade do setor privado; *atuação estatal*, simplesmente, ação do Estado tanto na área de titularidade própria quanto em área de titularidade do setor privado" (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 94).

[20] "A ordem social na Constituição de 1988 é, pois, a disposição interna do sistema constitucional que trata de diferentes aspectos da sociedade brasileira.
Também denominada de 'domínio social' pela doutrina, a ordem social é um reflexo da sociedade brasileira, visto que abrange diferentes assuntos sob um mesmo título – quais sejam: seguridade social (arts. 194 e 195), saúde (arts. 196 a 200), previdência social (arts. 201 e 202), assistência social (art. 203), educação (arts. 205 a 214), cultura (arts. 215 e 216), desporto (art. 217), ciência e tecnologia (arts. 218 e 219), comunicação social (art. 220 a 223), meio ambiente (art. 225), família, criança, adolescente e idoso (arts. 226 a 230) e índios (arts. 231 e 232)" (ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da intervenção do Estado no domínio social*, p. 34).

VI), o resguardo à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem (art. 5º, X), dentre outros.[21]

Em suma, *todas as atividades que* ***não foram*** *atribuídas pelo ordenamento jurídico ao Estado pertencem ao domínio privado, são de* ***titularidade da sociedade****. Esta somente poderá atuar no domínio público quando houver um ato estatal de delegação. Já as tarefas conferidas pelo direito positivo ao Estado estão no campo estatal, são de* ***titularidade estatal****.*

1.1. Uma dicotomia em crise?

É comum encontrar na doutrina a afirmação de que a distinção acima ("atividades públicas" e "atividades privadas") corresponde a uma rígida separação entre Estado e sociedade, típica do período liberal.[22] Essa separação entre esfera estatal e privada não corresponderia, no contexto atual, à realidade. Haveria agora uma "arena pública".[23] Como consequência, a distinção entre atividades públicas e privadas careceria de nitidez e, portanto, de utilidade.

Pedro Gonçalves, ao tratar do tema, aponta ***três linhas de argumentação*** nesse sentido.

Em ***primeiro lugar***, a distinção entre tarefas públicas e privadas não teria sentido, porque não existem atividades que o Estado venha a desempenhar ou que tenha desempenhado que não pudessem ser levadas a cabo pelos particulares. Numa visão mais radical, os privados sempre poderiam se antecipar ao Estado, criando uma regulação autossuficiente. Aqui, a intervenção estatal seria algo meramente contingente,

---

[21] Cfr. SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*, pp. 77-78.

[22] "O paradigma clássico da separação Estado-sociedade supunha o monopólio estadual do poder público e da administração pública e a exclusão das forças sociais e das tarefas administrativas. O Estado era o espaço da autoridade, da unidade, do império, do interesse geral; a sociedade era o espaço da liberdade, da diversidade, da luta pelos interesses particulares. Entre estes dois mundos não poderia haver mistura.
Na representação liberal o Estado detinha o monopólio do público e a administração pública era a administração estadual. Estabelecer a fronteira entre o Estado e a sociedade era o mesmo que estabelecer a divisória entre a administração pública e os particulares. A administração pública relevava do Estado. Os particulares eram *administrados*, não podiam ser administração nem compartilhar com dela. A relação entre as esferas do Estado e da sociedade, do público e do privado, da Administração e dos particulares era claramente representada mediante uma 'metáfora espacial' (Birkinshaw, Harden & Lewis, 1990: 281), representando duas áreas separadas por uma fronteira" (MOREIRA, Vital. *Administração autónoma e associações públicas*, p. 24).

[23] CASSESE, Sabino. *La crisis del Estado*, pp. 158-160.

não necessário.[24]

É nesse contexto – vale acrescentar às lições do autor português – que se situa a defesa de um Estado Subsidiário ou de um Estado Regulador, em substituição à concepção do Estado Social.

Juan Carlos Cassagne considera superado o modelo do Estado Providência, o qual é substituído pelo Estado Subsidiário. Para ele, a sociedade não mais aceita a intervenção estatal direta no campo econômico-social em relação a atividades que ela pode assumir. A soberania, a defesa nacional, a justiça social ou a independência econômica já não legitimam a ingerência estatal em atividades industriais e comerciais, ou nos serviços públicos que podem ser prestados por particulares. Ainda conforme Cassagne, mesmo sendo profundas e radicais as mudanças, elas não implicam a eliminação de certas funções do Estado de Bem-Estar, nem o retorno à época dourada e romântica do Estado liberal. É, talvez, a síntese entre ambos, um modelo estatal em que a realidade predomina sobre a ideologia.[25]

Em igual linha é a concepção do Estado Regulador. Jacques Chevallier, ao tratar do tema, explica que a execução direta de atividades pelo Estado seria excepcionalmente justificada em razão de circunstâncias particulares. Apela-se à noção de *subsidiariedade*: a intervenção estatal somente seria legítima no caso de insuficiência ou de falhas no mecanismo de autorregulação social. Na lição do autor francês, o Estado Regulador implica uma utilização diferente da técnica jurídica. O direito da regulação é um direito concreto, marcado pelo pragmatismo e pela flexibilidade. A participação dos destinatários na produção da norma permite uma maior harmonização dos interesses; trata-se, assim, de um "direito negociado". A regulação se funda, pois, num direito flexível ("*droit mou*", "*soft law*"), formulado em termos de objetivos, de diretivas, baseado mais em recomendações do que na repressão, na coação.[26]

Já Gaspar Ariño Ortiz defende que o Estado Regulador "seria aquele que, admitindo o protagonismo econômico da sociedade civil, se limitasse a manejar os instrumentos e alavancas necessárias para otimizar as interações no próprio seio, umas vezes corrigindo os excessos de pressão e outras a carência de impulso segundo a

---

[24] GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, pp. 229-230.
[25] CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*, t. I, p. 61.
[26] CHEVALIER, Jacques. L'état régulateur. *Revue française d'administration publique*, n° 111, p. 480.

necessidade, mediante técnicas bem estudada e finamente aplicadas".[27]

De acordo com Marçal Justen Filho, a crise do modelo do Estado de Bem-Estar – a qual deriva de diversos fatores, como, *v.g.*, a multiplicação da população e a redução da eficiência na execução das atividades desempenhadas diretamente pelo Estado, a qual contribuiu para a "crise fiscal" (isto é, para a insolvência governamental) – levou ao Estado Regulador. Este modelo retrata uma redução nas diversas dimensões da intervenção estatal no âmbito econômico, que acarreta uma substituição do Estado prestador de serviços para uma posição em que ele apenas os regula. Dentre as consequências dessa mudança de paradigma, há uma diminuição no âmbito de abrangência dos regimes de direito público e de direito privado em virtude da transferência para a iniciativa privada de atividades (dotadas de forte racionalidade econômica) antes desenvolvidas pelo Estado.[28]

No Brasil, essa concepção do Estado Regulador possui adeptos, ainda que alguns asseverem que esse modelo está em construção.[29]

---

[27] ORTIZ, Gaspar Ariño. Sucessos e fracassos da regulação. *REDAE*, nº 3, p. 14. Em outro trabalho, Ariño Ortiz (La liberalización de los servicios públicos em Europa. *Servicios públicos, regulación y renegociación*, pp 13-15) escreve que há um novo modelo de regulação. Não se trata mais de um sistema fechado, monopólico, de planejamento vinculante, exploração centralizada e remuneração com base nos custos. Esse modelo traz, segundo Ortiz, problemas bastante conhecidos, quais sejam: sobreinvestimento, aumento inexorável dos custos, mistura de critérios políticos e econômicos na direção e gestão do serviço, bem como responsabilidade do Estado pelo serviço, que é a causa da ineficiência. Por isso, há uma mudança para um novo sistema, agora aberto à liberdade de empresa (fim da titularidade dos serviços públicos), com obrigações de "serviço universal", mas com liberdade de preços e modalidades de prestação. Aqui, também há liberdade de investimentos e amortização. Em suma, um modelo aberto, tal qual qualquer outra atividade comercial ou industrial. Ainda na sua concepção, com o fim da titularidade estatal sobre os serviços públicos, o art. 128 da Constituição espanhola se tornou um preceito obsoleto. A regulação vem, portanto, não a substituir o mercado, mas sim para fazê-lo possível, recriá-lo.
Vale aqui esclarecer o conteúdo do art. 128 da Constituição da Espanha: o item 1 prescreve que toda "*la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general*"; e o item 2, que se "*reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general*".

[28] Marçal Justen Filho (*O direito das agências reguladoras independentes*, p. 28) adota o que reputa ser um conceito amplo de "regulação". Na sua visão, "o modelo de Estado regulatório exige uma intervenção muito mais consistente, de natureza *interna*. O Estado retirou-se do cenário econômico: as necessidades coletivas devem ser satisfeitas pela atuação apenas dos próprios particulares. Daí a necessidade de constranger os limites, os fins e a natureza da atividade privada. A regulação estatal perde sua conotação apenas repressiva e adquire contornos claramente *promocionais*. Todas as atividades, inclusive aquelas até então desenvolvidas pelo Estado, são assumidas pelos particulares, mas assujeitadas a controle intenso e contínuo, com finalidade de conduzir os particulares a atingir resultados necessários ao bem comum".

[29] Cfr. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*, pp. 9-11; FRANÇA, Phillip Gil. *O controle da administração pública*, p. 140-142; GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios*, pp. 36-37; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulamentação dos serviços públicos. *REDAE*, pp. 2-6; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*, pp. 90-92; 208 e ss.

A ***segunda corrente*** destacada por Pedro Gonçalves, por ele denominada de "legalismo realista" (e que parte de uma premissa oposta a da primeira corrente), postula a incoerência da distinção entre tarefas públicas e privadas. Para esta concepção, o Estado sempre possui um papel fundamental nas relações jurídicas que se estabelecem entre os cidadãos. Mesmo as ações desenvolvidas pelos privados no âmbito de sua autonomia privada seriam o resultado de uma decisão pública de não as proibir.[30]

Conforme Pedro Gonçalves, a ***terceira concepção*** diz respeito à insuficiência e ao caráter redutor da dicotomia. Esta não asseguraria uma correta compreensão dos fenômenos da "administração mista" e da "partilha de responsabilidades entre os atores públicos e privados". A realização de fins públicos seria sempre uma atividade mista, partilhada com os sujeitos privados. Haveria, então, uma interdependência, uma mistura entre o público e o privado. "Avultam as 'zonas cinzentas', que não são públicas nem privadas, mas as duas coisas ao mesmo tempo, ou, porventura, algo diferente e novo".[31]

Para Vital Moreira, no Estado social contemporâneo, as organizações sociais tomam parte em tarefas públicas anteriormente reputadas como monopólio estatal. Defende que prevalece hoje uma visão tripartida, na qual entre Estado e Sociedade foi criado um espaço intermédio, uma área híbrida, ao mesmo tempo pública e privada: uma *área pública não estatal*.[32]

De acordo com Odete Medauar, as transformações no modo de atuar do Estado e na estrutura da sociedade levaram a uma redução dos limites entre Estado e sociedade, que, agora, são interdependentes. As fronteiras entre a esfera pública e privada perdem em nitidez, tendo em vista a "publicização do privado" (já que o Estado passa a atuar em setores antes privados) e a "privatização do público" (isto é, a maior participação de organizações e associações na gestão de atividades de interesse geral).[33]

Já Floriano de Azevedo Marques Neto afirma ter havido a pulverização da linha demarcatória entre o público e o privado, passando a ser crescente o intercâmbio entre os seus instrumentos, valores e pressupostos. Os processos de fragmentação social implodiram a possibilidade de preservação conceitual ou política da dicotomia público/privado. A emergência de associações e organizações não governamentais

---

[30] GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, p. 230.
[31] *Idem*, pp. 230-231.
[32] MOREIRA, Vital. *Administração autónoma e associações públicas*, p. 25.
[33] MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo em evolução*, pp. 113-115.

resultou na atribuição de um *status* público a tais entes. Houve uma privatização do público por meio da substituição do Estado enquanto definidor dos interesses gerais. Por sua vez, o processo de internacionalização e globalização contribuiu para a crise na dicotomia, porquanto foram introduzidos novos espaços decisórios (supranacionais), nos quais atores privados – principalmente grandes corporações – passaram a ter um papel importante. Ocorreu, assim, um processo de fracionamento do poder decisório estatal em sua manifestação normativa.[34]

Diante da atenuação dos limites entre os espaços público e privado, entre direito público e direito privado, bem como a sintomática erosão do poder estatal, Alexandre Santos de Aragão extrai, como consequência, a mitigação dos confins entre direito e economia. Na sua lição, não se trata de uma sobrepujança desta sobre aquele, mas sim de uma inevitável valorização do elemento econômico na interpretação jurídica, o qual não era reputado na hermenêutica jurídica. "O atual momento do Estado e da sociedade é marcado por essa atenuação das fronteiras entre o público e o privado na realização das necessidades humanas, acreditando-se que mecanismos privados possam, em alguns casos, ser tão ou mais eficazes que os sócio-estatais".[35]

Alexandre Santos de Aragão – depois de colacionar a lição de autores no sentido de que essa perda de nitidez entre o público e o privado acarreta o risco de uma progressiva perda por parte do Estado do caráter de árbitro dos conflitos sociais – assevera ainda que tais preocupações são procedentes, notadamente quando se tem em conta os valores humanistas e solidaristas consagrados pela Constituição Federal. Porém, entende que não há como impedir o fluxo desse processo histórico, que tem como uma das suas características a relativização entre público e privado, o que evidentemente afeta os serviços públicos.[36]

Paulo Modesto – ao tratar do tema numa perspectiva diferente dos autores acima citados – faz menção aos "serviços de relevância pública", como saúde e educação. Tais serviços estariam situados numa zona intermediária, não sendo serviços públicos (mesmo quando prestados pelo Estado), nem atividades econômicas. Pelas considerações do autor, o que se percebe é que tais serviços não estão situados no espaço público, nem no espaço privado. Aliás, Modesto defende a tese de que o

---

[34] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*, pp. 133-142.
[35] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, p. 9.
[36] *Idem*, p. 11-12.

conceito de "terceiro setor", em seu *sentido objetivo*, diz respeito à prestação de serviços de relevância pública.[37]

Vale lembrar que, de modo geral, a doutrina tem conceituado o "terceiro setor" de modo *subjetivo*, como sendo aquele ocupado por entes situados entre os setores estatal e empresarial. É, nessa visão, um espaço preenchido por pessoas jurídicas sem fins lucrativos, que não fazem parte da organização administrativa centralizada ou descentralizada, cujo objetivo reside em atuar em campos sociais, prestando serviços de relevante interesse social e público.[38] Esse setor também é denominado de "setor público não estatal", "setor não lucrativo", "setor voluntário", dentre outros.[39]

1.2. Persistência da dicotomia entre atividades públicas e privadas

Diante desses pontos, seria possível chegar à conclusão de que a dicotomia "atividades públicas" e "atividades privadas" não possuiria sentido, devendo ser abandonada. Entretanto, essa concepção se mostra equivocada por ***duas razões***.

Em ***primeiro lugar***, conforme ensina Pedro Gonçalves, apesar de certa interpenetração entre Estado e Sociedade, associada ao princípio democrático e às formas de participação dos sujeitos privados no Estado e na Administração Pública, "não há dúvidas de que os dois termos continuam a identificar esferas ou territórios qualitativamente diferentes e separados".[40]

O jurista português destaca que a própria existência da Constituição é o melhor indício do que se afirma. Isso porque o catálogo dos direitos fundamentais consagrado pela Constituição delineia uma opção essencial pelo reconhecimento de um ***espaço de livre autorregulação*** *social e de* ***autonomia dos indivíduos*** *perante o Estado*.[41] E, vale acrescentar, nesse campo vige o ***princípio da liberdade***: *os sujeitos privados poderão fazer tudo o que a ordem jurídica não lhes vedar.*

Em acréscimo à lição do autor, pode-se dizer que a Constituição de 1988

---

[37] MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas. *REDAE*, nº 2, p. 25.
[38] ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*, p. 15.
[39] VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro setor e as parcerias com a administração pública: uma análise crítica*, pp. 130-131.
[40] GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, p. 231.
[41] *Idem*, pp. 231-232.

atribui a ***titularidade*** de determinadas tarefas ao Estado. Vige, aqui, um ***princípio de competência***: *toda atividade pública deverá estar pautada numa previsão constitucional ou legal*.[42] Não se pode esquecer que, ao conferir ao Estado a titularidade de uma atividade, há um *efeito jurídico* importante: com isso, surge o seu ***dever jurídico de executá-la nos termos fixados pela ordem jurídica****, sob pena de responsabilidade, tanto do Estado como dos agentes que atuam em seu nome*. Afirmar a existência do princípio da competência em matéria de atividades estatais implica assumir a existência de um "efeito vinculativo", para usar uma expressão de Hartmut Maurer.[43]

Ademais, como bem anota Pedro Gonçalves, a dicotomia é importante porque dela resulta uma "exigência da salvaguarda e do respeito de uma *esfera de privaticidade* (dos direitos e das liberdades dos indivíduos)".[44] E essa exigência implica um *dever estatal de* ***intervenção legítima*** *no campo privado*, seja para transformar uma atividade privada em pública, seja para intervir na ordem econômica.[45] Ou seja, essa atuação no campo privado somente poderá ocorrer se compatível com os fins públicos, respeitados os princípios constitucionais, em especial o princípio da proporcionalidade.

Concorda-se com Pedro Gonçalves no sentido de que não existem "zonas mistas", "setores públicos não estatais". *Há, isto sim,* ***dois campos*** *bem definidos pela* ***ordem jurídica****: o de* ***titularidade pública*** *e o de* ***titularidade privada****. Ou seja, as* ***atividades públicas (ou estatais)*** *e as* ***atividades privadas***.

Enfim, a *primeira razão* para se afastar as críticas apresentadas ao fim da dicotomia entre tarefas públicas e privadas ***reside na necessidade de se preservar um espaço privado, livre de interferências ilegítimas do Estado***. E, de outro lado, a fixação de um campo próprio de tarefas estatais ***leva ao dever jurídico do Estado de buscar a sua realização***. E a relação conversa desse dever reside no direito dos indivíduos de

---

[42] GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, p. 233.

[43] No item denominado "O efeito vinculativo da competência", o autor alemão escreve que a "autoridade está obrigada juridicamente a cumprir as tarefas que lhe são destinadas, mas também, simultaneamente, a observar os limites de seu âmbito de competência. A competência forma, portanto, fundamento e limite de sua atuação" (MAURER, Hartumt. *Direito administrativo geral*, p. 602). De acordo com os ensinamentos de Ernst Forthoff (*Tratado de derecho administrativo*, p. 573), toda atribuição de competência representa, ao mesmo tempo, uma autorização e uma limitação. "*La autorización para el cumplimiento de la función asignada; y la limitación, precisamente a esta función*".

[44] GONÇALVES, Pedro. *Op. cit.*, p. 238. Ao tratar das características das competências administrativas, Francis-Paul Bénoit (*Le droit administratif français*, p. 471) escreve que estas devem ter sempre uma base constitucional, sendo esse princípio uma garantia essencial às liberdades públicas.

[45] GONÇALVES, Pedro. *Op. cit.*, p. 240.

exigir do Poder Público o seu cumprimento.

Mas há ainda ***outra razão***. A rigor, todas as críticas apresentadas ao fim da dicotomia ou perda de nitidez *se situam no terreno científico diverso daquele ocupado pela dogmática jurídica*. Há, nessas críticas, um ***forte conteúdo extrajurídico***.

Note-se que, sob o ponto de vista zetético,[46] é até possível defender posições sobre uma zona intermediária, mista, "publica não estatal" e outras. Essas poderão, no âmbito de teorias *não jurídico-dogmáticas*, até ser úteis nos seus respectivos campos científicos (o que depende dos processos de validação de tais teorias no âmbito de cada ciência específica). Mas o fato é que essas questões não se põem no âmbito de uma teoria dogmática do direito. O cientista do direito tem que procurar separar, ao máximo, os aspectos extrajurídicos dos jurídicos. Ou, ao menos, tem que ter a honestidade intelectual de indicar, de forma clara, que determinada assertiva não possui um cunho propriamente jurídico-dogmático. A chamada "teoria da regulação" é um bom exemplo da mistura indevida de elementos extrajurídicos e jurídicos.[47]

O jurista dogmático tem o dever de raciocinar em vista do sistema jurídico-positivo. Buscar conceitos que isolem efeitos jurídicos. No caso da distinção entre atividades públicas e privadas, ela possui um papel relevante para a dogmática jurídica, ***não sendo possível afastar a persistência da dicotomia***.

A Constituição de 1988 delimita o papel a ser ocupado pelo Estado e aquele destinado aos sujeitos privados. E essa distinção possui uma função dogmática extremamente importante: ***ele é o critério que distingue a incidência das normas de direito público das de direito privado***. As atividades estatais e as atividades privadas *possuem, portanto,* ***regimes jurídicos*** *diferentes*.

---

[46] Sobre a diferença entre zetética e dogmática, vide item 2, nota de rodapé 9, da Introdução deste trabalho.

[47] Paulo Motta (*Regulação e universalização dos serviços públicos: análise crítica da regulação da energia elétrica e das telecomunicações*, pp. 84-89), depois de demonstrar que o conceito de "regulação" é bastante antigo, já existente ao tempo do Brasil Colônia, mais precisamente nas Ordenações Filipinas, questiona: por que a regulação é apresentada como algo novo e revolucionário? Na visão do autor – com a qual se concorda – pensar na regulação como algo novo não é raciocinar juridicamente, mas sim ideologicamente. Há um claro propósito ideológico, na lição do autor paranaense, que pode ser sintetizado por meio das seguintes técnicas manipulativas:

"1. sustentar que o Estado Social está morto;

2. sustentar que o Direito nacional é incapaz de regular as novas necessidades do país, devendo, portanto, abrir espaço ao estrangeiro, notadamente o do *common law* de extração norte-americana;

3. fugir, rumo ao Direito Privado, do Direito Administrativo;

4. introduzir novos institutos jurídicos ausentes da tradição doutrinária e jurisprudencial brasileira e violadoras da Constituição da República" (*Op. cit.*, p. 89).

Por isso, há grande utilidade científica e prática em identificar certa atividade como *pública* ou *privada*. Em realidade, o que está em pauta é saber ***quando é aplicável o direito público e quando é aplicável o direito privado***.

Nessa linha, é preciso aprofundar o estudo, a fim de se indicar o significado que se atribui ao direito público e ao direito privado, já que a eleição de um critério de distinção não é uma tarefa simples, nem pacífica na doutrina.

2. Direito público e direito privado

Como foi mencionado, *o direito público incide sobre o campo estatal, enquanto o direito privado, sobre o domínio privado*. E, conforme leciona Luís Roberto Barros, a demarcação entre direito público e direito privado, "sem embargo das resistências ideológicas, dificuldades teóricas e críticas diversas, tem base científica e é de utilidade didática".[48] Convém aprofundar a questão.

2.1. Uma dicotomia polêmica

A distinção entre direito público e direito privado é tão antiga[49] quanto polêmica. Kelsen, por exemplo, afirmava que tal separação – enquanto princípio para uma sistematização do direito – era inútil.[50]

---

[48] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, p. 75.

[49] Costuma-se remeter a distinção entre direito público e privado à teoria do direito romano. "No Digesto, encontramos o célebre fragmento, em que Ulpiano ensina: 'No estudo do Direito, dois são os aspectos: o público e o privado. O Direito Público diz respeito às coisas do Estado, o Privado, à utilidade dos Particulares'. *Hujus studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum jus est, quod ad Tum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*." (MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*, pp. 467-468).

[50] O fundamento da assertiva de Kelsen (*Teoria geral do direito e do Estado*, pp. 294-297) reside na circunstância de que, para o jurista, a distinção entre direito privado e direito público varia de significado, conforme se trate do direito administrativo ou do direito penal. No primeiro caso, a diferença consiste, segundo ele, no fato de que o direito privado regula situações de igualdade entre os sujeitos, enquanto o direito público, situações de superior e inferior. No direito privado, a norma secundária – cuja violação é uma condição da sanção – é criada por meio de uma transação jurídica, correspondendo ao princípio da autonomia, sendo o contrato sua representação típica. Já no direito administrativo, a norma secundária é criada por um ato administrativo "análogo à transação jurídica", correspondendo ao princípio da heteronomia, pois o indivíduo a ele se submete independentemente de sua vontade. Por outro lado, o critério diferenciador do direito privado e do direito penal é o procedimento: no direito privado, compete à parte cujo interesse foi violado acionar o procedimento que leva à sanção; no direito penal, um órgão do Estado possui essa função. Isso ocorre porque a ordem jurídica não reconhece, no direito penal (ao

Tercio Sampaio Ferraz Júnior, por sua vez, escreve que a distinção entre esfera pública e privada, confusa e sem nitidez, torna a tarefa de dividir o direito público e o direito privado difícil de ser realizada. Surgem – continua o jurista brasileiro – campos jurídicos intermediários, nem públicos, nem privados (como o direito do trabalho), e os tradicionais conceitos dogmáticos sentem dificuldade de se impor. Apesar disso, "a dicotomia ainda persevera, pelo menos por sua operacionalidade pragmática", servindo ao jurista, não obstante "a falta óbvia de rigor, como instrumento sistematizador do universo normativo para efeito de decidibilidade".[51]

Diante dessa "falta de rigor" na distinção, não são poucos os que postulam uma terceira categoria, denominando-a ora de "direito misto", ora de "direito social", ora de "direitos difusos e coletivos".[52]

De todo modo, há quem defenda a ***persistência da dicotomia***, embora postule que o paradigma de uma separação taxativa entre direito público e direito privado, segundo uma lógica de oposição, está claramente ultrapassado. É o caso de Pedro Gonçalves, que fundamenta sua assertiva em "três eixos" de evolução.[53]

Em *primeiro lugar*, Gonçalves entende que o direito público (e, aqui, faz menção ao direito público administrativo) tem evoluído num sentido consensual, em que as características do "poder" e da "autoridade" se apresentam de modo mais atenuado. O direito administrativo, afirma, procura soluções "concertadas", em que o modo unilateral de atuação deixa de ser a regra, passando a conviver com outros modelos de interação cooperativa.[54] De outro lado, o direito privado, cada vez mais, tem

---

contrário do que ocorre no direito privado), o interesse do indivíduo privado como decisivo, mas sim o interesse da comunidade.

[51] FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 137.

[52] Essa é a linha de Arthur Kaufmann (*Filosofia do direito*, p. 156), para quem o direito social é uma forma mista entre o direito público e privado, pois nele estão em causa direitos subjetivos públicos (seja do Estado em face do indivíduo, seja desse em relação àquele) e direitos subjetivos privados. Já Cláudio de Cicco e Álvaro de Azevedo Gonzaga (*Teoria geral do Estado e ciência política*, pp. 31-32) fazem alusão à categoria "direitos difusos e coletivos". Acerca do tema, cfr. ainda: COELHO, Luiz Fernando Coelho. *Aulas de introdução ao direito*, pp. 99-100.

[53] GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, p. 271. Vide ainda: ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*, pp. 152 e ss.

[54] O autor português ressalta que a novidade do consensualismo na área do ato unilateral reside na negociação do conteúdo da decisão administrativa, e não no fato de o ato unilateral depender da vontade, do consentimento ou da adesão do sujeito privado. Mas destaca ainda que o consensualismo demanda, além de previsão legal ou da aceitação da possibilidade do fenômeno, a confirmação na realidade administrativa. "Com efeito, não está excluído que possamos estar diante de uma emanação legislativa

se apresentado como um direito regulador de relações de poder ("poderes privados") – como, *v.g.*, as relações associativas ("poderes associativos"), as relações de emprego ("poderes de comando" e "poderes disciplinares") e as relações econômicas ("poderes de regulação de mercados") –, que, em graus variados, limita e condiciona a autonomia privada.[55]

O *segundo ponto* apresentado por Pedro Gonçalves diz respeito à chamada "privatização do direito público" e à "publicização do direito privado". Ele expõe ser conhecido o fenômeno, no direito administrativo, de "fuga para o direito privado", ou seja, situações nas quais o Estado se utiliza de formas jurídico-privadas, seja quanto ao modo de atuação das entidades públicas, seja quanto à adoção de formas de organização de direito privado.[56]

Em relação à publicização do direito privado, Gonçalves anota que as relações entre particulares podem assumir contornos autoritários (no domínio dos "poderes privados"). Segundo ele, isso não significa uma expansão do direito administrativo, mas sim a necessidade de transportar para a área do direito privado alguns valores fundamentais do direito público, como objetividade, racionalidade decisória, exigência de fundamentação, dentre outros.[57]

Por fim, Pedro Gonçalves escreve que isso ilustra o fenômeno da interconexão, sobreposição ou mistura de normas de direito público e normas de direito privado nas relações jurídicas. Ele cita, como exemplos, a atividade administrativa de resolução de litígios entre particulares, normas administrativas que efetuam o reenvio para normas privadas (e vice-versa), o direito privado administrativo, dentre outros.[58]

---

casual ou acidental, sem coerência lógica e, sobretudo, sem aderência à realidade" (GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, pp. 273-274, em especial notas 525 e 529).

[55] *Idem*, pp. 271; 276.

[56] *Idem*, p. 277. Sobre a fuga para o direito privado, além da conhecida obra de Maria João Estorninho (*A fuga para o direito privado*), vide: MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián. Reflexiones sobre la 'huida' del derecho administrativo. *RAP*, nº 140.

[57] GONÇALVES, Pedro. *Op. cit.*, p. 278. Na doutrina brasileira, Romeu Felipe Bacellar Filho (*Direito administrativo e o novo Código Civil*, pp. 66; 73) leciona que o princípio da igualdade, embora ainda seja uma das vigas mestras do direito privado, não é visto mais como mera igualdade formal, mas sim como *igualdade material*, o que leva a criação de institutos destinados a corrigir distorções decorrentes de reais desigualdades. Dessa forma, de acordo com Bacellar Filho, o direito privado incorpora mecanismos para tornar horizontais relações que, de fato, são verticais.

[58] GONÇALVES, Pedro. *Op. cit.*, p. 279.

2.2. Critérios de distinção entre o direito público e o direito privado

Em verdade, a principal dificuldade na dicotomia consiste na identificação de um critério capaz de separar de modo útil esses dois aspectos do fenômeno jurídico. Franco Montoro aponta que não existe um critério perfeito, o que se prova pela multiplicidade de critérios insatisfatórios que, ao longo do tempo, vem sendo propostos.[59]

Dentre os critérios mais conhecidos, pode-se fazer menção às teorias que procuram diferenciar os dois ramos jurídicos com base no ***interesse***. Nessa perspectiva, o direito público seria o que se referisse aos interesses do Estado (ou da sociedade representada pelo Estado); o direito privado, por sua vez, regularia o interesse dos sujeitos privados. É a posição assumida, por exemplo, por Marcello Caetano,[60] e, no Brasil, por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello,[61] dentre outros juristas de renome.[62]

André Franco Montoro critica tal critério, pois, na visão do autor, há casos em que não é possível determinar se o interesse protegido é do Estado ou dos particulares. Conforme Montoro, há inúmeras regras em que o fim visado é de interesse geral, apesar de pertencerem ao direito privado, como várias disposições do direito de família.[63] Pietro Perlingieri, por sua vez, aponta que, na sociedade atual, mostra-se difícil individualizar um interesse privado que seja completamente autônomo em relação ao

---

[59] MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*, p. 468. O jurista menciona ainda que alguns autores, como Holiger, chegaram a catalogar mais de cem critérios.

[60] CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*, v. I, p. 49.

[61] O jurista brasileiro explicitamente se filia à lição de Ulpiano, asseverando que o direito público é o que diz respeito à organização e a ação do Estado-poder, enquanto tal, sendo o direito privado o ramo que disciplina a existência e a atividade dos particulares, no seu recíproco convívio social. "O objetivo do direito público é o bem comum a ser alcançado pelo Estado, valendo-se para tanto de processos técnicos apropriados, de manifestação de vontade autoritária, de dar a cada um o que lhe é particularmente devido, mas o que lhe é devido como participante do todo social. Já o objeto do direito privado é o bem de cada um, a ser alcançado pelos indivíduos como partes do todo social, utilizando-se de processos técnicos para isso adequados, de livre acordo de vontades, ou ao menos de livre aquiescência de vontades, dentro dos limites impostos pelo Estado, que, assim, de modo mediato, trabalha, ainda, para o bem comum" (BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*, v. I, p. 44).

[62] Eduardo Espínola (*Sistema do direito civil brasileiro*, p. 48), embora faça algumas observações, escreve que "são ainda hoje aceitáveis as definições de Ulpiano". Por seu turno, Pontes de Miranda (*Tratado de direito privado*, t. I, p. 72) assevera que o direito privado cuida dos indivíduos e suas relações; porém, quando o interesse geral passa à frente, o direito é público, porque admite a situação de *poder* dos entes coletivos que correspondem àqueles interesses. Ainda, vale mencionar: BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*, pp. 9-10; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 20; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, v. 1, pp. 9-11; RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*, v. 1, pp. 7-9.

[63] MONTORO, André Franco. *Op. cit.*, p. 468.

interesse público. Acrescenta que a dificuldade em se traçar as linhas de fronteira entre o direito público e privado aumenta quando se tem em vista interesses coletivos, de categoria intermediária (como é o caso do interesse sindical).[64]

Também é conhecida a ***teoria dos sujeitos***. Se a relação jurídica tem o Estado como parte, então será aplicado o direito público. Por outro lado, em se tratando de relações entre sujeitos privados, incidirá o direito privado. É a posição de Pimenta Bueno, Arnaldo de Valles, de Agustín Gordillo, dentre outros.[65] Karl Larenz adota a teoria do sujeito, todavia, entende que a relação somente será de direito público se o Estado (ou outras corporações públicas) atuarem no exercício de poderes de autoridade.[66]

José Oliveira Ascensão critica esse critério, pois, segundo ele, o Estado e demais entes públicos também podem atuar nos mesmos termos que qualquer outra pessoa, "utilizando as mesmas armas que os particulares".[67]

Há ainda teorias fundadas na ***relação de dominação*** (ou de ***subordinação***), as quais veem nas relações de direito público a presença do *poder público de autoridade*, o *jus imperii* do Estado, o qual se coloca em posição superior em relação aos entes privados. Estes, por sua vez, estão em relação de paridade, de igualdade.[68]

Radbruch segue essa linha. Para ele, quando uma obrigação provém da ordem de um terceiro, ela regularmente é de direito público. Entretanto, quando a obrigação deriva de uma autossujeição, normalmente está em pauta o direito privado. Em vista disso, Radbruch expõe que as relações de supremacia e sujeição (isto é, entre soberano e súdito) são de direito público, ao passo que, nas relações de direito privado, os sujeitos

---

[64] PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, p. 53.
[65] PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito público brazileiro*, pp. 8-9; VALLES, Arnaldo de. *Elementi di diritto amministrativo*, p. 7; GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*, t. I, pp. V-15 e V-16. Vide ainda: COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*, p. 30.
[66] LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*, pp. 1-4. Carlos Alberto da Mota Pinto (*Teoria geral do direito civil*, pp. 28-29) também segue essa linha ao escrever que a teoria dos sujeitos é a que melhor qualifica as normas como de direito público ou privado. Afirma que o direito privado regula as relações entre os particulares, ou entre esses e o Estado (ou outros entes públicos), "mas intervindo o Estado ou esses entes públicos em veste de particular, isto é, *despidos de 'imperium' ou poder soberano*". Como se pode perceber, embora o autor tenha refutado a teoria da subordinação (por entender que também há relações de subordinação no direito privado, como no caso do poder paternal), ele acaba por associar o direito público ao exercício de poderes públicos de autoridade. A mesma crítica vale para Karl Larenz.
[67] ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*, pp. 310-311.
[68] FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 138.

estão em igual posição. Contudo, alerta o autor que nem todas as relações jurídicas do Estado são de direito público. É o que ocorre nos casos em que o Estado não se apresenta como soberano, mas como "fisco",[69] relacionando-se com os demais sujeitos em pé de igualdade.[70] Quando o Estado não se relaciona munido de seus poderes de autoridade, então a relação será de direito privado.[71] Forsthoff também reputa a teoria da subordinação como a mais adequada para diferenciar o direito público do direito privado, apesar de reconhecer que, em certos casos, o Poder Público também se coloca em relações de coordenação (como no caso da relação entre Municípios).[72] No Brasil,

---

[69] Radbruch está, aqui, fazendo menção à *Teoria do Fisco* desenvolvida na Alemanha do Estado de Polícia. Fritz Fleiner explica que, nesse período, havia uma separação entre Justiça e Polícia (Governo), as quais consistiam nos dois polos da atividade do Estado. O Príncipe exercia o seu poder de governar com livre arbítrio; ele emitia ordens de serviços, e não normas jurídicas. Por outro lado, a Justiça decidia conforme o direito. De modo geral, até mesmo por não se submeter à ordem jurídica, havia uma ideia difundida de que em matéria de Polícia, não havia apelação perante os Tribunais Territoriais. Fritz Fleiner explica que, em realidade, em hipóteses específicas, seria possível demandar contra o abuso no exercício dos poderes do Príncipe perante os Tribunais do Império. No entanto, o Príncipe procurava se afastar do controle desses Tribunais. Em vista disso, foi criada a Teoria do Fisco, segundo a qual o patrimônio público não pertence ao Príncipe, mas sim ao Fisco (*Fiskus*). Este consistia numa pessoa jurídica de direito privado. Assim, por estar em causa um direito patrimonial, integrante do direito privado, era possível submeter o Fisco aos Tribunais Civis. Eram diversas as relações que o Fisco travava, como as relações econômicas com seus empregados e as relações contratuais. Fritz Fleiner conclui que a conquista mais importante da teoria do Fisco residiu na possibilidade de o súdito obter uma proteção jurídica frente ao ato soberano. Isso ocorria reflexamente, pois os Tribunais Territoriais não tinham competência para anular uma decisão ditada pelo Governo em "assuntos governamentais". Porém, os Tribunais Civis podiam condenar o Fisco a indenizar o súdito cujo direito adquirido havia sido lesionado em função de um ato de autoridade. "*La indemnización por lesión de derechos adquiridos asumió, así, el carácter de una institución de protección en la esfera del Derecho público, que no tenía su fundamento en distinguir si el Estado había obrado legal o ilegalmente*" (FLEINER, Fritz. *Instituiciones de derecho administrativo*, pp. 29-30).
De acordo com Wolff, Bachof e Stober, na atualidade, o *Fiskus* não é mais uma pessoa diferente do Estado ou de outras pessoas de direito público. Aliás, de acordo com esses autores, justamente em razão disso, por vezes se postula o seu completo abandono. Contudo, eles entendem que esse abandono é dispensável, tendo em vista que o direito positivo alemão ainda está vinculado a tal designação. E completam que só é questionável utilizar a expressão na execução de "funções administrativas directamente com o auxílio de meios de direito privado (...). Pelo contrário, tratando-se da prossecução indirecta de funções administrativas, continuam a ser relevantes os interesses 'fiscais', no sentido de direitos patrimoniais" (WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. *Direito administrativo*, v. 1, p. 306). Sobre o tema, cfr. ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*, pp. 23-26.

[70] RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*, p. 66.

[71] No direito italiano, Renato Alessi (*Principi di diritto amministrativo*, t. I., pp. 18-19) separa o direito público e o direito privado a partir da diferença de posição dos sujeitos; o direito público se fundamenta na superioridade do sujeito público em relação ao sujeito privado (a qual se traduz numa superioridade do interesse público que aquele deve perseguir), enquanto o direito privado se baseia na igualdade dos sujeitos. Aldo Sandulli (*Manualle di diritto amministrativo*, pp. 12-13) também segue a teoria da subordinação. No direito português, há importantes autores que adotam a teoria da subordinação. É o caso de Baptista Machado (*Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, p. 65) e José de Oliveira Ascensão (*O direito: introdução e teoria geral*, p. 311). Já no direito administrativo mexicano, Gabino Fraga (*Derecho administrativo*, pp. 83-84) segue a teoria da subordinação.

[72] FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*, pp. 159-160. Dentre os administrativistas alemães, também é essa a linha seguida por Fritz Fleiner (*Instituiciones de derecho administrativo*, pp.

Fernando Andrade de Oliveira também encampa tal teoria.[73]

Wolff, Bachof e Stober criticam essa concepção, pois o Estado constitucional democrático não reconhece uma superioridade jurídica do Estado sobre seus "súditos". Os autores apontam que o direito privado conhece relações de subordinação, nas quais um sujeito pode impor sua vontade ao outro (como no caso do poder de direção laboral). Ademais, acrescentam que no direito público também há relações de equilíbrio, como a existente entre as pessoas de direito público. Concluem que é uma petição de princípio distinguir o direito público e o direito privado com base no critério da relação de subordinação, pois a sobreordenação jurídica é apenas o efeito do direito público ou das características de um parceiro como titular do poder público.[74]

Além de indicarem outros critérios de distinção, os juristas alemães defendem a aplicação da ***teoria da imputação***. Segundo Wolff, Bachof e Stober, a distinção entre direito público e privado reside numa diferença dos *sujeitos de imputação*, isto é, daqueles sujeitos aos quais são imputados direitos e deveres subjetivos. No entanto, ao contrário das antigas teorias dos sujeitos, isso não significa que fazem parte do direito público as normas que disciplinam apenas o Estado ou qualquer ente público, pois os sujeitos privados (como os concessionários de serviço público) também podem ser titulares de poderes de autoridade. Por sua vez, os entes públicos podem igualmente ser sujeitos de normas jurídico-privadas. Em suma, são de direito público as normas cujo "sujeito de imputação, facultativo ou obrigatório, é **exclusivamente um titular de poder de autoridade**". Contudo, ressaltam que essa concepção exige um complemento: o titular deverá estar, *nessa qualidade*, autorizado ou obrigado a exercer esse poder.[75]

A teoria da imputação também não se mostra útil, já que, em última análise, ela

---

39-45) e por Schmidt-Assmann (*La teoría general del derecho administrativo como sistema*, pp. 293-298). Na filosofia do direito, cfr. Arthur Kaufmann (*Filosofia do direito*, pp. 154-155).

[73] OLIVEIRA, Fernando Andrade de. *Direito administrativo: origens, perspectivas e outros temas*, pp. 142-145.

[74] WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. *Direito administrativo*, v. 1, pp. 266-267.

[75] *Idem*, pp. 268. Os juristas alemães anotam que a teoria segundo a qual são de direito público as normas que atribuem um poder de autoridade ao sujeito é denominada de *teoria de direito especial formal*. Por sua vez, quando se acrescenta que, no exercício desse poder, o seu titular deverá atuar nesta qualidade, "enquanto tal", trata-se da *teoria de direito especial material*. Ao que parece, Guido Zanobini (*Corso di diritto amministrativo,* v. I, p. 26) parece se aproximar dessa concepção, ao asseverar que o direito público disciplina as relações do Estado e outros entes públicos como tais, enquanto entes investidos de supremacia e de império. Contudo, o autor italiano alerta que não é necessário, para a incidência do direito público, que a relação seja de supremacia, já que o direito público também conhece relações de igualdade (como aquela existente entre dois sujeitos públicos), desde que tais relações tenham como base a posição de supremacia do sujeito em tais relações.

acaba associando a existência de poderes de autoridade ao direito público, ainda que exercidos por sujeitos privados no exercício de função pública.[76] Carlos Ari Sundfeld está correto quando diz que assimilar o direito público ao exercício da autoridade é um equívoco evidente, pois identifica o direito público exclusivamente à noção de autoridade pública. A compreensão do direito público, escreve, deriva da identificação de mais de um princípio, e não de uma "ideia-chave". O fato de o Estado não estar munido de poder de autoridade não implica sua submissão ao direito privado.[77]

Outras teorias poderiam aqui ser apontadas,[78] havendo autores que unem dois[79] ou mais critérios.[80] Porém, as concepções acima demonstram que o tema não é dos mais simples.[81] Convém agora indicar o critério a ser adotado neste estudo.

---

[76] Também é essa a observação de Hartmut Maurer, que denomina tal concepção de *teoria da associação*. "Até certo grau essa delimitação constrói também uma ponte para a teoria da subordinação. Ela continua a desenvolver esta, de certo modo, para a atualidade ao ela considerar que hoje o 'poder soberano' manifesta-se não só em intervenções estatais, mas também em planejamentos e prestações estatais" (MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*, p. 52).

[77] SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*, pp. 157-158.

[78] Orlando Gomes (*Introdução ao direito civil*, pp. 12-13), por exemplo, aponta que o critério do sujeito da relação tende a ser substituído por um critério objetivo, fundado na natureza da matéria regulada. Nesse sentido, o direito privado seria aquele que "diz respeito às relações econômicas, qualquer que seja a natureza dos interesses, particulares ou gerais, que discipline qualquer que seja a condição, privada ou pública, do sujeito-agente".

[79] É o caso de Miguel Reale (*Lições preliminares de direito*, pp. 339 e ss.), para quem é necessário unir o critério do *conteúdo* da relação com o elemento *formal*. Quando se visa imediata e de modo prevalecente ao interesse geral, o direito será público; ademais, também será geralmente pública a relação de subordinação. Luis Manuel Fonseca Pires (*Limitações administrativas à liberdade e à propriedade*, p. 25) segue a mesma linha ao adotar os critérios do interesse preponderante e da posição dos sujeitos.

Por sua vez, Roberto Ruggiero (*Instituições de direito civil*, v. I, p. 62) aglutina os critérios do interesse e do sujeito. Para o jurista italiano, o direito público é "o complexo das normas que regulam a organização e a atividade do Estado e dos outros agregados políticos menores, ou que disciplinam as relações entre os cidadãos e essas organizações políticas"; já o direito privado regula as relações dos particulares entre si ou as relações entre esses e o Estado (e tais agregados menores, como os Municípios), desde que não figurem nessa relação no exercício de funções de poder político e soberano. Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de direito civil*, pp. 13-14) segue as lições de Ruggiero. Também é essa a linha de Maria Helena Diniz (*Compêndio de introdução à ciência do direito*, p. 255).

De igual modo, Fernando Garrido Falla (*Tratado de derecho administrativo*, v. I, p. 118) une dois critérios: o do sujeito e o da natureza da norma (se a norma é obrigatória – *ius cogens* – trata-se de direito público; se a norma é dispositiva, de direito privado). De acordo com Garrido Falla, o direito público é aquele em que o Estado intervém numa relação jurídica, fazendo da norma jurídica a aplicar uma norma obrigatória (*ius cogens*).

[80] Luis Roberto Barroso (*Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, pp. 75-77) leva em consideração três fatores verificáveis na relação jurídica: o sujeito, o objeto e a sua natureza. Para ele, nenhum dos três é suficiente em si, sendo necessária uma complementação. A rigor, o autor adota, de forma complementar, as teorias do sujeito, do interesse e da subordinação.

[81] Aliás, em vista dessa dificuldade, Cassagne (*Derecho administrativo*, t. I, pp. 53-54) defende que a busca por um critério uniforme e universal de diferenciação entre o direito público e o privado deve ser abandonada. Não cabe, pois, buscar uma classificação *a priori*, mas sim analisar a realidade jurídica e concreta em cada caso e o direito positivo, a fim de verificar se é aplicável o direito público, conforme

2.3. A distinção entre direito público e direito privado com base no critério formal

A identificação de um critério capaz de diferenciar o direito público do direito privado, como foi possível perceber, não é tarefa simples. No entanto, isso não significa que a solução seja simplesmente negar a dicotomia, ou afirmar que ela está ultrapassada. Essa postura, embora mais cômoda, não oferece àquele que estuda e aplica o direito uma solução útil: mesmo polêmica, a distinção entre direito público e privado é utilizada por advogados, juízes, promotores, cientistas do direito, agentes públicos e até por pessoas que não têm formação jurídica. Entretanto, muito mais do que por uma questão pragmática, isto é, de uso dessas expressões pelos sujeitos, a distinção se justifica porque *o direito público e o direito privado implicam* ***regimes jurídicos distintos***.

Nesse sentido, a distinção entre atividade pública e privada é fundamental. Como bem destacou Carlos Ari Sundfeld, a *atividade pública é o* ***campo de incidência*** *do direito público,* sendo que as normas jurídicas que a disciplinam são o seu *regime jurídico*.[82] Em suma, *o critério capaz de separar as hipóteses de incidência do regime de direito público e as do direito privado consiste na identificação das* ***atividades públicas*** *e* ***privadas****, respectivamente*.

Como já destacado acima, para saber quando uma atividade é pública *basta verificar na Constituição e nas leis* se a tarefa foi ou não atribuída ao Poder Público como sendo de sua ***titularidade***. Há, aqui, conforme visto no item 1.2 *supra*, um ***princípio de competência***: se a atividade foi conferida pela ordem jurídica ao Estado, trata-se de atividade pública e, portanto, incide o direito público. Se a atividade não foi juridicamente reservada ao Estado, ela é livre aos sujeitos privados, é de sua titularidade, sendo, pois, aplicável o direito privado. Logo, ***será o próprio direito positivo*** *que indicará quando estará em pauta o direito público e o privado*. O critério é, por conseguinte, ***formal***. Aliás, em razão disso, o âmbito do direito público poderá ser maior ou menor, conforme seja o direito positivo de cada Estado.

---

haja preeminência do interesse do todo social sobre o interesse privado, a situação do sujeito estatal e seus fins. Isso acarretará, como efeito (e não como causa), um regime jurídico exorbitante do direito privado. Como se pode perceber, apesar de defender o afastamento de uma concepção *a priori*, Cassagne acaba por partir da teoria do interesse para diferenciar o direito público do privado.

[82] SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*, p. 75.

Seria possível argumentar que esse critério, em última análise, nada mais é do que o velho e conhecido critério do sujeito. Mas a isso se pode contrapor que nem todas as atividades públicas são *executadas* pelo Poder Público. O Estado pode delegar o exercício de algumas de suas competências aos sujeitos privados, incidindo aqui o direito público. É o caso dos concessionários de serviço público e dos notários e registradores.[83]

Então, seria possível dizer que tal concepção é idêntica à teoria da imputação, defendida por Wolff, Bachof e Stober. Também aqui não há razão, pois, na lição desses autores, é preciso que o Estado (ou quem lhe faça as vezes) atue com *poderes de autoridade*. Foi frisado acima o equívoco em se identificar o direito público com o exercício de poderes públicos (ou poder público de autoridade). E, neste ponto, é importante fazer duas observações.

A primeira consiste no fato de que *o direito público* ***conhece outras situações jurídicas ativas***[84] *além do poder de autoridade*. Assim, os entes no exercício de função pública também podem ser titulares de *direitos a algo* (ou *direitos a prestações*, ou *direitos subjetivos em sentido estrito*). É o caso da Administração Pública que possui diversos direitos de crédito tributário perante os contribuintes. Ou ainda, quando o Estado possui direitos a prestações no âmbito de contratos administrativos (de concessão ou não). Em todas essas hipóteses, há direitos a algo, direitos a prestações, direitos a um fazer ou não fazer por parte de outro sujeito (o sujeito passivo). *A diferença é que, no direito público, esse direito* ***deverá*** *ser exercido pelo Poder Público*. O Estado – por exercer ***função pública*** – não poderá simplesmente deixar de satisfazer

---

[83] Ao tratar do tema Giovanni Miele (*Principî di diritto amministrativo*, t. I, pp. 7-8) escreve que, na distinção entre direito público e privado, deve prevalecer o *elemento formal*, resultante da combinação entre os critérios concernentes ao sujeito e ao conteúdo a ser regulado. Para o jurista italiano, o direito público pressupõe necessariamente o Estado (ou outro ente público), disciplinando sua organização, seus atos e suas relações. O direito privado, por seu turno, regula indiferentemente as relações entre os demais sujeitos. Note-se que, para Miele, é possível que o Estado atue com base no direito privado, mas isso ocorrerá nas situações em que sua atividade é comum a dos demais sujeitos, não sendo uma atividade estatal específica. Por isso, conclui que o direito público é o que regula as relações em que ***necessariamente*** o Estado (ou outros entes públicos) deverá estar presente. No direito privado, as relações em que o Estado é parte são apenas ***eventuais***.
Embora Miele defenda o critério formal, percebe-se que ele é um pouco distinto do aqui defendido. Isso porque a base da concepção de Miele é que o Estado (ou outro ente público) seja necessário na relação. Neste estudo, o fundamento é a ***atividade pública***, seja qual for a natureza jurídica do ente que a executa. Há uma diferença, porquanto embora o Estado seja necessariamente titular da atividade pública, na relação jurídica de prestação da atividade pública (portanto, relação de direito público) poderão ser partes dois sujeitos privados, sendo que um deles estará no exercício de função pública.

[84] Sobre o conceito de situação jurídica e suas modalidades, remete-se o leitor ao item 3.5 do Cap. III.

o seu direito de crédito. Ele deverá buscar os valores que lhe são devidos, adotando a via judicial se for o caso. Apenas a lei poderá – fundada em motivos razoáveis (ex.: os recursos públicos utilizados para a satisfação desse direito de crédito seriam superiores ao próprio valor devido pelo devedor) – determinar ao Estado que se abstenha de buscar a satisfação de tal direito.

Em segundo lugar, não se pode esquecer a importante lição de Leon Duguit, o qual funda o direito público na ideia de serviço público (e o autor adota um sentido amplo de "serviço público"[85]), isto é, no *dever* dos governantes de atingir o interesse público.[86] Este autor trouxe, com isso, uma enorme contribuição para a ciência jurídica.

Com efeito, *todo direito público se fundamenta na concepção de que o Estado existe para satisfazer o interesse da sociedade, o interesse público*. Note-se que o ***interesse público é aquele devidamente previsto na Constituição e nas leis***. A promoção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), o pagamento de justa indenização em dinheiro no caso de desapropriação (art. 5º, XXIV), a proteção ao ato jurídico perfeito, aos direitos adquiridos e à coisa julgada (art. 5º, XXXV), o estabelecimento de princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação (art. 21, XXI) e a proteção de bens de valor histórico, artístico e cultural (art. 23, III) são apenas alguns exemplos de interesses públicos. Portanto, o conteúdo do interesse público não é uma percepção dos diversos sujeitos daquilo que se mostra como de "interesse de todos"; *a identificação dos interesses públicos* ***não é algo subjetivo***. Muito pelo contrário, *o conceito de interesse público é* ***jurídico-positivo***[87] e sua identificação, no sistema, uma ***tarefa objetiva***. Um

---

[85] Cfr. Cap. IV, item 2.2.1.

[86] "*Un sistema jurídico no tiene realidad sino en la medida en que pueda establecer y sancionar reglas que aseguren la satisfacción de las necesidades que se imponen a los hombres en una sociedad dada, y en un cierto momento. Este sistema, por otra parte, no es más que el producto de esas necesidades, y si no lo es o no garantiza su satisfacción, será la obra artificial de un legislador o de un jurista, pero sin valor ni fuerza alguna. Ahora bien: un sistema de Derecho público no puede reunir estas condiciones de vitalidad si no establece y sanciona las dos reglas siguientes: 1º Los que tienen el poder no pueden realizar ciertas cosas. 2º Ellos deben hacer ciertas cosas. La conciencia moderna se halla hoy profundamente penetrada de la idea de que el sistema de Derecho púbico imperialista es impotente para fundar y sancionar esas dos reglas; y lo comprende porque la crítica ha demostrado lo vacío de la doctrina; lo comprende sobre todo porque los hechos han demostrado su impotencia para proteger al individuo contra el despotismo"* (DUGUIT, Léon. *Las transformaciones del derecho público*, pp. 83-84).

[87] É o que apontou Celso Antônio Bandeira de Mello com grande clareza. Após mencionar que o conceito *lógico-jurídico* de interesse público (que consiste no conjunto dos interesses dos indivíduos na sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem), o jurista aponta que a individuação dos múltiplos interesses públicos é feita com base em conceitos *jurídico-positivos*, isto é, encontram-se na Constituição e nas leis. Convém transcrever seus ensinamentos:

dos equívocos dos defensores da teoria do interesse e dos que a criticam consiste justamente em não saber identificar, *a partir de um* ***critério formal***, o que é interesse público.

De todo modo, diante de um interesse público (devidamente positivado na ordem jurídica), surge para aqueles que exercem as atividades públicas – os agentes públicos – o ***dever*** de realização dessas tarefas. Alf Ross também já havia notado isso. Segundo tal jurista, o direito público é o que disciplina a posição jurídica das autoridades públicas (o Estado); consiste, pois, em normas de competência e normas de conduta a ela ligadas. E, para Ross, a competência social é conferida à pessoa para a *proteção de interesses da comunidade*. Trata-se de um *dever*, um *encargo* no sentido mais largo, cuja inobservância leva a sanções e medidas de controle para a correção do exercício incorreto da competência. Por isso, conclui que a competência social difere da competência privada, na medida em que essa é autônoma e aquela, heterônoma.[88]

Em realidade (e esta é uma diferença importante), todas as atividades públicas são ***funcionalizadas***, enquanto o mesmo não ocorre nas atividades privadas, em que apenas em certas situações haverá o exercício de função (privada). Ou seja, *as atividades estatais são sempre* ***funções públicas***.[89] É importante aprofundar esse ponto.

"Tomem-se alguns exemplos para aclarar o que foi dito. Algumas ou múltiplas pessoas, talvez mesmo a maioria esmagadora, considerarão de interesse público que haja, em dado tempo e lugar, monopólio estatal do petróleo, que se outorgue tratamento privilegiado a empresas brasileiras de capital nacional ou que se reserve a exploração mineral exclusivamente a brasileiros. Outras pessoas, sobretudo se estrangeiras ou mais obsequiosas a interesses alienígenas do que aos nacionais, pensarão exatamente o contrário. Encarada a questão de um ângulo político, sociológico, social ou patriótico, poderá assistir razão aos primeiros e sem-razão completa aos segundos; mas, *do ponto de vista jurídico*, será de interesse público a solução que haja sido adotada pela Constituição ou pelas leis quando editadas em consonância com as diretrizes da Lei Maior" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, pp. 68-69).

É importante ressaltar que o jurista completa o raciocínio afirmando que *a proteção do interesse privado nos termos em que estiver disposto na Constituição é, igualmente, um interesse público*. Assim, *não é de* interesse público que o Estado pague uma indenização injusta em caso de desapropriação.

Aliás, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (*Curso de direito administrativo*, p. 126) também adota uma concepção jurídico-positiva de "interesse público" ao afirmar que os interesses serão qualificados como "públicos" quando houver uma "declaração juspolítica expressa formalmente na legislação – Constituição federal, Constituições estaduais e leis de todas as esferas federativas, que também disporão sobre as formas e os modos de satisfazê-los".

[88] ROSS, Alf. *Direito e justiça*, p. 241.

[89] De acordo com Marçal Justen Filho (*Curso de direito administrativo*, p. 108), enquanto no direito público a funcionalização é necessária e integral, no direito privado ela ocorre de modo complementar. "É legítima a realização egoística do interesse do particular e a funcionalização significa a vedação a desvios, abusos ou excessos, que não produzam a satisfação do interesse privado e que inviabilizam a realização dos direitos fundamentais alheios".

2.3.1. O conceito de função pública

O conceito de *função* não está restrito a um determinado subdomínio do direito; ele faz parte da *teoria geral do direito*. Isso significa que a noção de função não se encontra apenas no direito público. Institutos tradicionalmente tratados pelo direito privado, como a propriedade e o contrato, estão *funcionalizados*.

Santi Romano explica que as "funções (*officia*, *munera*) são os poderes que se exercem não por interesse próprio, ou exclusivamente próprio, mas por interesse de outrem ou por um interesse objetivo".[90] Na concepção do autor italiano, "poder jurídico", em seu sentido amplo, abrange não só o poder em sentido estrito, mas também o direito subjetivo.[91]

Dessa forma, dizer que uma atividade é uma função significa que o sujeito exerce suas *situações jurídicas ativas* com o propósito de atingir um *fim de* ***interesse alheio***, isto é, um fim que não foi por ele determinado, porque fora de sua autonomia privada. Por isso, qualquer ato que desvie do fim é inválido. Essa situação ocorre tanto nas atividades públicas como nas atividades privadas. Uma pessoa natural, na qualidade de presidente de uma sociedade anônima, não age por interesse próprio, mas sim no interesse da sociedade, cujos fins foram fixados pelos seus acionistas e positivados em seus atos constitutivos. Exerce, pois, função (privada). O mesmo ocorre com os pais em relação aos filhos menores.

No exercício da função pública, apesar de haver outras situações jurídicas ativas (tal como foi mencionado acima), não se pode negar a relevância do *poder* do Estado (ou *poder público de autoridade*), ou seja, o poder de modificar a situação jurídica de terceiros. Assim, o Estado-legislador pode impor aos indivíduos o cumprimento de certas obrigações, independentemente da vontade desses. O Estado-juiz poderá determinar que um sujeito pague a outro dada quantia, sob pena de execução forçada. A Administração, por sua vez, dispõe de meios para desapropriar bens dos particulares, independentemente da vontade desses. É o que se costuma chamar de "prerrogativas estatais".

Porém, essas prerrogativas, embora relevantes na execução das atividades

---

[90] ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*, p. 144.
[91] Sobre a concepção de Santi Romano sobre poder e direito subjetivo, cfr. item 3.5 do Cap. III.

públicas, *só existem e se justificam porque há interesses públicos a serem necessariamente perseguidos*. O Estado, por estar *juridicamente obrigado* a atingir finalidades públicas (devidamente positivadas na ordem jurídica, vale sempre relembrar), somente poderá utilizar seu poder de autoridade na exata medida em que ele for adequado, necessário e proporcional (em sentido estrito) para atingir o fim. Essa é a razão pela qual Ruy Cirne Lima frisou que a relação de administração é aquela que "se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente" e que na "administração o dever e a finalidade são predominantes; no domínio, a vontade".[92]

Por conseguinte, *o "poder" não é o núcleo do conceito de função*. O *exercício* do poder (ou de qualquer outra situação jurídica ativa) consiste num verdadeiro ***dever jurídico***. Há a obrigação jurídica de prover um interesse alheio; as suas situações jurídicas ativas (e, em especial, o poder) servem apenas para cumprir esse desiderato. Por isso Celso Antônio Bandeira de Mello prefere falar em "dever-poder", em vez de "poder-dever".[93]

Então, o núcleo do conceito de função se encontra nas noções de *dever* e *finalidade*. Por isso, fica evidente que *o* ***direito público não tem uma índole autoritária***. Pelo contrário, o direito público procura justamente disciplinar o exercício das *situações jurídicas ativas* do Estado (e, em especial, os poderes unilaterais), a fim de que *os* ***interesses públicos*** *positivados na Constituição, principalmente os direitos fundamentais,* ***sejam realizados***.

Pode-se definir *função* como *o* ***dever jurídico*** *do sujeito de exercer suas situações jurídicas ativas com o objetivo de atingir uma* ***finalidade em prol de um interesse alheio***.[94] Por sua vez, *função estatal (ou pública)* é o ***dever do Estado*** *(ou de* ***quem lhe faça as vezes****) de exercer suas situações ativas de modo a atingir uma* ***finalidade pública****, ou seja, o interesse da coletividade devidamente especificado na ordem jurídica*.

---

[92] A "relação de administração" de Cirne Lima corresponde ao conceito adotado neste estudo de função. Tanto que, para Ruy Cirne Lima (*Princípios de direito administrativo*, pp. 51-55), também existe relação de administração no direito privado.

[93] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 72.

[94] Sobre o tema, vide ainda: FREIRE, André Luiz. Apontamentos sobre as funções estatais no direito brasileiro. *RDA*, nº 248, 2008; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, pp. 37-40.

2.4. Definição de direito público e de direito privado

Em vista das considerações acima, é possível conceituar o direito público, a partir de um critério formal, como sendo *o conjunto de normas jurídicas que disciplinam o* ***exercício das atividades públicas (ou das funções públicas)***. Já o direito privado pode ser *definido como sendo o conjunto de normas que disciplinam o exercício das atividades privadas*.

Nesse conceito, está implícito: *quem* exerce a atividade, *como* a exerce, qual o seu *conteúdo* e *quais os limites*. Ao direito público caberá disciplinar o *sujeito* que exerce a atividade pública (organização político-administrativa e exercício de funções públicas por entes privados), os *meios técnico-jurídicos* por ele utilizados (leis, atos administrativos, processo etc.), o *conteúdo* dessa atividade (inovação jurídica em caráter originário, resolução de casos concretos com força de definitividade, serviço público etc.) e os seus *limites* (ex.: controle de constitucionalidade).[95] O mesmo vale para o direito privado no que se refere à atividade privada.

Ressalte-se que o conceito de direito público acima apresentado não leva a uma identidade desse ramo com o exercício de poderes públicos. Em primeiro lugar, porque, como já destacado, o ***dever*** de realização de ***fins públicos*** domina o direito público. Em segundo, porque o Estado é *titular de outras situações ativas*, como direitos a prestações, sem que isso signifique submissão aos princípios do direito privado. As situações jurídicas ativas, enquanto estruturas, existem tanto num ramo como no outro. A diferença é que, no direito público, todas as situações jurídicas ativas são *funções*; o seu exercício, portanto, é obrigatório.

De igual modo, quando se faz menção a "fins públicos" e "interesse público", adota-se uma concepção formal. Interesse público é aquele devidamente positivado na ordem jurídica a ser perseguido e protegido pelo Poder Público. Os interesses privados são os demais, podendo ter natureza egoística ou não.

Uma vez indicado o que se entende por "direito público", deve-se apresentar o conteúdo do seu regime jurídico.

---

[95] A postura aqui adotada é a mesma de Agustín Gordillo (*Tratado de derecho administrativo*, t. I, p. V-2) quando trata da definição de direito administrativo. O autor escreve que o objeto do direito administrativo é o exercício da função administrativa, o que compreende não só "*quién ejerce la función, sino también del cómo y con qué fundamento, con qué medios y fundamentalmente hasta donde, com qué limitaciones se la ejerce*".

3. O regime jurídico de direito público

3.1. A expressão "regime jurídico". Princípios e regras

De acordo com as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, um regime jurídico consiste num conjunto sistematizado de princípios e regras que dão identidade a uma disciplina jurídica, permitindo diferenciá-la dos demais ramos do direito.[96]

As atividades públicas são o campo de incidência do ***regime jurídico*** *de direito público*. A questão, aqui, reside em identificar o *sistema de normas jurídicas*[97] (que nada mais é do que um subsistema em face do sistema do direito) que confere identidade ao direito público.

Já há algum tempo a dogmática jurídica tem classificado as normas jurídicas em dois tipos: normas-regra e normas-princípio. Neste estudo, não serão aprofundados e analisados criticamente os enfoques diversos que os autores têm utilizado para diferenciar regras e princípios, como, por exemplo, as difundidas teorias de Alexy e Dworkin.[98] Não é este o objeto deste trabalho, sendo que o propósito principal deste

---

[96] "Diz-se que há uma disciplina jurídica autônoma quando corresponde a um conjunto sistematizado de princípios e regras que lhe dão identidade, diferenciando-a das demais ramificações do Direito.
Só se pode, portanto, falar em Direito Administrativo, no pressuposto de que existam princípios que lhes são peculiares e que guardem entre si uma relação lógica de coerência e unidade compondo um sistema ou regime: o regime jurídico-administrativo" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 53).

[97] Segundo Marcelo Neves (*Teoria da inconstitucionalidade das leis*, p. 2), "sistema" é um conjunto de elementos (partes) que entram em relação formando um todo unitário. "Portanto, todo sistema implica elementos (reais ou proposicionais), relações e também unidade, que pode decorrer de uma fundamentação unitária (sistema proposicional) ou da forma em que se apresentam ao sujeito cognoscente os modos de se relacionarem seus elementos (sistema real ou empírico)". O sistema jurídico é classificado por Neves como *nomoempírico prescritivo*: é, portanto, composto por proposições (o que pressupõe linguagem), e não por objetos extralinguísticos, reais e sociais (diferindo, portanto, dos sistemas reais). Por ser sistema nomoempírico, suas proposições fazem referência aos dados da experiência, e não a entes ideais (como ocorre nos sistemas nomológicos). Por fim, o sistema de direito positivo tem função prescritiva, "porque, ao contrário dos sistemas nomoempíricos descritivos, o ordenamento jurídico é não apenas aberto aos dados da experiência e por eles condicionado, mas exerce também a função principal de controlá-los e dirigi-los diretamente" (NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, p. 16).

[98] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 85 e ss.; DWORDKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 23 e ss.

item é apenas tratar do regime jurídico do direito público, o que passa pela identificação dos princípios que lhe conferem o perfil.

Por isso, apenas para os fins deste trabalho, serão utilizadas principalmente as considerações de Riccardo Guastini.[99]

Para ele, pode-se entrar em acordo em definir uma regra como um enunciado condicional que conecta a uma consequência jurídica (uma sanção, a aquisição de um *status*, o nascimento de uma obrigação ou direito, validade ou invalidade de uma norma etc.) a uma classe de situações. "Se ***F***, então ***G***". O problema reside, pois, no conceito de princípio, que é muito mais complicado e controvertido. Guastini aponta, então, as características que os juristas contemporâneos consideram presentes no conceito de norma-princípio.

Em primeiro lugar, os princípios são ***normas fundamentais***. Esse sentido de princípio tem relação com a sua posição dentro de um sistema, ou subsistema de normas. Aqui, os princípios caracterizam o sistema jurídico (ou um de seus subsistemas, como o direito civil, o direito administrativo, o direito penal etc.), por serem essenciais para a fisionomia do sistema.[100] Nessa linha, os princípios conferem fundamento axiológico a uma pluralidade de outras normas do sistema. Ademais, os princípios não exigem – por serem normas fundamentais – uma justificação ético-política, porque são concebidos como uma espécie de "axioma" no sistema. Ressalte-se que Celso Antônio Bandeira de Mello utiliza o vocábulo "princípio" nesse sentido de norma fundamental indicado por Guastini.[101]

A segunda característica de princípio indicada por Guastini – que se relaciona com o conteúdo ou estrutura lógica da norma – consiste na sua ***indeterminação estrutural***. Note-se que se trata, aqui, de uma indeterminação peculiar, já que toda norma, em face da sua textura aberta, possui certa dose de indeterminação. Essa

---

[99] GUASTINI, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, pp. 73-77, e *La sintassi del diritto*, pp. 73-81.
[100] GUASTINI, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, pp. 74-75, e *La sintassi del diritto*, pp. 74-75.
[101] "Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por norma sistema jurídico positivo" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, pp. 974-975).

peculiaridade pode assumir três formas distintas: (i) hipótese de incidência aberta; (ii) caráter "derrogável" (*defettibili, derrotable, defeasible*); e (iii) caráter genérico.[102]

Em relação ao primeiro aspecto, enquanto o princípio possui uma hipótese de incidência aberta (*fattispecie aperta*), as regras possuem uma hipótese fechada (*fattispecie chiusa*). O antecedente normativo é fechado quando a norma enumera exaustivamente os fatos em presença dos quais a consequência jurídica se produz. Por outro lado, a hipótese é aberta quando esses fatos não são enumerados de modo exaustivo.[103]

Em segundo lugar, uma norma é "inderrogável" (*indefettibili*) quando não estabelece exceções, ou então quando prevê de modo completo e exaustivo as exceções que afastam a consequência jurídica. Neste caso, ela será uma regra. Já um princípio é "derrogável" (*defettibili*, *derrotable*, *defeasible*), tendo em vista que possui exceções implícitas, não estabelecidas na própria norma, nem em outra no ordenamento.[104] Guastini observa ainda que a "derrogabilidade" não é uma característica objetiva de certas normas; é o produto da interpretação de uma disposição.[105]

O caráter genérico dos princípios se difere da natureza "precisa" de uma regra, porquanto esta é imediatamente suscetível de aplicação a casos concretos. Uma norma pode ser utilizada na premissa maior de um silogismo judicial (na regra "Se ***F***, então ***G***", se é o caso de ***F***, então deve ser ***G***; se todos os ladrões devem ser presos e João é um ladrão, então ele deve ser preso). Uma norma "genérica" – isto é, um princípio – é uma proposição prescritiva que: (i) exige a formulação de outras normas que a

---

[102] GUASTINI, Riccardo. *La sintassi del diritto*, p. 75.
[103] *Idem*, pp. 75-76.
[104] *Idem*, p. 76. O caráter "derrogável" do princípio não possibilita, segundo o autor, um raciocínio dedutivo do tipo: "Todo cidadão tem o dever de pagar imposto sobre a renda. João é cidadão. Logo, João tem o dever de pagar imposto sobre a renda". Uma norma que admite uma exceção implícita, não especifica, não se aplica a todos os fatos a que se refere (*Idem*, p. 77).
[105] GUASTINI, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, pp. 75-76. Humberto Ávila (*Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 84) faz menção à expressão *defeasibility*, denominando-a de *aptidão para cancelamento*. Ao tratar da distinção entre regras e princípios sob o ponto de vista da medida de contribuição para a tomada de decisão, escreve que os princípios têm uma *pretensão* de complementaridade, pois abrangem apenas parte dos aspectos relevantes para a tomada de decisão; não visam, portanto, a gerar uma decisão específica, mas se destinam a contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão. Por outro lado, as regras têm essa pretensão terminativa, já que procuram abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão. Porém, esclarece que elas são apenas *preliminarmente decisivas*, porquanto podem ter suas condições de aplicabilidade preenchidas e – em razão de outras razões que superem a própria razão que sustenta a incidência normal da regra – acabar não sendo aplicada. "Esse fenômeno denomina-se de *aptidão para cancelamento (defeasibility)*".

"concretize", a "atualize" ou lhe dê "execução" (sem o quê, não estaria apta a resolver casos concretos); e (ii) que só pode ser concretizada, atualizada ou executada em formas muito diferentes e alternativas. Dentre as consequências que Riccardo Guastini retira dessa natureza indeterminada, vale destacar aquela que exige, para a aplicação do princípio, a sua transformação numa regra precisa (ou relativamente precisa). Afirma que, "concretizar um princípio" significa determinar as regras "implícitas" que podem ser obtidas a partir do princípio.[106]

Em certa medida, essa natureza genérica dos princípios indicada por Guastini se aproxima com o "estado de coisas" a que Humberto Ávila faz referência. De acordo com o autor brasileiro, os princípios – a partir do critério da natureza do comportamento prescrito – diferem das regras, porque aqueles estabelecem um estado ideal de coisas a ser atingido sem estabelecer a conduta necessária para tanto. O princípio, nesse sentido, exige todas as condutas necessárias para a preservação ou promoção do estado de coisas.[107] O princípio do Estado de Direito, por exemplo, estabelece um estado de coisas, como a existência de responsabilidade (do Estado), a previsibilidade (da legislação) e a proteção (dos direitos individuais). Por isso, afirma que os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas (fins, bens jurídicos) ou, inversamente, o dever de efetivar o estado de coisas pela adoção das condutas necessárias para tanto.[108]

Em suma, para os fins deste trabalho, o termo "princípio" (ou "princípio jurídico") será utilizado nos sentidos apresentados por Riccardo Guastini.

No caso do regime jurídico de direito público, há princípios jurídicos que lhe conferem o seu perfil, que dão identidade. A questão, então, é saber quais são os *princípios fundamentais* do direito público, para usar uma expressão de Luís Roberto Barroso.[109]

---

[106] GUASTINI, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, pp. 77-79. Como se pode perceber, não é possível confundir a natureza "genérica" da norma (no sentido de Guastini) com a classificação das normas jurídicas em gerais e individuais – no que se refere ao sujeito – e abstratas e concretas – no que tange ao comportamento devido.

[107] "Estado de coisas", conforme Humberto Ávila (*Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 78) significa "uma situação qualificada por determinadas qualidades. O estado de coisas transforma-se em *fim* quando alguém aspira conseguir, gozar ou possuir as qualidades presentes naquela situação".

[108] ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 87.

[109] Para Luís Roberto Barroso (*Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, p. 159), os princípios fundamentais são os que contêm as

A resposta passa pelo art. 1º da Constituição de 1988. Em seu *caput*, ele prescreve que a "***República Federativa*** do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em ***Estado Democrático de Direito***". As expressões grifadas já indicam quais são esses princípios fundamentais: (a) Estado Democrático (e Social) de Direito; (b) República; e (c) Federação. E, como será visto, isso pode ser traduzido pelo reconhecimento da existência, no sistema jurídico-positivo brasileiro, dos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e o da indisponibilidade do interesse público.

3.2. O princípio do Estado Democrático e Social de Direito

O art. 1º, *caput*, da Constituição consagra de modo expresso o princípio do Estado Democrático de Direito, inserindo, como seus fundamentos, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Ademais, o parágrafo único do art. 1º prevê que todo poder emana do povo, que o exerce – nos termos da Lei Maior – diretamente ou por meio de representantes eleitos. Ademais, o Texto Constitucional prescreve que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, "garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade" (art. 5º, *caput*). O art. 6º, por seu turno, assegura os direitos sociais à educação, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à proteção à maternidade e à infância, bem como à assistência aos desamparados.

Essas referências constitucionais já são suficientes para afirmar a presença do princípio do Estado Democrático e Social de Direito.

A expressão "Estado de Direito" – que, para Gustavo Zagrebelsky, consiste numa das mais afortunadas da ciência jurídica contemporânea[110] – não se identifica pura

---

decisões políticas estruturais do Estado, são os fundamentos da organização política do Estado. Tais princípios, segundo o autor, exprimem "a ideologia política que permeia o ordenamento jurídico" e constituem "o núcleo imodificável do sistema, servindo como limite às mutações constitucionais. Sua superação exige um novo momento constituinte originário. Nada obstante, esses princípios são dotados de natural força de expansão, comportando desdobramentos em outros princípios e em ampla integração infraconstitucional".

[110] ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, p. 21.

e simplesmente com "Estado jurídico", afinal todo Estado – mesmo os totalitários – possuem uma disciplina jurídica. "Estado de Direito" é aquele em que o Estado se submete às normas jurídicas previstas na Constituição (princípio da supremacia constitucional). Além disso, no Estado de Direito, os direitos fundamentais das pessoas são assegurados em face do próprio Estado, havendo um sistema de repartição do exercício do poder de forma a garanti-los.[111]

Para Miguel Reale, com o adjetivo "Democrático" constante no art. 1º, *caput*, a Constituição indicou o claro propósito de se passar a um Estado de Direito não apenas formal, mas sim material, fundado na justiça social. Por isso afirma que "Estado Democrático de Direito" corresponde a "Estado de Direito e de Justiça Social".[112]

Miguel Reale escreve ainda que o Texto Constitucional fundou o Estado brasileiro na *soberania nacional* (art. 1º, I) isto é, na inexistência de subordinação do povo e do Estado brasileiros a regras obrigatórias decorrentes da globalização e no seu direito de preservar a própria identidade cultural e de salvaguardar seus interesses. Por sua vez, a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III) conferem ao indivíduo um bloco de direitos e deveres (por tal razão, reputa que os arts. 5º e 6º acima referidos são desdobramentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana). Já o inciso IV do art. 1º veda: (i) a estatização da economia (na medida em que assegura a livre iniciativa; e (ii) a configuração da sociedade brasileira em valores diversos dos "valores sociais do trabalho". Por fim, o Estado Democrático de Direito resulta no afastamento de qualquer totalitarismo político ao inserir o "pluralismo político" dentre os seus fundamentos.[113]

Com efeito, pelo princípio do Estado Democrático de Direito, o Estado brasileiro se encontra submetido a uma série de ***deveres jurídicos*** (é o "estado de

---

[111] "A teoria do Estado social-democrático de direito, como qualquer modalidade histórica de Estado de direito, firma-se na tese dos direitos humanos. Sabe-se, não é qualquer Estado jurídico que é Estado de direito. É aquele que reparte tecnicamente o exercício do Poder com o fim de garantir o exercício dos direitos humanos. Mais pormenorizadamente: aquele que mantém supremacia material e supremacia formal da Constituição. Supremacia material, tem-na qualquer Estado, pois juridicamente todo Estado é Estado constitucional: inexiste Estado sem Constituição (ou sem leis constitucionais *ratione materiae*). A supremacia formal confere às normas constitucionais o caráter de superlegalidade: põe-se acima das leis ordinárias e demais regras e atos do poder.
Nesse núcleo material de superlei colocam-se os direitos humanos, que não podem, por isso mesmo, ser desfeitos pelo legislador ordinário, ou pelo poder administrativo" (VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e filosóficos*, pp. 424-425).
[112] REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*, p. 2.
[113] *Idem*, pp. 3-4.

coisas" a que faz referência Humberto Ávila): o exercício do poder – que é de titularidade popular – deverá ser fragmentado entre órgãos independentes entre si; deverão ser promovidos os direitos fundamentais; o Estado deverá respeitar, sob o ponto de vista formal e material, a ordem jurídica (princípio da juridicidade), dentre outros.

Por conseguinte, desse princípio fundamental do direito público decorrem os seguintes subprincípios: (a) separação das funções estatais; (b) submissão à ordem jurídica, com o reconhecimento da supremacia da Constituição; (c) sistema de direitos fundamentais, dotados de petrealidade; (d) segurança jurídica; (e) inafastabilidade do controle jurisdicional; (f) devido processo legal; (g) razoabilidade (proporcionalidade) das decisões estatais.[114]

3.3. O princípio republicano

O princípio do Estado Democrático de Direito se entrelaça com o ***princípio republicano***.

Desde a época romana, o termo "república" tem um sentido de coisa pública, de interesse público. Como o próprio vocábulo já indica, é a *res publica*.[115] Logo, como a *res* é pública, como o poder pertence ao povo, como todos são iguais, os mandatos são temporários e os representantes são por ele eleitos (art. 1º, parágrafo único, da Lei Maior).

Mas, do princípio republicano, decorrem outras consequências, além da isonomia e da temporariedade e eletividade dos mandatos. Na República, o Poder Público deverá agir sempre da forma mais eficiente possível; os agentes públicos deverão atuar dentro da moralidade pública e serão sempre responsáveis; deverá haver um sistema de controle interno e externo, isto é, os comportamentos públicos estarão sempre sujeitos à fiscalização, dentre outros. Para Geraldo Ataliba, até mesmo o sistema

---

[114] Sobre o tema, vide: ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, pp. 131-132; COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de direito contemporâneo. *RDP*, nº 84, p. 46; VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*, pp. 33-34.

[115] "Com *res publica* os romanos definiram a nova forma de organização do poder após a exclusão dos reis. (...) Com efeito, *res publica* quer pôr em relevo a coisa pública, a coisa do povo, o bem comum, a comunidade" (MATTEUCCI, Nicola. República. *Dicionário de política*, v. 2, p. 1107).

de separação das funções é fundamental na República.[116]

Como se pode perceber, não há República fora de um Estado Democrático de Direito. Isso ocorre porque, para usar os ensinamentos de Cármen Lúcia Antunes Rocha, para se realizar a República, "tem-se um conjunto de outros princípios que nela são gerados, dela partem e para ela retornam, formando o sistema constitucional, no qual se contém uma associação vinculada, vinculante e harmoniosa de normas principiológicas e preceituais, que se complementam, conectam-se, num movimento contínuo e ajustado, para o atingimento das finalidades postas como próprias".[117]

Dessa forma, o princípio republicano também possui a característica de ser um princípio fundamental do direito público brasileiro. *Ao lado do princípio do Estado Democrático e Social de Direito, o princípio republicano impõe ao Estado brasileiro uma série de* ***deveres jurídicos***. É por isso que as atividades públicas são funções. E vale lembrar que a relação conversa desses deveres, consiste exatamente num plexo de direitos subjetivos (em sentido amplo) conferidos aos cidadãos.

3.4. O princípio federativo

O terceiro princípio jurídico-positivo que confere compostura ao direito público brasileiro é o ***princípio federativo*** (art. 1º, *caput*, e art. 18, *caput*, da CF). Essa divisão espacial das atividades a cargo do Estado brasileiro leva a uma repartição constitucional de competências entre os entes políticos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Estes exercerão tais competências (ou seja, levarão a cabo as atividades públicas a eles conferidas pela Constituição) com autonomia. Cármen Lúcia Antunes Rocha observa que, na Federação, há uma "unidade na pluralidade", porquanto tal princípio assegura a pluralidade de ordens jurídicas internas autônomas e afinadas numa

---

[116] "Caracteriza-se modernamente o regime republicano pela tripartição do exercício do poder e pela periodicidade dos mandatos políticos, com conseqüentes responsabilidades dos mandatários.
Todos os mandamentos constitucionais que estabelecem os complexos e sofisticados sistemas de controle, fiscalização, responsabilização e representatividade, bem como os mecanismos de equilíbrio, harmonia (*checks and balances* do direito norte-americano, aqui adaptados pela mão genial de Ruy) e demais procedimentos a serem observados no relacionamento entre os poderes, asseguram, viabilizam, equacionam, reiteram, reforçam e garantem o princípio republicano, realçando sua função primacial no sistema jurídico" (ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*, p. 37).

[117] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*, p. 19.

unidade que se assenta na totalidade da ordem constitucional nacional soberana.[118]

Frise-se que, em virtude do sistema de repartição de competências, o princípio federativo traz uma complexidade ao regime de direito público. A Lei Maior aglutinou os critérios horizontal e vertical de repartição de competências, na medida em que definiu áreas de atuação privativa para cada pessoa política (ou seja, separou as competências em diversos "horizontes governamentais") e pontos de contato entre os entes com o estabelecimento de competências concorrentes.[119]

Ademais, o princípio federativo também leva à necessidade de serem instituídos mecanismos de controle. É preciso um órgão que dirima os conflitos de competência – no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal – e um instrumento para manter a unidade do Estado federal, qual seja, a intervenção federal.[120]

A consagração do princípio federativo traz ainda outras consequências importantes para o regime de direito público, que não convém aqui aprofundar. O objetivo era apenas o de marcar a sua posição de princípio fundamental do direito público brasileiro.

3.5. Os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade dos interesses públicos

Como foi possível verificar acima, os princípios fundamentais do direito público atribuem ao Estado uma série de ***fins públicos***. Esses fins públicos consubstanciam o ***interesse público***, cuja satisfação se coloca como um ***dever jurídico*** para o Estado, o qual disporá das situações jurídicas ativas necessárias para cumprir esse desiderato.

Por conseguinte, exemplificativamente, são *interesses públicos* previstos na Constituição: (a) a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I); (b) o

---

[118] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*, p. 173.

[119] No que tange ao critério horizontal, a Constituição Federal enumerou as competências privativas da União e dos Municípios. Como regra, as competências residuais — ou seja, aquelas não atribuídas, expressa ou implicitamente, a tais entes federativos — ficam a cargo dos Estados (art. 25, § 1º). Note-se que as entidades estaduais também possuem algumas competências privativas explícitas (ex.: art. 25, § 2º), e a União possui competência residual em matéria tributária (art. 154, I).

[120] ARAUJO, Luiz Alberto David. Características comuns do federalismo. *Por uma nova federação*, p. 48 e 49.

desenvolvimento nacional (art. 3º, II); (c) a promoção do bem de todos, sem quaisquer preconceitos (art. 3º, IV); (d) a independência nacional (art. 4º, I); (e) o repúdio ao terrorismo e ao racismo (art. 4º, VIII); (f) a garantia à livre manifestação do pensamento (art. 5º, IV); (g) o acesso à informação e ao sigilo da fonte (art. 5º, XIV); (h) o pagamento de indenização prévia, justa e em dinheiro, quando ocorrer a desapropriação (art. 5º, XXIV); (i) a garantia de um salário mínimo (art. 7º, IV); (j) a proteção do trabalhador em face da automação (art. 7º, XXVII); dentre outros.

Não há dúvidas de que a realização desses fins públicos detém supremacia em face de interesses privados. Mas, como a satisfação de tais interesses não pode ser realizada de qualquer modo, há uma série de deveres, de limites impostos ao Poder Público.

É por isso que o regime jurídico de direito público também pode ser explicado pelo reconhecimento dos princípios da ***supremacia do interesse público sobre o privado*** e da ***indisponibilidade do interesse público***.

O princípio da supremacia do interesse público[121] fundamenta as posições de autoridade e de privilégio que o Poder Público se encontra em certas situações. Assim, a supremacia do interesse público justifica o manejo, pelo Estado, dos *poderes públicos* que a ordem jurídica lhe confere (poder de legislar, poder de resolver os conflitos de interesse em caráter definitivo, poder de revogar os atos administrativos editados no exercício de competência discricionária, poder de invalidar os atos ilegais, dentre outros). De igual modo, justifica a *existência de privilégios* em determinadas relações, como, por exemplo, o direito a contagem em quádruplo do prazo para o Poder Público contestar e em dobro para recorrer (art. 188 do CPC). Ademais, da conjugação da posição de *autoridade e privilégio*, resulta o atributo da exigibilidade da pretensão veiculada pelos atos jurídico-públicos, bem como a possibilidade de revogação e

---

[121] O princípio da supremacia do interesse público tem sido objeto de algumas críticas infundadas (por todos, cfr. ÁVILA, Humberto. Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". *RERE*, n° 11). Para a demonstração da improcedência das críticas ao princípio da supremacia, vide o artigo de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (O princípio da supremacia do interesse púbico. *Interesse público*, n° 56) e de Emerson Gabardo e Daniel Hachem (O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*, pp. 13-66). Aliás, Daniel Wunder Hachem possui uma obra específica sobre o tema: *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Vale ainda destacar as lições de Luís Roberto Barroso (*Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, pp. 92-95) sobre a consagração constitucional do princípio da supremacia do interesse público.

invalidação (por ilegalidade ou inconstitucionalidade) dessas normas veiculadas por tais atos, quando cabível.[122]

Enfim, é o princípio da supremacia do interesse público que autoriza o Poder Público a aplicar sanções àqueles que causem danos ao meio ambiente, ou a revogar uma permissão de uso de bem público a um particular, para que no citado bem possa ser instalado um hospital público.

Sem essa consagração do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, não há como o Estado atingir os fins públicos. Não há como o Estado perseguir esses fins se ele não dispuser de instrumentos que lhe possibilitem atuar de modo unilateral, independentemente da vontade dos destinatários. É, pois, indispensável à existência do próprio Estado que ele possua uma posição de autoridade e de privilégio nas suas relações com os administrados, *desde que isso se mostre justificável* e seja exercido *dentro das limitações impostas pela ordem jurídica*.

Nesse sentido, outro princípio fundamental do direito público consiste na *indisponibilidade do interesse público*. Seria possível dizer, inclusive, que este princípio e o da supremacia do interesse público são "duas facetas da mesma moeda". Isso porque, enquanto o princípio da supremacia fundamenta os poderes do Estado, o princípio da indisponibilidade impõe as devidas ***restrições***. A necessidade de compatibilidade dos atos do Estado com a ordem jurídica (juridicidade), razoabilidade, devido processo legal, isonomia, moralidade, publicidade, responsabilidade, controle etc. são apenas algumas dessas limitações ao exercício dos poderes.

Portanto, *os princípios da* ***supremacia do interesse público sobre o privado*** *e o princípio da* ***indisponibilidade do interesse público*** *delineiam* ***todo o regime jurídico de direito público***. E, como foi possível verificar, esse regime é caracterizado muito mais pela *presença de* ***deveres jurídicos*** *ao Estado de atender* ***fins públicos*** – logo, na sua relação conversa, pela *presença de* ***situações jurídicas ativas aos membros da sociedade brasileira*** –, do que pela presença de poderes, os quais são meramente instrumentais.

---

[122] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, pp. 70-71.

4. Atividades públicas e direito privado

Como já mencionado, as atividades públicas são o campo de incidência do direito público. O titular de determinada atividade pública (União, Estado, Distrito Federal ou Municípios) deverá exercê-la em vista dos interesses públicos consagrados na ordem jurídica, devendo observar os princípios do direito público brasileiro, que lhes impõem uma série de obrigações jurídicas.

Isso, porém, não significa que, em hipóteses específicas, o direito privado não possa ser utilizado para a execução de atividades públicas, finalísticas ou instrumentais. Essa aplicação do direito privado a atividades públicas é possível, em primeiro lugar, porque o direito é uno.[123] A distinção existe por questões de utilidade, já que os princípios que governam o direito público e o direito privado são distintos, o que traz implicações práticas importantes.

Mas é convém fazer duas ressalvas de extrema relevância.

Em primeiro lugar, ***é o direito público a base da atividade estatal e é ele que preside a sua lógica***. Em hipótese alguma caberá falar em "autonomia privada" e "livre iniciativa" no âmbito das atividades públicas, pois todas as atividades estatais são funções públicas. Não cabe ao Estado simplesmente dispor dos interesses que está obrigado a perseguir e proteger. O princípio da indisponibilidade do interesse público afasta essa concepção. Apenas nas hipóteses em que isso *se mostre compatível com a Constituição* é que a lei poderá atribuir ao Estado uma margem de disposição (ex.: transação em matéria tributária).

O segundo ponto é que a determinadas atividades públicas ***não será aplicável o direito privado, seja qual for o caso***. O direito público incidirá com exclusividade. Aliás, isso é o normal, pois o direito público é o regime característico das atividades públicas. É o que ocorre no âmbito das funções legislativa, jurisdicional e de governo.

Todavia, a algumas atividades ***administrativas*** será possível aplicar o direito

---

[123] José de Oliveira Ascensão (*O direito: introdução e teoria geral*, p. 311) aponta que a divisão entre direito público e privado não significa contradição. Para o autor, o direito privado não pode ser considerado o direito dos egoísmos individuais, bem como o direito público não é apenas o direito das relações de dominação. "São ambos indispensáveis e entre si complementares. O progresso não está na absorção dum pelo outro, mas na sua coordenação em fórmulas sucessivamente perfeitas". Convém ressaltar que, embora se concorde com a conclusão do autor, ele parte de um critério de distinção entre direito público e privado não acolhido neste estudo.

privado.

A primeira hipótese consiste na aplicação do direito privado por ***força de determinação constitucional ou legal***.[124] Em matéria organizacional, as sociedades de economia mista prestadoras de serviço público estão submetidas ao direito público quando do exercício da função pública (art. 37 da Constituição); no entanto, a elas também se aplica, no que cabível, a Lei 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas). Os contratos administrativos são regidos pelo direito público. Subsidiariamente, a teoria geral dos contratos privados e demais disposições de direito privado poderão ser aplicadas. O art. 54 da Lei 8.666/1993 abre essa possibilidade.

Vale destacar que, no caso de aplicação do direito privado por força de determinação legal, isso somente será admitida *na medida em que* ***não enfraquecer a situação jurídica dos administrados****, ou* ***afastar restrições*** *impostas pela Constituição*. Exemplo: o legislador não poderá criar uma empresa estatal para fiscalizar o trânsito (que é modalidade de atividade administrativa ordenadora – cfr. Cap. II, item 4, *infra*). A adoção do regime de direito privado, nesse caso, enfraquece a situação jurídica dos administrados. Os empregados públicos dessa empresa estatal de trânsito – por não possuírem as garantias próprias do regime constitucional dos servidores públicos (estabilidade e disponibilidade remunerada) – estarão suscetíveis a maiores interferências políticas, já que não possuem qualquer proteção contra a dispensa sem justa causa.

Em segundo lugar, haverá a possibilidade de aplicar o direito privado em caso de ***lacuna*** ou ***dúvida interpretativa***. No entanto, nesses casos, em primeiro lugar, *serão sempre os princípios de direito público que irão ditar a solução*.[125] Apenas quando não houver possibilidade de aplicação analógica do direito público é que caberá aplicar o direito privado.[126] Como se pode perceber, a possibilidade de aplicação do direito privado nessa situação é bastante restrita.

Há uma última observação relevante. A aplicação do direito privado nas

---

[124] É evidente que a determinação em lei de aplicação do direito privado a atividades públicas deverá estar adequada à Constituição. De acordo com Silvio Luis Ferreira da Rocha (Repercussões do Código Civil de 2002 no direito administrativo. *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*, p. 803), o direito privado é aplicável às relações jurídico-administrativas quando expressamente previsto na Constituição e na lei, "sempre que esse for o melhor meio para realizar o interesse público".
[125] ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*, t. I, p. 19.
[126] ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Repercussões do Código Civil de 2002 no direito administrativo. *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*, pp. 802-803.

hipóteses acima citadas ***não permite dizer*** *que existem atividades administrativas regidas pelo direito privado*. ***Toda atividade pública*** *– pelo simples fato de ter sido assim qualificada pela ordem jurídica –* ***é regida pelo direito público***. O que cabe é a incidência do direito privado em hipóteses bastante específicas e, mesmo assim, desde que não implique em prejuízo à situação jurídica dos indivíduos.

Este aspecto é fundamental neste estudo, em que se busca analisar a prestação de serviço público por pessoas privadas, e será devidamente aprofundado nos Capítulos seguintes.

CAPÍTULO II – DAS ATIVIDADES ADMINISTRATIVAS E DO REGIME DE DIREITO ADMINISTRATIVO

1. Considerações iniciais

No Capítulo I, o direito público foi definido como sendo aquele que disciplina o exercício das atividades públicas (ou das funções estatais). De igual modo, também é possível definir o ***direito administrativo*** como sendo aquele que *disciplina o* ***exercício das atividades administrativas****, ou da* ***função administrativa***.[127]

A primeira questão que se coloca é a seguinte: quais são as atividades administrativas?

A rigor, a extensão dessas atividades varia conforme seja o direito positivo de cada país. Afinal, a Constituição e as leis são os atos que estabelecem quais são as atividades de titularidade do Estado. Nessa matéria vigora, como já afirmado, um princípio de competência.

De todo modo, não há dúvidas de que essas atividades são bastante ***heterogêneas***. Aliás, essa característica – comum em diversos sistemas jurídicos – é um fator que dificulta não só a classificação das atividades administrativas, mas também a conceituação de *função administrativa*. Não é por outra razão que, em trabalho anterior, adotou-se o *critério formal* para se definir as funções estatais, qual seja, o que leva em conta suas características jurídicas. Nesse sentido, a ***função administrativa*** foi definida como sendo a "*atividade em que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, emite – no seio de uma estrutura e regime hierárquicos – atos jurídicos complementares à lei e, excepcionalmente e em caráter vinculado, à Constituição, os quais estão sujeitos a controle de juridicidade pelo Poder Judiciário*".[128]

Dessa forma, as atividades administrativas – além de se submeterem aos princípios gerais de direito público (como devido processo legal, proporcionalidade, responsabilidade, dentre outros) – estão sujeitas aos princípios específicos do direito

---

[127] Tal como já destacado no Capítulo I (item 2.4), no conceito apresentado está implícito *quem* exerce a atividade, *como* a exerce, qual o seu *conteúdo* e *quais os limites*. Vide ainda: GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*, t. I, p. V-2.

[128] FREIRE, André Luiz. Apontamentos sobre as funções estatais. *RDA*, nº 248, p. 46.

administrativo, em especial aos ***princípios da legalidade*** e ***do controle judicial dos atos administrativos***. Esse é o traço comum entre as mais diversas atividades administrativas e que será melhor abordado no item 5 abaixo. Mas, mesmo com essa característica *jurídica* comum, a grande diversidade de tarefas a cargo da Administração Pública dificulta uma sistematização, embora a doutrina tenha se esforçado em realizar essa classificação.[129]

Garrido Falla arrola alguns dos critérios de classificação. Sob o ponto de vista do ***conteúdo***, indica que a atividade administrativa pode ser *jurídica*, de um lado, e *material* e *técnica*, de outro. A atividade jurídica é realizada mediante atos jurídicos (como a nomeação de um servidor público). A atividade material reside na execução de atos administrativos (como a demolição de uma edificação), bem como em operações materiais continuadas, como a prestação de serviços públicos. Dentre as atividades materiais, há a atividade técnica, a qual pressupõe a aplicação de critérios oferecidos por disciplinas técnicas.[130]

Sob o ponto de vista da ***forma***, Garrido Falla faz menção à distinção entre *atividade jurídica* e *atividade social*, proposta pelo italiano Orlando.[131] A primeira consiste na atividade estatal de prevenir os danos sociais e assegurar a paz e a ordem pública; essa atividade limita os direitos individuais dos cidadãos. Justamente por isso, essa atividade não pode ser levada a cabo por particulares. Já a atividade social se traduz na prestação de serviços pelo Estado, não havendo problemas que essa tarefa venha a ser delegada a particulares.[132]

No direito brasileiro, segundo Mário Masagão, as atividades do Estado são

---

[129] "*El rasgo más acusado, que salta a la vista en una primera aproximación a la actividad material de las Administraciones Públicas, es su extrema heterogeneidad. Nos se trata sólo de que la Administración lleve a cabo un extraordinario número de actividades, sino que la diversidad material de éstas parece estar hecha con el propósito de resistir cualquier intento de tipificación y clasificación. La Administración, en efecto, se presenta como una organización de función universal: hace, literalmente, de todo, desde las funciones más genéricas (p. ej., gestionar las relaciones exteriores) hasta las de alcance más individual (p. ej., atender a los enfermos); desde las tareas más altas en términos intelectuales (p. ej., promover la investigación, organizar conciertos) hasta las teóricamente menos nobles (como cuidar de la eliminación de residuos); desde las acciones más abstractas (p. ej., elaborar planes de urbanismo) hasta las de mayor concreción (recaudar una tasa); y desde las obligaciones más gratificantes en términos humanitarios, como proveer a la atención de los ancianos y marginados*" (PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Principios de derecho administrativo general*, v. II, p. 251).

[130] FALLA, Fernando Garrido. *Tratado de derecho administrativo*, v. II, p. 118.

[131] Ressalte-se apenas que Orlando (*Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, v. I, pp. 72-78) faz menção também à atividade patrimonial, em função da qual há a gestão do patrimônio estatal.

[132] FALLA, Fernando Garrido. *Op. cit.*, p. 119.

jurídicas e sociais. As primeiras têm como conteúdo a declaração do direito, a distribuição da justiça, a manutenção da ordem social e a defesa da nação contra o inimigo externo. Já as atividades sociais do Estado são ações concernentes ao desenvolvimento da população e seu equilíbrio com a área territorial, à saúde pública, à educação e à ordem econômica.[133] Aliás, para o autor, as atividades sociais fazem parte da Ciência da Administração, cabendo ao direito administrativo disciplinar apenas a atividade jurídica do Estado, exceto a judiciária, e a instituição dos meios e órgãos de sua ação em geral.[134]

Garrido Falla se refere ainda às atividades que consistem em *prestações da Administração aos particulares* e as que são *prestações dos particulares à Administração*. No primeiro caso, os particulares possuem direitos subjetivos ou interesses legítimos em face do Poder Público. No segundo, é a atividade dos privados que é devida, exigível pela Administração.[135]

Há ainda outras formas de classificar as atividades administrativas. No direito francês, é comum fazer alusão apenas ao serviço público e ao poder de polícia.[136] Aliás, Jean Rivero deixa isso claro, mas entende ser necessário completar essa distinção tradicional. Por isso, ele inclui a atividade de auxílio das pessoas públicas às atividades privadas de interesse geral.[137]

No direito espanhol, Luis Jordana de Pozas, em estudo clássico, escreve que a satisfação das necessidades gerais pode ser realizada de quatro modos: legislação, polícia, fomento e serviço público. A legislação consiste na emanação de normas obrigatórias, sendo que a ação administrativa de execução ocorrerá por meio de uma das três últimas modalidades por ele citadas.[138]

Essa classificação tripartite das atividades administrativas proposta por Pozas foi encampada pela doutrina espanhola, ainda que haja variações, seja quanto à terminologia, seja quanto ao número de atividades. Garrido Falla, por exemplo,

---

[133] MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*, pp. 16-17.
[134] *Idem*, pp. 20-21. Em igual sentido, vide: TÁCITO, Caio. *Direito administrativo*, pp. 198-199.
[135] FALLA, Fernando Garrido. *Tratado de derecho administrativo*, v. II, p. 121.
[136] A título de exemplo, pode-se citar: BÉNOIT, Francis-Paul. *Le droit administratif français*, 6ª Parte; CHAPUS, René. *Droit administratif général*, t. 1, 3ª Parte, Capítulos 2 e 4; MORAND-DEVILLIER, Jacqueline. *Droit administratif*, Capítulos VII e VIII ; WALINE, Marcel. *Traité de droit administratif*, p. 565 e ss.
[137] RIVERO, Jean. *Direito administrativo*, p. 473-477.
[138] POZAS, Luis Jordana de. Ensayo de una teoria del fomento en el derecho administrativo. *Revista de estudios políticos*, n° 48, p. 42.

descreve que, sob o ponto de vista do *modo de intervenção que a atividade administrativa pressupõe*, esta pode ser *de coação*, *de estímulo ou persuasão* ou *de prestação*.[139] Ramón Parada acrescenta às três atividades clássicas – de limitação (ou polícia), de prestação (ou de serviço público) e de fomento – as atividades sancionadora e arbitral.[140] Juan Alfonso Santamaría Pastor, por seu turno, faz alusão às atividades de ordenação, prestacional (ou de serviço público), promocional (ou de fomento), sancionadora e expropriatória.[141]

Mas há autores que arrolam um maior número de atividades administrativas. Na doutrina alemã, Wolff, Bachof e Stober propõem, sob o ponto de vista do conteúdo da atividade, a seguinte classificação: (a) administração de ordenação; (b) administração de prestação e de garantia; (c) administração de planificação; (d) administração de conservação; (e) administração de satisfação de necessidades internas; e (f) administração econômica.[142]

Seria possível arrolar outras classificações.[143] Antes, porém, convém tecer breves considerações sobre a distinção feita pela doutrina entre atividade administrativa de direito público e de direito privado.

---

[139] FALLA, Fernando Garrido. *Tratado de derecho administrativo*, v. II, pp. 122-123.

[140] PARADA, Ramón. *Derecho administrativo*, t. I, pp. 369-370.

[141] É interessante registrar que, para Santamaría Pastor, a adoção de um critério classificatório não deve ser um tema a que se deva conferir muita atenção. Todos os critérios são, por definição, insuficientes ou inexpressivos, não cabendo melhor solução prática a não ser utilizar as pautas habitualmente seguidas pela doutrina e assumir a tripartição de Pozas. Mas Pastor agrega a essas, as atividades sancionatória e expropriatória (que, para Pozas, estão dentro da atividade de polícia), por reputar que possuem uma importância e volume temático suficientes para se proceder a um exame em separado (PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Princípios de derecho administrativo general*, v. II, p. 254.

[142] A administração de ordenação limita os interesses privados, a fim de cuidar da boa ordem da comunidade; é a *administração de ingerência*. A administração de prestação amplia a posição jurídica dos administrados, mediante a disponibilização indireta de instituições e da prestação de serviços. Nesta atividade se inclui a criação de infraestruturas, a regulação de serviços ("administração de garantia"), a "administração social" (segurança social, assistência social), o fomento e a disponibilidade de instalações, dados e outros elementos. A administração de planificação conforma os fins preestabelecidos de desenvolvimento, programando, concretizando e orientado para o futuro. Já a administração de conservação se destina à assistência das futuras gerações (proteção ambiental e cultural). Por fim, a administração de necessidades internas diz respeito à disponibilização dos meios materiais necessários para a execução dos fins públicos (administração de pessoal, bens etc.). Na administração econômica, a Administração se comporta como um empresário na produção de bens e prestação de serviços. WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. *Direito administrativo*, v. 1, pp. 55-60.

[143] Acerca do tema, vide: ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*, pp. 97-108.

2. *Atividades administrativas de direito público e de direito privado. O direito privado administrativo*

É comum encontrar na doutrina estrangeira a classificação da atividade administrativa sob o ***ponto de vista do regime jurídico***: haveria a atividade administrativa de direito público e a de direito privado.

Conforme Giannini, a atividade regulada pelo direito administrativo é aquela em que a Administração se coloca numa posição de autoridade, utilizando o seu típico instrumento que é o ato administrativo (*provvedimento amministrativo*). Já a atividade administrativa de direito privado consiste naquela em que a Administração se coloca na posição de um sujeito privado comum, utilizando-se dos meios do direito privado.[144]

Giannini diferencia a *atividade **administrativa** de direito privado* da *atividade **privada** da Administração Pública*. Enquanto aquela visa a satisfazer o interesse público, esta tem como propósito atender a necessidades da pessoa administrativa, como a compra de bens e gestão do pessoal. Vale destacar que, na concepção do autor, a atividade privada da Administração, que no Estado patrimonial era livre de controles, evoluiu para a sua publicização e funcionalização.[145]

Renato Alessi também se refere à distinção entre atividade privada da Administração e atividade administrativa de direito privado nos mesmos termos acima enunciados. E acrescenta que a natureza pública do sujeito traz alguns reflexos no momento da formação, durante a vida, quando da extinção e execução da relação jurídica de direito privado.[146] Ademais, o autor indica as condições para que a

---

[144] Ao tratar do tema, Giannini faz alusão também à atividade organizativa – por meio da qual a Administração se organiza, sendo ela regulada pelo direito constitucional, pelo direito administrativo e pelo direito privado – e à atividade interna, na qual os órgãos da Administração estabelecem relações entre si, as quais não são relevantes externamente (GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*, v. I, pp. 436-437).

[145] *Idem*, pp. 445-447.

[146] Assim, no que se refere à formação da relação, Alessi afirma que todo processo formativo da vontade administrativa é matéria regulada pelo direito administrativo. Em relação à vida da relação, além de a lei poder impor outras obrigações ao sujeito privado, afirma Alessi que a Administração – em razão da sua natureza pública – pode impor obrigações ao particular inexistentes no puro regime de direito privado. Quanto à extinção, o jurista italiano faz menção ao fato de que a vida da relação jurídica privada é sempre subordinada à permanente vida do ato administrativo (*provvedimento amministrativo*) que autorizou a contratação. Logo, se tal ato for extinto, o contrato dele decorrente também o será. Quanto à execução da relação em caso de inadimplemento, dentre os exemplos citados pelo autor, há a impossibilidade de o particular pedir a resolução do contrato em face do inadimplemento da Administração (ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*, t. I, pp. 238-241).

Administração possa, na atividade administrativa de direito privado, "renunciar" ao direito público. Isso será possível quando: (i) houver meios privados equivalentes aos oferecidos pelo direito público; e (ii) a lei não exigir a adoção do direito público.[147]

No direito alemão, também se faz alusão à atividade administrativa regida pelo direito privado. Hartmut Maurer faz referência a ***três situações*** em que *o direito privado incide sobre atividades administrativas*.

A ***primeira*** *hipótese* consiste na chamada "administração de cobertura da demanda". Trata-se da tarefa administrativa destinada à compra de bens e contratação de serviços necessários à realização das atividades administrativas finalísticas.[148] Segundo Wolff, Bachof e Stober, são as "atividades auxiliares fiscais" da Administração.[149]

É discutido na doutrina alemã se essa atividade de cobertura da demanda (submetida ao direito privado) está vinculada aos direitos fundamentais. Maurer entende que os direitos fundamentais também são aplicáveis à atividade administrativa de cobertura da demanda, em especial o art. 3º, I, da Lei Fundamental (principio da isonomia[150]).[151] Wolff, Bachof e Stober mencionam que, por se tratar de uma atividade de execução indireta das funções da Administração, inexistindo um "poder" do Estado (já que aqui não cabe aplicar poderes de autoridade), não seria possível invocar uma vinculação aos direitos fundamentais. A subordinação da Administração seria meramente aos fins do Estado. Contudo, eles entendem que esse posicionamento não elimina uma vinculação diferenciada aos direitos fundamentais.[152]

A ***segunda*** *hipótese* mencionada por Maurer reside na "atividade de lucro da Administração". Aqui, o Estado atua como um empresário na vida econômica, seja por meio de atividade empresarial própria, seja por meio de sociedades comerciais (em

---

[147] ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*, t. I, pp. 245-246.
[148] MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*, pp. 42-43.
[149] WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. *Direito administrativo*, v. 1, pp. 306-307.
[150] O art. 3º, I, da Lei Fundamental Alemã prescreve o seguinte: "Todas as pessoas são iguais perante a lei" (tradução da Lei Fundamental obtida no sítio eletrônico da Embaixada e Consulados Gerais da Alemanha no Brasil (<http://www.brasil.diplo.de>).
[151] MAURER, Hartmut. *Op. cit.*, p. 43.
[152] "Com a cobertura das necessidades, a Administração pode prosseguir fins **político-conjunturais, jurídico-orçamentais, político-sociais, político-ambientais** e outros **fins de bem comum**. (...) Por isso, existe especialmente o perigo de vir a ser violado o **princípio da igualdade** por razões estranhas e de vir a ser violada, por exemplo, a **igualdade de concorrência**. Deverá haver a possibilidade de interposição de recurso jurisdicional contra as decisões arbitrárias da Administração" (WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. *Op. cit.*, p. 308).

especial, sociedades anônimas). Duas são as questões levantadas acerca dessa atividade. Em primeiro lugar, questiona-se se tal atividade é possível, ao que se tem respondido afirmativamente desde que exista uma finalidade pública que justifique a criação da empresa. A segunda questão diz respeito a que tipo de vinculações tal atividade está sujeita. Segundo Maurer, por ser a empresa um instrumento da administração, ela está submetida às vinculações de direito público (direitos fundamentais e princípios da administração). O lucro, aqui, é relegado a um segundo plano, embora ele possa existir.[153] O mesmo é defendido por Wolff, Bachof e Stober.[154]

A ***terceira*** *hipótese* citada por Maurer diz respeito à execução de atividades públicas imediatas sob a forma do direito privado. Segundo o autor, isso somente poderá ocorrer em situações limitadas. Nos casos em que a Administração atua com poder de coerção (como no caso da administração tributária), não cabe aplicar o direito privado, pois o Estado não pode renunciar ao seu poder soberano. No âmbito da administração de prestação (em que a coerção não é a regra), a princípio também não cabe, já que ela é regulada por prescrições de direito público. No entanto, conclui o autor que, diante da inexistência de prescrições públicas, há liberdade para a Administração realizar atividades prestacionais com base em *formas públicas* ou em *formas privadas*. Essa liberdade diz respeito tanto à *forma de organização* quanto à *relação de prestação*.[155]

Porém, Hartumt Maurer ressalta que *essa liberdade de escolha na execução de tarefas imediatas é* ***problemática***. A justificativa da adoção do direito privado residiria, no máximo, na ausência de normas públicas idôneas para realizar a prestação. De todo modo, mesmo se adotado o direito privado, a Administração não pode afastar as vinculações de direito público, em especial, os direitos fundamentais. "À administração compete somente as formas jurídico-privadas, não as liberdades e possibilidades da autonomia privada. Fala-se, por isso, nessa conexão, de *direito privado administrativo* (Wolff)".[156]

Aliás, a concepção de "direito privado administrativo" é corrente na Alemanha. Como aponta Sérvulo Correia, a teoria se assenta no princípio de que nada impede a

---

[153] MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*, pp. 44-45.
[154] WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. *Direito administrativo*, v. 1, pp. 308-309.
[155] MAURER, Hartmut. *Op. cit.*, p. 45.
[156] *Idem* p. 47.

Administração Pública de usar meios de direito privado para desempenhar atribuições das pessoas públicas, isto é, para a busca direta de fins de interesse público. Contudo, embora o meio utilizado (de direito privado) não seja transformado em instrumento de direito público, a sua aplicação leva à aplicação de algumas normas de direito público.[157] De acordo com Wolff[158], Bachof e Stober, o direito privado administrativo se aplica às atividades prestacionais (saneamento, transportes, água, gás etc.), bem como ao fomento e direção da economia por meio de subvenções (fianças, subsídios à habilitação, dentre outros).

Convém ressaltar ainda que, no direito alemão, a aplicação do direito privado (em qualquer das três hipóteses acima citadas) desloca a competência jurisdicional dos tribunais administrativos para os tribunais ordinários.[159]

De acordo com Maria João Estorninho, o objetivo do direito privado administrativo é, essencialmente, ***evitar a possibilidade de fuga da Administração para o direito privado***. Por ser essa "fuga" a tentativa da Administração de evitar as vinculações de direito público, a teoria do direito privado administrativo surgiu justamente para impor tais prescrições públicas, mesmo quando a Administração adotasse as formas de direito privado.[160]

No direito brasileiro, *não é* comum encontrar referências à categoria *atividades administrativas de direito privado*. De modo geral, a doutrina tem admitido a prática de atos jurídicos da Administração Pública regidos pelo direito privado. Em teoria dos atos administrativos, é corrente a distinção entre *atos administrativos* e *atos da*

---

[157] CORREIA, José Manual Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, p. 389. Sobre o tema, vide ainda: SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoria general del derecho administrativo como sistema*, p. 299 e ss.

[158] Note-se que a doutrina costuma atribuir a Wolff a autoria da teoria do direito privado administrativo. Contudo, vale registrar que, segundo Maria João Estorninho (*A fuga para o direito privado*, pp. 121-124), há quem confira ao civilista alemão Wolfgang Siebert "os louros da descoberta", quando distinguiu o direito privado administrativo da atuação puramente fiscal da Administração. Porém, Estorninho assevera que parece estar provado que Siebert não tinha como conhecer a teoria de Wolff, tendo havido uma "feliz coincidência".

[159] Ao tratar da questão da competência jurisdicional sob a perspectiva do direito privado administrativo, Wolff, Bachof e Stober mencionam que esse deslocamento para a jurisdição comum tem sido criticado por alguns autores, já que a atuação administrativa estaria sujeita a diferentes jurisdições, podendo a Administração escolher qual via os sujeitos privados deveriam buscar. "Contra esses argumentos podemos sustentar que a via dos tribunais ordinários e a via dos tribunais administrativos são de igual valor, mesmo do ponto de vista da protecção jurídica efectiva, e que também os direitos assentes no direito privado da Administração podem ser eficazmente defendidos" (WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. *Direito administrativo*, v. 1, pp. 317-318).

[160] ESTORNINHO, Maria João. *Op. cit.*, p. 125.

Administração. Dentre esses últimos, há os atos da Administração Pública regidos pelo direito privado, tais como a celebração de contratos de locação e de seguro.[161]

Porém, em diversos artigos, Almiro do Couto e Silva faz alusão ao direito privado administrativo como aplicável à administração prestadora de benefícios, na execução de serviços públicos e na realização de subvenções (que é forma de fomento).[162] Especificamente em relação aos serviços públicos, assevera que, nos serviços administrativos, o regime é integralmente de direito público; contudo, aos serviços comerciais ou industriais, é aplicável um *regime híbrido*, ***predominantemente de direito privado****, mas mesclado com normas de direito público*, isto é, o *direito privado administrativo*.[163]

Egon Bockmann Moreira também invoca a teoria do direito privado administrativo. Na sua concepção, a Constituição conferiu ao legislador a competência para decidir se o serviço público será: (i) prestado única e diretamente pela União (no regime de direito público, ou então, quando criada empresa estatal nos termos do art. 173 da Constituição, no regime do direito privado administrativo); (ii) mediante outorga a particulares (art. 175 da Constituição); e/ou (iii) prestados por privados mediante autorizações, no regime de direito privado administrativo.[164]

É interessante destacar que a utilização da teoria do direito privado administrativo por tais autores é uma forma de explicar a previsão legal da autorização para a prestação de serviços públicos, a qual estaria sujeita ao direito privado, a exemplo do que ocorre no âmbito da Lei Geral das Telecomunicações (art. 131 da Lei

---

[161] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*, p. 144; ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*, pp. 474-475; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 387; BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*, p. 475; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, p. 96; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 197; GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*, p. 109; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 132.

[162] COUTO E SILVA, Almiro. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de direito contemporâneo. *RDP*, nº 84; Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. *Direito administrativo e constitucional: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. Celso Antônio Bandeira de Mello (org.), pp. 93-94. Esses trabalhos também foram publicados no volume 27, número 57, da *Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]*, a qual homenageou o jurista. Dessa revista, há mais dois artigos que fazem menção ao direito privado administrativo: "Poder discricionário no direito administrativo brasileiro" e "Problemas jurídicos do planejamento".

[163] COUTO E SILVA, Almiro. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público "à brasileira"? *Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]*, v. 27, nº 57, p. 211.

[164] MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995 (parte geral)*, pp. 66-67.

9.472/1998).[165]

O tema das autorizações de serviço público será abordado no Capítulo VIII. Por ora, basta salientar que, quando se adota a concepção de que o direito público consiste na disciplina jurídica das atividades públicas e que o direito administrativo, das atividades administrativas, ***não é possível*** *adotar a concepção do* ***direito privado administrativo***. ***Toda e qualquer atividade pública está submetida ao direito público****, ainda que possa haver a aplicação do direito privado*. Uma vez adotado o conceito de direito público proposto no Capítulo I, item 2.4, não é possível entender que há atividades públicas regidas pelo direito privado.

Ademais, a doutrina do direito privado administrativo tinha como objetivo estabelecer limites à fuga da Administração Pública para o direito privado. Não é preciso utilizar tal teoria para combater essa fuga. É suficiente estabelecer limites claros para o direito privado no âmbito das atividades administrativas, as quais são regidas pelo direito público (vide item 3 do Capítulo I e item 5.4 abaixo).

3. As atividades administrativas na doutrina brasileira

Na doutrina brasileira, é possível encontrar autores que não discorrem sobre a sistematização das atividades administrativas; apenas conceituam a "administração pública" em sentido objetivo (como sendo sinônimo de atividade administrativa) e tratam dessas atividades em capítulos específicos.[166] Há ainda quem, reconhecendo a dificuldade em realizar essa classificação, apenas enumera as atividades mais frequentes da Administração.[167]

Mas também há autores que indicam as atividades a cargo da Administração, antes de aprofundar o estudo de cada uma delas em capítulos específicos. É o caso de

---

[165] "Art. 131. A exploração de serviço no regime privado dependerá de prévia autorização da Agência, que acarretará direito de uso das radiofrequências necessárias.
§ 1° Autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias."

[166] Nessa linha, vide: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 74 e ss.; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, p. 11 e ss.

[167] É a posição de Odete Medauar (*Direito administrativo moderno*, pp. 116-118), que arrola as seguintes atividades: (a) normativa; (b) prestacional; (c) limitadora de direitos; (d) fiscalizadora; (e) organizacional; (f) contábil; (g) tributária; (h) punitiva ou sancionadora; (i) econômica; (j) social; (k) de pesquisa; (l) especificamente jurídica; (m) de planejamento; (n) de documentação e arquivo; (o) cultural; (p) educacional; (q) de controle interno; (r) de fomento ou incentivo; (s) materiais.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem a expressão "administração pública", em sentido objetivo, compreende o poder de polícia administrativa, o serviço público, o fomento e a intervenção. Neste último caso, para a autora, apenas a intervenção *indireta* (que compreende a regulamentação e a fiscalização das atividades privadas) é uma atividade administrativa. Isso porque a função administrativa somente pode ser exercida, na concepção de Di Pietro, *em regime total ou parcialmente de direito público*. *A intervenção direta, realizada pelas empresas estatais, não é*, na lição da jurista, *atividade pública*. Trata-se de atividade privada que o Estado assume ora como monopólio (art. 177 da CF), ora em regime de competição com os sujeitos privados (art. 173 da CF). Justamente por isso, tal atividade é exercida sob o regime de direito privado, com derrogações de direito público previstas na Constituição.[168]

Por sua vez, Celso Antônio Bandeira de Mello procura agrupar as atividades administrativas em categorias que apresentam afinidades jurídicas, quais sejam: (a) *serviços públicos*, isto é, atividades materiais que o Estado assume como próprias, submetendo-a a disciplina jurídica específica, sendo que o Estado também provê à sociedade *obras públicas*; (b) *intervenção do Estado no domínio econômico e social*, aqui incluídas: as situações em que o Estado atua como empresário, o fomento, a fiscalização do cumprimento da disciplina legal do setor e a prestação de serviços sociais; (c) *limitações administrativas à liberdade e à propriedade* (poder de polícia administrativa); (d) *imposição das sanções previstas para as infrações administrativas*; (e) *sacrifícios de direito*, ou seja, as providências fundadas em lei que investem contra direitos dos administrados, restringindo-os ou eliminando-os, ressalvada a indenização pelo agravo sofrido; e (f) *gestão de bens públicos*.[169]

Já Lúcia Valle Figueiredo faz menção a quatro atividades, quais sejam: (a) limitações à liberdade e à propriedade; (b) fomento a atividades privadas; (c) intervenção em atos e fatos da vida dos particulares para lhes conferir certeza e segurança jurídica; (d) prestação de serviços públicos.[170]

---

[168] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, pp. 55-57.

[169] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, pp. 683-685. Em trabalho anterior (*Prestação de serviços públicos e administração indireta*, pp. 16-18), o jurista arrola cinco atividades: (a) polícia administrativa; (b) fomento a atividades privadas; (c) intervenção em atos e fatos da vida particular para lhes conferir certeza e segurança jurídica; (d) obtenção de recursos humanos e materiais para a execução de quaisquer das suas atividades; (e) serviços públicos.

[170] FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*, p. 77. Como se pode perceber, a classificação da autora é praticamente idêntica à de Celso Antônio Bandeira de Mello na obra *Prestação*

Marçal Justen Filho também enumera quatro "tipos de função administrativa": (a) conformadora ou ordenadora, que é o conjunto de poderes para editar regras, produzir decisões e promover sua execução concreta, traduzindo-se, de modo especial, no poder de polícia; (b) regulatória, que são os poderes para disciplinar setores empresariais, valendo-se de medidas jurídicas de permissão e proibição, bem como do fomento a atividades privadas; (c) prestacional, isto é, poderes para promover a satisfação concreta de necessidades coletivas relacionadas aos direitos fundamentais (nela se encontra o serviço público e a intervenção direta do Estado na ordem econômica); (d) controle.[171] Embora diferencie a função administrativa da atividade administrativa,[172] em outros capítulos o jurista paranaense faz menção, como "tipos" de atividades administrativas, às limitações da autonomia privada (poder de polícia), à regulação econômico-social, ao serviço público e à exploração direta da atividade econômica.[173]

Diogo Figueiredo Moreira Neto diferencia a "administração introversa" da "administração extroversa". A primeira compreende a gestão de pessoal, de bens e de serviços internos dos entes públicos. A administração extroversa consiste nas modalidades de administrar os interesses gerais da sociedade, ou ainda de determinados interesses setoriais. E, na administração extroversa, inclui cinco atividades: (a) polícia; (b) serviços públicos; (c) ordenamento econômico; (d) ordenamento social; (e) fomento.[174]

Em tese de doutorado, Carlos Ari Sundfeld defendeu a necessidade de elaborar uma ampla e nova sistematização da atividade administrativa de regulação da vida privada. Por isso, além de afirmar ser necessário "enviar para o museu" a expressão "poder de polícia", identificou três grandes setores da ação administrativa: *administração de gestão, administração fomentadora* e *administração ordenadora*. Na

---

de serviços públicos e administração indireta (vide nota de rodapé acima). A autora apenas não indica a atividade de obtenção de recursos humanos e materiais para a execução de outras atividades administrativas.

[171] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, pp. 98-99.

[172] De acordo com Marçal Justen Filho (*Idem*, p. 98), é útil diferenciar os conceitos de função e de atividade administrativa. "A função administrativa é um conjunto de competências, e a atividade administrativa é a sequência conjugada de ações e omissões por meio das quais se exercita a função e se persegue a realização dos fins que a norteiam e justificam sua existência. A função administrativa se traduz concretamente na atividade administrativa".

[173] Respectivamente, são os Capítulos 9, 10, 11 e 12 de seu *Curso de direito administrativo*.

[174] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, pp. 131-135.

primeira, inclui todas as funções de gerir – como agente, como sujeito ativo – determinadas atividades, como o serviço público, o estabelecimento de relações com Estados estrangeiros, a emissão de moeda, a administração cambial e a exploração de atividades econômicas (em regime de monopólio ou de concorrência). Há, na administração de gestão, uma multiplicidade de regimes jurídicos. Já a administração fomentadora consiste na função de induzir, mediante estímulos e incentivos (não havendo necessidade de instrumentos imperativos), os particulares a adotarem certos comportamentos. Por fim, a administração ordenadora abrange as operações estatais de regulação do setor privado (logo, ligadas à aquisição, exercício e sacrifício de direitos privados), com o emprego do poder de autoridade.[175]

Antes de apresentar o posicionamento a ser defendido, cumpre fazer menção à posição de José Roberto Pimenta Oliveira, que segue a posição de Santamaría Pastor, ao diferenciar as atividades em ordenadora, prestacional e promocional.[176]

Da análise da doutrina, percebe-se que há atividades cuja qualificação como "administrativas" é pacífica. Todos os autores inserem o poder de polícia (administrativa), o fomento e o serviço público como modalidades do atuar administrativo. Também não se nega que a realização de obras públicas cabe ao Estado-Administração. De igual modo, os sacrifícios de direitos são reputados, pelos autores, como atividade administrativa, ainda que alguns os insiram como forma de "intervenção do Estado na propriedade". Outra atividade sobre a qual não há discussão é a de "intervenção em atos e fatos da vida dos particulares para lhes conferir certeza e segurança jurídica".

Há debate em relação à intervenção no domínio econômico. Isso porque é possível defender, como o faz Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que a atuação do Estado como empresário (na hipótese do art. 173 e do art. 177 da Constituição) não consiste em atividade administrativa, mas sim em *atividade econômica, de* ***titularidade privada***. Por isso, o regime é de direito privado, com derrogações de direito público. Porém, como já

---

[175] SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*, pp. 15-17.

[176] Ao que parece, José Roberto Pimenta Oliveira não incorporou, da sistematização de Santamaría Pastor, as atividades expropriatória e sancionadora (vide item 1 deste Capítulo) como sendo atividades autônomas. Porém, vale destacar que este professor brasileiro inclui a desapropriação dentro da atividade ordenadora (OLIVEIRA, José Roberto. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*, p. 413 e ss). Do mesmo autor, vide: Atividade administrativa de ordenação da propriedade privada e tombamento: natureza jurídica e indenizabilidade. *Intervenções do Estado*, pp. 210-214.

destacado, há autores que inserem essa atuação do Estado como forma de atividade administrativa.

Neste trabalho, segue-se a linha apresentada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *A intervenção direta do Estado no domínio econômico* ***não é uma atividade administrativa***. Não se trata de uma tarefa atribuída pela Constituição ao Estado, mas sim aos sujeitos privados. A Constituição não conferiu ao Estado uma competência administrativa de intervenção direta na economia. O art. 173, ao condicionar o exercício da atividade econômica pelo Estado aos imperativos da segurança nacional e a relevante interesse público, deixa isso claro. Por isso, o termo "intervenção" é, ***sob o ponto de vista jurídico***, *bastante apropriado* para essa forma de atuação do Poder Público. E, justamente por não ser atividade *administrativa* (de titularidade do Estado), o regime será de direito privado, com as derrogações de direito público previstas na Constituição.

Por outro lado, a chamada "intervenção indireta", em que são editados atos administrativos (gerais ou individuais, abstratos ou concretos) em cumprimento à lei, não consiste, juridicamente, em verdadeira *intervenção* na ordem econômica. Trata-se pura e simplesmente de *atividade administrativa de ordenação*, de *limitação à autonomia privada*. Por isso, a expressão "intervenção" não é apropriada sob o ponto de vista *jurídico-dogmático*; a expedição desses atos administrativos é uma ***atividade da Administração***, é uma atuação em *seu campo próprio de ação*, *de sua titularidade*. Não se intervém em área de que é titular. O mesmo se aplica à atividade de fomento. Sob outras perspectivas (ex.: da teoria econômica), o termo "intervenção" até pode ser usado para designar essas atuações da Administração (o que pressupõe uma tomada de posição ideológica). Para o agente econômico, que não possui conhecimento jurídico, a edição de tais atos é uma interferência na sua atividade. Mas falar em "intervenção", nesse caso, não se mostra correto a partir de uma visão ***jurídico-dogmática***.

Também não se mostra útil falar em atividade reguladora. Quando se fala na regulação de *atividades econômicas*, isso nada mais é do que *a atividade ordenadora*. Algo, pois, muito antigo em direito administrativo – ainda que sob a criticada denominação "poder de polícia".[177] Quanto à chamada "regulação de serviços públicos", para quem admite a pertinência desse conceito aos serviços públicos, ela

[177] Nesse sentido, cfr. MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Regulação e universalização dos serviços públicos: análise crítica da regulação da energia elétrica e das telecomunicações*, p. 54 e ss.

nada mais representa do que um aspecto da organização e da prestação de serviços públicos. Logo, nada novo. Por isso, neste estudo, a "regulação" não consiste em atividade administrativa autônoma em relação à ordenação da vida privada e do serviço público.[178]

Porém, uma *distinção útil* feita por alguns autores é aquela entre atividades administrativas instrumentais e finalísticas.[179] Ou, como prefere Diogo de Figueiredo Moreira Neto, "administração introversa" e "administração extroversa", ou ainda, "administração interna" e "administração externa" (Wolff, Bachof, Stober).[180] De fato, há tarefas que são meio para a execução das atividades que a Constituição atribuiu ao Estado como sendo finalísticas. Em última análise, essa distinção corresponde àquela entre interesse público primário e secundário.[181]

A exposição e análise acima mostram como essa questão não é uniforme na doutrina. É evidente que isso tem uma razão: tal distinção é extremamente difícil, em função da heterogeneidade das atividades a cargo da Administração Pública e, por consequência, da dificuldade em se separar tais tarefas a partir de um critério formal, que toma como base o direito positivo.

---

[178] Ricardo Marcondes Martins (*Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*, pp. 305-306) entende que falar em "regulação de serviços públicos" é uma *contradictio in terminis*. A regulação, conforme expõe, é uma atividade externa ao regulado. Do mesmo modo que a doutrina não fala em regulação na prestação dos serviços públicos pelo Estado quando o faz diretamente (por meio de seus órgãos ou entes), não se pode falar em regulação quando a prestação ocorre por meio de concessionários e permissionários de serviço público. Tanto na prestação direta como na indireta, o Estado não é externo ao serviço: ele é o seu titular. No serviço público, o que há é um *controle* do Estado titular do serviço, seja sobre suas entidades da Administração indireta, seja sobre os concessionários e permissionários de serviço público. "Por se tratar de *atividade do Estado*, como a privatização pela outorga restringe-se à *prestação*, não é possível chamar o *controle* exercido sobre os *concessionários* e *permissionários* de *regulação*. Com efeito: a *regulação administrativa* pressupõe a *liberdade*, e, por isso, ela se restringe à atividade econômica, campo no qual vigora a *livre iniciativa*, os agentes econômicos têm liberdade de atuação. Tudo é diferente com os particulares prestadores de serviço públicos: quem define como o serviço será prestado é o Estado, ele é o *senhor do serviço*. A prerrogativa estatal para disciplinar a prestação do serviço é absoluta: as *cláusulas regulamentares* são *unilateralmente* fixadas pela Administração. Enfim: o *controle* dos concessionários e permissionários não pode ser chamado de regulação porque o *regime jurídico* desse controle é substancialmente distinto do regime da regulação.
O *controle* sobre os prestadores vai muito além da prerrogativa de disciplinar de forma absoluta a prestação do serviço. Além de ter o poder de alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares, o concedente tem o poder de *inspeção* e de *fiscalização*; o poder de *encampação* ou *resgate* (ou seja, o poder de extinguir a outorga antes de findo o prazo inicialmente estatuído); o poder de *intervenção*; o poder de *sancionar* o prestador inadimplemente".

[179] Embora esteja se referindo à atividade administrativa do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, pode-se citar Alexandre Santos de Aragão (*Curso de direito administrativo*, pp. 23-24).

[180] WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. *Direito administrativo*, v. 1, p. 55.

[181] Cfr. ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*, v. I, pp. 200-201; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, pp. 65-67.

Essa dificuldade, porém, *não pode ser obstáculo à tentativa de se buscar uma sistematização mais adequada das atividades administrativas*. É preciso lembrar que a função das classificações reside em reduzir as complexidades do objeto de estudo. No caso, a finalidade da classificação das atividades administrativas é a de melhor identificar esse fenômeno jurídico e, com isso, facilitar a aplicação do direito positivo. É o que será feito no tópico abaixo.

4. Classificação das atividades administrativas no direito brasileiro

O primeiro passo para classificar as atividades administrativas consiste em optar por um critério que permita separar essas tarefas. E, mais importante do que isso, que se mostre útil para o intérprete (juiz, advogado, membro do Ministério Público, agentes públicos etc.). Evidentemente, tal critério somente poderá ser o ***formal***, isto é, o que busca no próprio direito positivo as características necessárias para se isolar os fenômenos.

No direito positivo brasileiro, é possível identificar, juntamente com o restante dos autores brasileiros, duas classes de atividades administrativas. São as ***atividades finalísticas (ou fins)*** e as ***atividades instrumentais (ou meio)***. Tal como já mencionado acima, em última análise, essa distinção se funda na conhecida e amplamente divulgada concepção de que há ***interesses públicos primários*** e ***secundários***. Convém tratar dessas atividades em separado.

4.1. Atividades administrativas instrumentais

As *atividades administrativas* ***meio*** são aquelas que o Estado tem que realizar simplesmente por ser uma pessoa jurídica, a qual possui necessidades próprias a serem satisfeitas, tal como qualquer sujeito privado. As pessoas administrativas precisam de serviços de terceiros, de recursos para cumprir seus compromissos financeiros, adquirir bens e alienar os que não lhe são mais úteis. A Administração também precisa gerir o seu pessoal (ingresso e saída dos agentes dos seus quadros funcionais, pagamento de sua remuneração etc.).

É possível sistematizar as atividades meio do seguinte modo: (a) *atividade*

financeira do Estado; e (b) *atividades de* ***gestão interna***.

No primeiro grupo, estão as tarefas *administrativas* referentes ao orçamento público, à despesa pública e à receita pública.[182] Alcança, pois, desde a verificação da programação financeira, a realização de operações de crédito, a execução do orçamento público, o processo de despesa pública, a constituição do crédito tributário, a arrecadação tributária, dentre outros.

As atividades de gestão interna são aquelas voltadas para as necessidades da pessoa administrativa. São as compras de bens, contratação de serviços e obras públicas (para atender interesses secundários da pessoa), manutenção dos bens móveis e imóveis, gestão do patrimônio das pessoas, gestão do pessoal (servidores, empregados públicos).

A distinção acima é tem relevância didática, pois serve para mostrar que a atividade financeira é objeto de estudo do direito financeiro e do direito tributário; a atividade de gestão interna, do direito administrativo.

Mas, além disso, há uma utilidade jurídica. Às atividades instrumentais é aplicável o ***regime geral de direito administrativo***, com as especificidades próprias de cada aspecto da atividade meio (ex.: o regime da Lei 8.112/1991 aos servidores públicos federais; a LRF e a Lei 4.320/1964 deverão ser observadas no âmbito da atividade financeira).

Todavia, no que se refere às atividades de gestão interna também pode haver, conforme o caso, uma aplicação do direito privado. Como exemplo, ao regime dos contratos administrativos, aplica-se a teoria geral dos contratos privados, tal como prevê o art. 54 da Lei 8.666/1993; aos empregados públicos, incide a legislação trabalhista. Porém, isso não é uma regra geral, aplicável a todas as atividades meio, pois é evidente, *v.g.*, que não pode incidir o direito privado no âmbito das atividades administrativas tributárias.

Como consequência, nas atividades de gestão interna, será admitida a criação de empresas estatais para executar tais atividades, *desde que obedecidos os requisitos do* ***art. 173*** *da Constituição*.[183] Por outro lado, *as atividades financeiras somente*

---

[182] Na lição de Geraldo Ataliba (*Apontamentos de ciência das finanças, direito financeiro e tributário*, p. 6), "a atividade do estado, no levantamento dos recursos, com que enfrentar as despesas representadas por essas formas de aquisição, guarda, gestão e administração destes recursos e, ulteriormente, a efetivação das despesas, assim chamadas públicas, constituem o cerne daquilo que se convencionou designar por *atividade financeira do estado*".

[183] Vide item 8.1 do Cap. III.

poderão ser executadas por pessoas jurídicas de direito público.

De todo modo, o que importa destacar é que a atividade meio, seja ela qual for, por estar voltada à realização de interesses públicos secundários, existe apenas para que o Poder Público possa cumprir de forma satisfatória os interesses públicos primários, assim qualificados na ordem jurídica. *Esse é o* ***traço formal*** *que as diferencia das atividades administrativas finalísticas*.

4.2. Atividades administrativas fins

Ao lado das atividades instrumentais, como mencionado, há as ***atividades fins***. É aqui que a dificuldade de classificação se mostra mais evidente.

A primeira dificuldade reside no critério para diferenciar as diversas tarefas voltadas para atender aos múltiplos interesses públicos primários. O critério da finalidade não é útil, pois nada impede que a Administração Pública utilize mais de uma atividade administrativa para atingir *o mesmo fim público*. Convém exemplificar.

Para promover a proteção do mercado de trabalho da mulher (art. 7º, XX, da CF), o Estado pode intensificar a fiscalização do cumprimento de uma lei que obriga as sociedades empresárias com mais de 100 (cem) empregados a empregar, ao menos, 20% (vinte por cento) de mulheres (limitação à autonomia privada). Ou ainda, ele pode conceder incentivos fiscais ou linhas de crédito mais vantajosas para quem empregue 40% (quarenta por cento) de mulheres, a qual consiste numa modalidade de fomento. Ou ainda, ele pode criar um programa de treinamento profissional para as mulheres e uma entidade para auxiliá-las a se inserir no mercado de trabalho (serviço público). Em suma, tudo depende da *política pública*[184] a ser desenvolvida pelo Estado.

Portanto, o Estado pode obrigar – com base na lei – os sujeitos privados a

---

[184] "As políticas públicas são um conjunto heterogêneo de medidas e decisões tomadas por todos aqueles obrigados pelo Direito a atender ou realizar um fim ou uma meta constante com o interesse público. Ou ainda, um programa de ação que tem por objetivo realizar um fim constitucionalmente determinado. As políticas públicas são mecanismos imprescindíveis à fruição dos direitos fundamentais, inclusive os sociais e culturais" (FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil – uma visão geral. *Revista eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP*, nº 1, pp. 15-16.). Conforme Maria Paula Dallari Bucci (As políticas públicas e o direito administrativo. *RTDP*, nº 13, p. 140) são "programas de ação do governo, para a realização de objetivos determinados, num espaço de tempo certo". Sobre o tema, vide também: COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Direito administrativo e constitucional: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*, pp. 352-355.

adotar um comportamento, limitando sua autonomia privada; ele pode ainda incentivar a adoção de uma conduta específica, mediante facilitações e prêmios (sanções positivas); ou então, ele pode, diretamente, oferecer uma utilidade às pessoas. Essas medidas podem ser adotadas de forma isolada ou conjunta, a depender da política pública instaurada. Por isso, não se pode diferenciar as atividades administrativas finalísticas com base no critério do fim a ser buscado por cada tarefa.[185]

Diante dessa dificuldade, pode-se procurar diferenciar as atividades fins a partir do ***meio*** utilizado para realizar os fins públicos. E, nessa linha, as atividades administrativas são classificadas em ***ordenadora, promocional (ou de fomento)*** e ***prestacionais***. Desde já, vale alertar que a maior dificuldade reside na última categoria, pois nela estão abrangidos regimes jurídicos bastante diferenciados.

A ***atividade ordenadora*** consiste na tarefa administrativa de condicionar e restringir a autonomia privada. E, seguindo as lições de Carlos Ari Sundfeld, a Administração ordena a atuação privada por meio das seguintes técnicas: (a) criação, por meio de ato administrativo, de situação jurídica ativa típica da vida privada (ex.: autorização para executar atividade em geral proibida, atribuição de *status* – cidadania, personalidade – etc.); (b) regulação administrativa do exercício dos direitos privados, de modo a definir-lhes o perfil; (c) sacrifícios de direitos (restrição e extinção de direitos); (d) imposição de deveres autônomos (prestações de particulares em favor da Administração, tal como o serviço militar obrigatório).[186]

A segunda atividade finalística da Administração é a ***atividade promocional*** *ou de* ***fomento***, na qual o Poder Público procura estimular a prática de *comportamentos privados*, sempre com o propósito de realizar fins públicos. Para tanto, vale-se da *técnica de encorajamento de condutas*, facilitando-as – por exemplo, quando concede um subsídio a uma entidade privada para que esta realize condutas de interesse social – ou criando prêmios (ou sanções positivas) em virtude da sua realização, tal como ocorre quando um sujeito privado obtém uma isenção de imposto por ter incentivado a cultura.[187] Note-se que, nesta atividade, o Estado incentiva a realização de atividades

---

[185] Ressalte-se ainda que as atividades administrativas instrumentais poderão ser usadas também para a realização de um fim público. É o que ocorre quando o Estado prevê regras específicas e mais vantajosas para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte (cfr. Lei Complementar 123/2006).
[186] SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*, pp. 26-27.
[187] Sobre a técnica de encorajamento de condutas (facilitações e prêmios), vide: BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*, p. 13 e ss.

situadas no *campo de* ***titularidade privada***, sejam elas de conteúdo econômico ou social.

A terceira e última tarefa administrativa finalística é a ***atividade prestacional***. Aqui, a Administração oferece aos administrados alguma utilidade ou comodidade. A fruição dessa utilidade poderá ocorrer de modo direto pelo administrado, como na prestação do serviço postal, ou indireto, como ocorre na prestação do serviço de iluminação pública.

Não há qualquer dúvida que esta é a atividade administrativa mais difícil de ser configurada, pois é a que reúne a maior quantidade de atividades com regimes jurídicos distintos. E, por isso, deverão ser feitas algumas observações e distinções.

A primeira consiste na própria denominação: "atividade prestacional". Ao se usar tal locução, *não se está usando a palavra "prestação" no mesmo sentido que Renato Alessi*. Para o jurista italiano, a "prestação em sentido técnico" – a qual é objeto de uma relação jurídica concreta – inclui apenas os serviços *uti singuli*, isto é, aqueles usufruídos de modo direto pelo administrado. Somente essas podem ser incluídas na teoria das prestações administrativas.[188] A razão que leva ao não acolhimento, neste estudo, das lições de Alessi tem como base uma concepção de relação jurídica diversa daquela defendida pelo jurista italiano. Isso ficará claro quando o significado de relação jurídica for estipulado no Capítulo III (item 3.5), bem como quando for realizada a distinção entre serviços públicos *uti singuli* e *uti universi* (Capítulo IV, item 7.3). Por enquanto, pretende-se apenas fazer esse registro.

De todo modo, embora exista uma grande diversidade de tarefas, há um "denominador comum": em todas as suas modalidades, a Administração cumpre uma "obrigação de fazer ou de dar" destinadas à realização de um benefício (direto ou indireto) para os administrados. O fornecimento de mantimentos a desabrigados por enchentes é uma prestação que lhes beneficia. As atividades dos notários e registradores também são prestações, são obrigações de fazer em prol dos administrados. O mesmo vale para a iluminação pública e o saneamento básico. Em todos esses casos, a Administração proporciona uma vantagem aos administrados, uma *ampliação da sua esfera jurídica*.

Dentre essas prestações, percebe-se que algumas têm natureza *material* e

---

[188] ALESSI, Renato. *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, pp. 5-7.

outras, *jurídica*. Neste caso, o objeto da atividade é a produção de atos jurídicos administrativos. É o já citado caso dos notários e registradores (art. 236 da CF), que praticam atos jurídicos que conferem certeza e segurança aos atos privados.[189]

Já atividades materiais não têm como objeto a produção de atos administrativos. Consistem na execução de prescrições jurídicas legais e administrativas, mas que se voltam a oferecer uma utilidade ou comodidade às pessoas, como os serviços de limpeza urbana, distribuição e transmissão de energia elétrica, transporte coletivo de passageiros, construção de obras públicas voltadas aos administrados (ex.: praças, pontes etc.), dentre outros.

É preciso fazer ainda uma última observação, referente à chamada ***intercambialidade*** *(ou* ***interdependência****) das técnicas administrativas* a que fazem alusão alguns autores.[190] Esta técnica diz respeito à utilização, numa determinada atividade administrativa, de instrumentos jurídicos próprios de outra. O exemplo que costuma ser apresentado é a promoção da desapropriação e da servidão feitas por concessionários de serviço público. Aqui, o concessionário não está atuando no exercício de atividade administrativa ordenadora, mas sim prestacional (serviço público). No entanto, a ordem jurídica lhe autoriza a adotar as medidas de execução dessa forma de ordenação da propriedade privada. Essa mesma situação pode ocorrer para fins de fomento de atividades.

A rigor, é difícil encontrar outros exemplos, o que faz questionar se é possível extrair daí um "princípio de intercambialidade" ou se estão em pauta apenas situações particulares. A sanção administrativa (que, por vezes, é usada como demonstração da intercambialidade) não é um bom exemplo. Isso porque não se pode confundir a ideia de "intercambialidade" com a utilização de ***instrumentos técnico-jurídicos gerais do direito administrativo***, que é justamente o caso do ato administrativo sancionador (que,

---

[189] Como se pode perceber, ao se fazer menção a "prestações jurídicas", não se está aderindo à distinção entre atividade jurídica e social acolhida por Mário Masagão, já exposta no item 1 deste Capítulo. Faz-se alusão ao conceito adotado por Celso Antônio Bandeira de Mello (*Grandes temas de direito administrativo*, p. 278), que, ao tratar do conceito de serviço público, escreve que este consiste em atividade material, em contraposição à atividade jurídica. Esta, segundo o autor, consiste na "produção de atos jurídicos administrativos". Nesse sentido, o serviço público difere do poder de polícia, pois aquela não é umaatividade jurídica, "embora, como é óbvio, seja juridicamente regulado e sua efetivação pressuponha a prática de atos administrativos". Sobre a distinção, vide ainda: ALESSI, Renato. *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, pp. 37-38; BÉNOIT, Francis-Paul. *Le droit administratif français*, p. 474.

[190] CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervencion administrativa*, p. 25; FALLA, Fernando Garrido. *Tratado de derecho administrativo*, v. II, p. 123; PARADA, Ramón. *Derecho administrativo*, t. I, p. 371.

como sabido, é editado no exercício de poder administrativo de autoridade, o qual não se confunde com a atividade de poder de polícia).

Assim, se num contrato de concessão, o concessionário se torna inadimplente, o Poder Concedente terá o dever de, respeitado o devido processo administrativo, declarar a caducidade da concessão (art. 38 da Lei 8.987/1995) e aplicar a suspensão do direito de licitar e contratar com o Poder Público (art. 87, III, da Lei 8.666/1993). O mesmo vale para o caso de uma associação privada – que celebrou um convênio com a Administração, no qual há repasse de recursos públicos – que venha a utilizar tais recursos com desvio de finalidade, para adquirir bens para os seus dirigentes. Nesse caso, o Tribunal de Contas respectivo poderá, além de imputar o débito, aplicar as demais sanções previstas na sua lei orgânica (ex.: declaração de inidoneidade).

A presença de poderes administrativos de autoridade no exercício das diversas atividades administrativas é algo comum a todas as suas modalidades, inclusive nas tarefas instrumentais. O que se deve verificar é o tipo de relação jurídica estabelecida com a Administração (se geral ou especial) e a via técnico-jurídica utilizada.

Em suma, a distinção entre as atividades finalísticas tem como critério o meio utilizado para satisfazer os fins públicos. Na atividade ordenadora, há o condicionamento e a restrição da *autonomia privada*; na atividade fomentadora, são usadas técnicas de encorajamento de condutas *privadas*; e, na atividade prestacional, o Poder Público está obrigado *a realizar comportamentos em prol dos administrados*.

Convém agora avaliar o regime a que se submetem tais atividades.

5. As atividades administrativas e o regime jurídico-administrativo

As atividades administrativas – justamente por serem espécies de atividades públicas – estão sujeitas ao regime de direito público. A elas se aplicam os princípios do Estado Democrático e Social de Direito, republicano e federativo. Ademais, os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público dominam todo direito público.

Dessa forma, é desnecessário, aqui, dizer que as atividades administrativas estão submetidas ao princípio do devido processo legal, da razoabilidade, da isonomia,

da moralidade, da responsabilidade, da eficiência, dentre outros. Essas normas, por decorrerem dos princípios fundamentais do direito público, são aplicáveis a *todas as funções públicas (legislativa, jurisdicional, política e administrativa).*

O objetivo deste item não consiste, portanto, em explicitar o regime de direito público incidente sobre as atividades administrativas, mas sim o de discorrer – ainda que de forma breve – sobre os princípios próprios da função administrativa. Mas quais são eles?

Para tratar do tema, é oportuno recordar o conceito de função administrativa: "*atividade em que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, emite – no seio de uma estrutura e regime hierárquicos – atos jurídicos complementares à lei e, excepcionalmente e em caráter vinculado, à Constituição, os quais estão sujeitos a controle de juridicidade pelo Poder Judiciário*".[191]

Do conceito apresentado, dois princípios se diferenciam em relação às demais funções estatais: a submissão ao *princípio da legalidade* e ao *controle de juridicidade do Poder Judiciário*. Convém tratar dessas duas figuras separadamente e, em seguida, destacar em quais atividades administrativas poderá incidir o direito privado.

5.1. O princípio da legalidade administrativa

O princípio da legalidade administrativa – justamente por ser um dos aspectos que conferem identidade ao regime jurídico-administrativo – envolve uma série de discussões importantes para o direito administrativo. Não é objeto deste trabalho discuti-las. Aqui, o objetivo residirá apenas em tratar de três aspectos do princípio da legalidade administrativa: o seu conceito, a sua eventual substituição pelo "princípio da juridicidade" e a discussão sobre as relações de sujeição geral e especial.

5.1.1. Conceito

Uma das características marcantes da função administrativa é a submissão ao princípio da legalidade. Talvez tenha sido Otto Mayer o primeiro jurista a diferenciar – sob um ponto de vista *formal* – a função administrativa das demais funções públicas

[191] FREIRE, André Luiz. Apontamentos sobre as funções estatais. *RDA*, 248, p. 46.

com base no princípio da legalidade.[192] E essa tem sido uma característica da função administrativa presente em outros direitos positivos. O que há de diferente nos sistemas jurídicos de cada Estado é a abrangência do princípio da legalidade administrativa.

De modo geral, o princípio da legalidade implica o dever de atuar em ***conformidade à lei***. Segundo Riccardo Guastini, a locução "conformidade à lei" pode assumir três sentidos. Em primeiro lugar, pode significar *mera compatibilidade*. Um ato conforme a lei é aquele com ela compatível, isto é, não contrário à lei. O segundo sentido é um pouco mais forte: "conforme à lei" é o ato ***autorizado*** por ela. A diferença é que, no primeiro sentido, a ação do sujeito não estava vedada pela lei, havendo só a necessidade de não ser com ela incompatível. No segundo, a ação deverá ser autorizada (e, evidentemente, compatível com a lei). O terceiro sentido é o mais forte: ato "conforme à lei" é aquele cuja forma e conteúdo são ***predeterminados pela lei***. Não basta a mera autorização: é preciso que o processo de produção e as consequências derivadas do ato estejam previstos na lei.[193] O primeiro sentido indicado por Guastini corresponde à chamada ***primazia de lei***; já os dois últimos, ***reserva de lei***.[194]

A concepção de *primazia de lei* (ou *precedência de lei*) diz respeito, no direito brasileiro, ao princípio da legalidade aplicável à atuação dos particulares, o qual foi consagrado no art. 5º, II, da Constituição: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Essa é a regra geral em relação às atividades privadas.

No âmbito do direito administrativo, é o ***sentido mais forte*** *de legalidade que interessa, isto é, o de* ***reserva de lei***. A Administração somente poderá atuar se estiver autorizada pela ordem legal. Será, portanto, a lei que atribuirá *competência* para os entes e órgãos da Administração Pública, isto é, será o ato legislativo que irá: (i) distribuir as

---

[192] Segundo Otto Mayer (*Derecho administrativo alemán*, pp. 3-16), a administração foi a última das atividades estatais a se desprender do governo. Nessa linha, a administração seria toda atividade do Estado que não consiste em legislação, nem em justiça. Esse conceito pode levar à conclusão de que Otto Mayer conceituou a atividade administrativa de modo residual. Entretanto, é importante frisar que o jurista alemão inseriu em seu conceito de administração um elemento positivo, qual seja, *a submissão à ordem jurídica, à lei*. Isso significa que o agir da Administração deverá se pautar pela *legalidade*. Desse modo, o autor alemão diferenciou, a partir de um critério formal, a administração das demais atividades estatais. Entretanto, não se pode esquecer que, em Otto Mayer, o princípio da legalidade alcançava apenas as relações entre Estado e os cidadãos que não se encontravam numa relação de sujeição especial. O tema será retomado, neste Capítulo, no item 5.1.3 *infra*.

[193] GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*, pp. 120-121.

[194] CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, p. 18; MAURER, Hartumt. *Direito administrativo geral*, pp. 121-122.

atividades administrativas entre os diversos entes e órgãos públicos; e (ii) conferir a eles um conjunto de situações jurídicas ativas e passivas.[195]

Não pode ser outra a conclusão, tendo em vista que o art. 37, *caput*, da Constituição de 1988 estabelece que a Administração Pública brasileira deverá agir em conformidade com o *princípio da legalidade*. Já o art. 48 prescreve que cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre todas as matérias de competência da União. Em relação à atividade normativa do Poder Executivo, o art. 84, IV, do Texto Constitucional atribui ao Chefe do Poder Executivo a competência para expedir decretos e regulamentos para *a fiel execução de leis*.

Desse modo, a Administração não tem liberdade para agir. Ela depende sempre de autorização legal para tanto. No direito brasileiro, todo comportamento da Administração está reservado à lei.[196] Na precisa lição de Michel Stassinopoulos, "*la loi n'est pas seulement la limite de l'acte administratif, mais sa condition et sa base*".[197]

Ressalte-se que essa autorização legal para agir poderá ser mais ou menos intensa. Se todos os elementos e pressupostos do ato administrativo estiverem predeterminados na lei, inexistindo qualquer espaço de apreciação subjetiva pelo administrador público, então haverá *vinculação*. Por outro lado, existindo esse espaço legítimo de apreciação subjetiva – seja ele derivado expressamente do texto da lei, seja em função da presença de conceitos jurídicos indeterminados – então a competência legal será *discricionária*.

Em suma, o princípio da legalidade administrativa implica *o dever da Administração de atuar em conformidade (formal e material) com as normas jurídicas veiculadas por meio de lei (ato legislativo).* Isso significa que: (i) os atos

---

[195] A análise do conceito de competência administrativa se encontra no item 3 do Cap. III.

[196] É importante destacar que a expressão "reserva de lei" utilizada no texto teve como propósito distinguir os sentidos atribuídos ao princípio da legalidade. A expressão não foi usada, como ficou claro pela exposição acima, no sentido de haver campos de atuação da Administração reservadas à lei e outros próprios da Administração Pública, a qual poderia disciplinar, em caráter originário, o tema via regulamento (domínio do regulamento). É o que ocorre, por exemplo, na França (cfr. art. 37 da Constituição francesa de 1958). Sobre a origem da expressão "reserva de lei", a qual se vincula à doutrina alemã clássica, bem como sobre os termos "lei em sentido material" e "lei em sentido formal", vide: ANABITARTE, Alfredo Gallego. Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la administración. *RAP*, nº 34, pp. 11-34; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 841; MONCADA, Luis S. Cabral de. *Estudos de direito público*, pp. 103-104; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*, p. 70; SILVA, Clarissa Sampaio. *Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição: o caso dos agentes públicos*, pp. 79-83.

[197] STASSINOPOULOS, Michel D. *Traité des actes administratifs*, p. 69.

administrativos, para serem reputados como "válidos", deverão estar de acordo com a lei; e (ii) as condutas administrativas não poderão ser, sob pena de ilicitude, violadoras dos comandos legais.

5.1.2. Legalidade administrativa ou juridicidade?

Parte da doutrina brasileira, inspirada no direito europeu,[198] tem buscado substituir o termo "legalidade" por "juridicidade".[199] Com isso, o princípio da legalidade seria entendido em sentido amplo, representando a submissão da atividade administrativa a todo o direito (principalmente à Constituição), e não só à lei.

Romeu Felipe Bacellar Filho critica essa concepção de legalidade em sentido amplo (ou juridicidade) como superadora da legalidade administrativa. Para o autor, a ideia de princípio da legalidade em sentido estrito (submissão à lei) é de ordem lógica, já que, se o princípio da legalidade abarcasse a vinculação constitucional da atividade administrativa, seria inútil afirmar a existência dos demais princípios constitucionais da Administração Pública. Ainda segundo Bacellar Filho, a adoção do sentido amplo de legalidade confunde esse princípio com o da constitucionalidade. "De outra parte, a

---

[198] "A juridicidade administrativa traduz uma legalidade mais exigente, revelando que o poder público não está apenas limitado pelo Direito que cria, encontrando-se também condicionado por normas e princípios cuja existência e respectiva força vinculativa não se encontram na disponibilidade desse mesmo poder. Neste sentido, a vinculação administrativa à lei transformou-se numa verdadeira vinculação ao Direito, registando-se aqui o abandono de uma concepção positivista-legalista configurativa da legalidade administrativa, tal como resulta do entendimento doutrinal subjacente à Constituição de Bona (...). Poderá mesmo afirmar-se, por consequência, que num Estado de Direito material, também segundo o modelo consagrado na Constituição portuguesa de 1976, o princípio da legalidade administrativa se converteu em princípio da juridicidade, expressando um modelo de Administração Pública sujeita ao Direito (...), falando-se em Estado de juridicidade (...) e reconhecendo ao Direito, neste preciso sentido, uma função de protecção dos cidadãos contra a prepotência, o arbítrio e a injustiça do poder" (OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, p. 15)

[199] "A preferência que se confere à expressão deste princípio da juridicidade, e não apenas ao da legalidade como antes era afirmado, é que, ainda que se entenda esta em sua generalidade (e não na especificidade da lei formal), não se tem a inteireza do Direito e a grandeza da Democracia em seu conteúdo, como se pode e se tem naquele. Se a legalidade continua a participar da juridicidade a que se vincula a Administração Pública – é certo que assim é –, esta vai muito além da legalidade, pois afirma-se em sua autoridade pela legitimidade do seu comportamento, que não se contém apenas na formalidade das normas jurídicas, ainda que consideradas na integralidade do ordenamento de Direito" (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*, p. 69-70). Nesse sentido, cfr. também ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*, p. 57; BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, pp. 399-400; BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, pp. 136-143; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 87.

adoção de conceito amplo faz confundir legalidade e constitucionalidade. Perverte-se a hierarquia das fontes do direito (são colocados no mesmo plano blocos distintos na pirâmide normativa) quando no sistema constitucional brasileiro estão, rigidamente, delimitados (por exemplo, na fixação do objeto do recurso extraordinário e do recurso especial)".[200] Ressalte-se ainda que o jurista não defende a inexistência do princípio da juridicidade e, por consequência, a desvinculação da Administração Pública ao direito como um todo. O que Bacellar Filho postula é a diferenciação e autonomia dos princípios da legalidade e da juridicidade.[201]

Em igual sentido, Marcelo Figueiredo entende não haver sentido em substituir legalidade por juridicidade. Na sua lição, chega a ser um truísmo afirmar que a Administração deve atuar com submissão plena à lei e ao direito. É evidente que o Poder Público trabalha em bases valorativas fundadas na Constituição, o que não afasta o papel do legislador. Por tal razão, a legalidade – enquanto vinculação positiva à lei – não deve ser dogmaticamente afastada.[202]

De fato, é desnecessário alterar a denominação de princípio da legalidade para juridicidade (ou legalidade em sentido amplo). É possível apontar duas razões para isso.

Em primeiro lugar, não há utilidade em alterar a denominação porque a doutrina brasileira não tem controvertido quanto ao fato de que a Administração está submetida não só à lei, mas também à Constituição.

A segunda razão parte da própria concepção de norma jurídica e o papel do intérprete. A norma jurídica é a significação dos textos normativos (Constituição, leis, decretos etc.) atribuída a partir da interpretação que se faz daqueles textos.[203] Daí se falar que a norma jurídica é o resultado da interpretação. Ora, *a interpretação dos atos legislativos deverá ser sempre* ***conforme a Constituição***. Essa é uma ***obrigação*** de todo

---

[200] BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*, p. 166.

[201] "O princípio da *legalidade* administrativa encontra suporte no art. 37, *caput*, da Constituição, representando a subordinação dos atos administrativos aos ditames da lei em sentido formal, impondo uma exigência de atuação *secundum legem*, ao passo que o princípio da *juridicidade*, igualmente condicionante do agir administrativo, extrai-se de todo o tecido constitucional e do ordenamento jurídico globalmente considerado – aí incluídos os direitos humanos e princípios constitucionais não expressos –, traduzindo-se como o dever de obediência do poder público à integralidade do sistema jurídico" (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. cit.*, p. 167).

[202] FIGUEIREDO, Marcelo. A crise no entendimento clássico do princípio da legalidade administrativa e temas correlatos. *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*, pp. 438-439.

[203] GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*, pp. 25-26.

intérprete da lei (seja ele o juiz, o advogado, o agente público ou o cientista do direito). Assim, ao se construir (por meio da interpretação) a norma legal, pressupõe-se que ela está adequada aos preceitos constitucionais (trata-se de presunção relativa). Logo, ao se dizer que a Administração está submetida às normas legais já importa sublinhar a compatibilidade dessas com as normas constitucionais. Um texto legislativo não pode ser interpretado de forma isolada, sem que se observe a totalidade do sistema jurídico.

Por conseguinte, adota-se aqui o posicionamento de que o princípio da legalidade administrativa significa a submissão às normas jurídicas introduzidas por atos legislativos. Afirmar isso não implica submissão cega da Administração às normas legais, tomadas isoladamente, sem levar em consideração as normas constitucionais, notadamente os princípios norteadores do regime de direito público.

5.1.3. As relações de sujeição geral e de sujeição especial

Um aspecto relacionado ao princípio da legalidade administrativa diz respeito às chamadas *relações de sujeição especial*, que se contrapõem às *relações de sujeição geral*. Isso porque, atualmente, a teoria da relação de sujeição especial se apresenta como uma *modulação específica do princípio da legalidade*.[204]

A doutrina da relação de sujeição especial (ou relação de poder especial) nasceu na Alemanha, no final do século XIX. A paternidade da figura costuma ser atribuída a Laband, quando tratou da relação dos agentes públicos com o Estado.[205]

---

[204] AFONSO, Luciano Parejo. La categoría de las relaciones especiales de sujeción. *Problemática de la administración contemporánea: una comparación europea-argentina*, p. 138.

[205] De acordo com Paul Laband (*Le droit public de l'Emipre Allemand*, t. II, p. 102 e ss.), um elemento constitutivo da noção de funcionário público é de que ele deverá estar a serviço do Estado. Entretanto, isso pressupõe uma relação de serviço de uma espécie particular. Após discorrer sobre a possibilidade de tratados internacionais (portanto, entre Estados que se encontram na mesma posição) criarem relações de direito público, Laband aponta que a obrigação (de direito público) de executar serviços pode ter como fundamento uma relação de poder ("*rapport de puissance*") que não provém de uma vontade livre, mas existe independentemente desta. Ademais, escreve que além dessas duas hipóteses (tratados e relações de poder), há outra relação de direito público que reúne as características das anteriores: tem por base uma vontade livre e voluntária e, de outro, é uma relação de poder.
Para Laband, o direito privado da Idade Média ofereceu um exemplo desse tipo de relação: a de vassalagem. "*Le* commendation *du Droit prive du moyén áge était un contrat de droit d'obligation; entre seigneur et vassal, suzerain et feudataire, il existait un rapport de puissance qui éteait de nature morale, reposant sur un devoir de fidélité et de dévoûment particulier et créait un 'devoir de service' particulier. La* commendation *ne fondait pas un rapport de contrat mais un rapport d'autorité et de subordination, une* 'potestas'" (*Op. cit.*, t. II, p. 106). Na visão do autor, a relação entre funcionário público e Estado é do mesmo tipo. É necessário que o Estado declare sua vontade em entrar em relação com uma pessoa e

Porém, foi a partir de Otto Mayer que tal categoria se impôs com maior força no direito alemão.[206]

Para Otto Mayer, a relação de sujeição é aquela travada entre duas pessoas desiguais sob o ponto de vista do direito, sendo que a pessoa superior determina o conteúdo da relação. Nesse sentido, as relações entre o Estado e os demais sujeitos são uma importante relação de sujeição. A relação de sujeição especial reside, na lição de Otto Mayer, numa acentuada dependência do indivíduo em face de um interesse público. Em virtude disso, ordens específicas lhe são dadas e disposições gerais podem ser impostas por atos administrativos, os quais não têm como base o princípio da legalidade. Ela se opera apenas a partir da relação particular entre o Estado e o sujeito privado.[207] Aqui se incluíam, por exemplo, as relações entre o Estado e os funcionários públicos, os militares e os estudantes. A essas relações – ao contrário das relações gerais do cidadão em face do Estado – não incidia o princípio da legalidade. A "regra de direito" veiculada pela lei se aplicava apenas aos casos em que se disciplinava a propriedade e a liberdade das pessoas; por conseguinte, às relações de supremacia geral. A este tipo de relação havia "reserva de lei".[208]

Como se pode perceber, em sua origem, o objetivo da teoria da relação de sujeição especial consistia em identificar um campo da Administração em que a "regra de direito" (o princípio da legalidade administrativa) não incidia. Era um espaço juridicamente livre, disciplinado apenas pela Administração mediante regulamentos administrativos.[209]

O tema foi, na doutrina alemã, alvo de intensos debates e sua significação inicial foi abolida. Em 1972, o Tribunal Constitucional alemão determinou a incidência dos direitos fundamentais e do princípio da legalidade nas relações de sujeição especial

---

que esta, por seu turno, consinta em estar a serviço do Estado. Aqui, não está em pauta um contrato, mas uma relação de poder do Estado, em que há um dever particular de serviço, de obediência, de fidelidade do funcionário público, de um lado, e o dever do Estado de o proteger e de lhe remunerar, de outro (*Op. cit.*, t. II, p. 107).

[206] ANABITARTE, Alfredo Gallego. Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la administración. *RAP*, nº 34, pp. 11-34; MACHO, Ricardo García. En torno a las garantías de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones de especial sujeción. *Revista española de derecho administrativo*, nº 64, p. 522; MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*, p. 158; SILVA, Clarissa Sampaio. *Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição: o caso dos agentes públicos*, p. 80; VITTA, Heraldo Garcia. *Soberania do Estado e poder de polícia*, pp. 70-72.

[207] MAYER, Otto. *Le droit administratif allemand*, t. I, pp. 130-131; 137-138.

[208] ANABITARTE, Alfredo Gallego. *Op. cit.*, p. 28.

[209] MAURER, Hartumt. *Direito administrativo geral*, p. 195.

(no caso, tratava-se de relação entre o Estado e os detentos).[210] Atualmente, na Alemanha, tal tópico continua a ser discutido, alguns defendendo a superação da teoria, diante da sua falta de funcionalidade,[211] e outros a sua permanência, ainda que com as adaptações necessárias à Lei Fundamental.[212]

Em outros países, o assunto também é alvo de debates, havendo posicionamentos contrários e favoráveis a tal categoria (ainda que, nesses casos, com as devidas correções em face do atual estágio do Estado de Direito).[213]

No direito brasileiro, foi Celso Antônio Bandeira de Mello quem introduziu a figura, evidentemente sem os problemas que marcaram sua origem.[214]

Na lição do jurista brasileiro, não se pode deixar de reconhecer a existência de relações específicas entre o Estado e um círculo de sujeitos, os quais se encontram numa situação jurídica muito diversa no que se refere à generalidade das pessoas. É o caso, *v.g.*, dos servidores públicos, dos alunos de escolas e universidades públicas, dos internados em hospitais públicos, dos inscritos em bibliotecas públicas e dos detentos. Nesses casos, há uma disciplina interna para o funcionamento desses estabelecimentos com normas restritivas e benéficas, necessárias à boa execução das atividades. Nessas situações, não se pode também deixar de reconhecer que a previsão exaustiva em lei seria impossível, imprópria e inadequada.[215]

Em vista disso, Celso Antônio Bandeira de Mello conclui que, enquanto não

---

[210] AFONSO, Luciano Parejo. La categoría de las relaciones especiales de sujeción. *Problemática de la administración contemporánea: una comparación europea-argentina*, p. 136; MACHO, Ricardo García. En torno a las garantías de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones de especial sujeción. *Revista española de derecho administrativo*, nº 64, p. 525; MAURER, Hartumt. *Direito administrativo geral*, p. 196; SILVA, Clarissa Sampaio. *Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição: o caso dos agentes públicos*, p. 109.

[211] MAURER, Hartumt. *Op. cit.*, pp. 196-197; SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, pp. 199-200.

[212] HESSE, Konrad. *Elementos de direto constitucional da República Federal da Alemanha*, pp. 259-263; WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. *Direito administrativo*, v. 1, p. 492.

[213] Em sentido contrário à teoria das relações de sujeição especial, cfr. SALOMONI, Jorge Luis. La cuestión de las relaciones de sujeción especial en el derecho público argentino. *Problemática de la administración contemporánea: una comparación europea-argentina*, pp. 152-179. Em sentido favorável, vide: MONCADA, Luis S. Cabral de. *Estudos de direito público*, pp. 223-249.

[214] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, pp. 840-845.

[215] "Deveras, não se vê como o Legislativo, afora preceptivos gerais, poderia estatuir todas as disposições minuciosamente regedoras do funcionamento das mais variadas Faculdades, Museus, Bibliotecas, Teatros, Hospitais, Asilos e outros estabelecimentos, bem como o regime condicionador ou repressor das condutas de quaisquer pessoas que com eles mantivessem os contratos necessários ao desfrute das utilidades que proporcionam, sem criarem uma autêntica balbúrdia e sem instaurarem uma série de contrassensos ou de regras visivelmente inadaptadas às circunstâncias; e isto, mesmo na suposição de que fosse materialmente possível" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. cit.*, p. 843).

forem construídas categorias próprias para explicar essas situações, a categoria das relações especiais de sujeição deverá ser acatada. Mas, para isso, é indispensável estabelecer condicionantes positivos e negativos para o uso dos poderes (restritivos ou ampliativos) no âmbito das relações de sujeição especial. Os condicionantes positivos são os seguintes:

(a) Fundamento imediato dos poderes nas relações de sujeição especial.

(b) Restrição ao uso dos poderes ao que for instrumentalmente necessário ao cumprimento dos fins que presidem a relação de sujeição especial.

(c) Observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

(d) Manutenção do objeto ao que for relacionado tematicamente e, em geral, tecnicamente com a relação especial que esteja em causa.

Por outro lado, em relação aos condicionantes negativos aos poderes, não é possível: (a) infirmar qualquer direito ou dever de nível constitucional ou legal, nem prevalecer contra a superveniência desses; (b) repercutir sobre direitos e deveres que não se encontrem inseridos na relação de supremacia especial; (c) exceder os fins que ditam a relação especial; e (d) produzir consequências jurídicas que restrinjam ou elidam a situação jurídica de terceiros (ressalvados os casos em que se trata de mera decorrência lógica do uso do poder na relação de sujeição especial).[216]

O tema tem sido objeto de considerações, na doutrina brasileira, principalmente pelos autores que discorrem sobre o regime jurídico das sanções administrativas. Ainda que com variações, de modo geral, defende-se que, nas relações de sujeição especial, é suficiente a mera previsão em lei da conduta típica, ainda que a sua descrição ocorra por meio de atos administrativos (unilaterais ou bilaterais).[217] Assim, nessa hipótese, a doutrina majoritária[218] reconhece uma incidência do princípio da legalidade de modo menos intenso.

---

[216] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, pp. 843-834

[217] FERREIRA, Daniel. *Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988*, pp. 243-247, e *Sanções administrativas*, pp. 90-98; MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais do processo administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*, pp. 166-167; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito brasileiro*, pp. 473-476; OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*, pp. 38-42; OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*, pp. 227-238; VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*, pp. 72-84.

[218] Embora admita a existência das relações de sujeição geral e especial, Ricardo Marcondes Martins (*Efeitos dos vícios do ato administrativo*, pp. 618-624) entende não haver diferenças em relação ao regime de tipificação da infração administrativa.

Em trabalho monográfico sobre as relações de sujeição especial, tendo como foco os agentes públicos, Clarissa Sampaio Silva aponta que tais relações são marcadas por uma vinculação diferenciada dos centros detentores do poder em relação a alguns direitos fundamentais (que teriam uma ampliação de suas competências/poderes), bem como dos deveres dos titulares dos direitos, tendo em vista a realização de determinados valores constitucionais institucionalmente perseguidos. Nas relações de sujeição especial, há, na visão da autora, uma "diminuição do grau de *ponderação jusfundamental* mediante justificativa que há de ser buscada constitucionalmente e, de forma paralela, incremento da margem de atuação dos centros de poder".[219]

No direito constitucional brasileiro, Paulo Gustavo Gonet Branco afirma que o tempo testemunhou a evolução da teoria das relações de sujeição especial. Nessas relações, não se pode afastar a incidência dos direitos fundamentais, cabendo distinguir as situações em que a limitação à fruição de direitos fundamentais é indispensável para a razão de ser da relação especial de poder, daquelas em que não o é. O autor defende que o estatuto dessas relações deve ter como base a Constituição, sendo que as restrições aos direitos fundamentais deverão ser estipuladas na lei que defina cada estatuto especial. Se não houver lei, "há de se recorrer aos princípios de concordância prática e de ponderação entre os direitos afetados e os valores constitucionais que inspiram a relação especial".[220]

Na doutrina brasileira, importa ainda destacar o posicionamento de Marçal Justen Filho, o qual rejeita a teoria da sujeição especial. Na sua concepção, não há fundamento constitucional para a adoção dessa tese, já que toda atividade administrativa deverá estar submetida à lei. Não há, na visão do jurista paranaense, um conteúdo próprio e autônomo para a sujeição especial que se mostre diverso da noção de discricionariedade.[221]

---

[219] SILVA, Clarissa Sampaio. *Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição: o caso dos agentes públicos*, p. 132.

[220] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, pp. 371-372.

[221] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, pp. 222-224. Em igual sentido, Cesar Guimarães Pereira (*Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*, pp. 120-126) – ao tratar da relação entre usuário e prestador de serviço público – entende que a controvertida e perigosa teoria das relações de sujeição especial não deve ser acolhida. Também parece ser essa a linha de Fabrício Motta (*Função normativa da administração pública*, p. 224), para quem a diversidade de instrumentos da Administração não deriva de uma supremacia diversa do

Neste estudo, *adota-se o posicionamento da* ***existência*** *de relações de sujeição especial, em contraposição às relações de sujeição geral.* Com efeito, há situações em que a lei não terá como estabelecer todas as situações jurídicas ativas e passivas, tanto da Administração como dos administrados. Isso justifica a previsão – em favor do Poder Público – de situações jurídicas ativas formuladas em termos mais abstratos, cabendo a ele verificar, em cada caso, a razoabilidade na criação dos deveres específicos aos *administrados qualificados*.[222]

A relação de sujeição especial poderá se verificar em função da ***inserção (voluntária ou não) do administrado à organização administrativa***, ou em função de uma relação ***voluntariamente firmada em virtude do desenvolvimento de uma atividade administrativa***. O primeiro caso engloba a grande maioria das situações: detentos, alunos de escolas e universidades públicas, agentes públicos, dentre outros. No segundo grupo, encontram-se os contratados da Administração Pública, os usuários dos serviços públicos e aqueles que são fomentados pelo Poder Público.

Por fim, no que tange às características das relações de sujeição especial, *acolhe-se integralmente os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello*.[223]

Estado nas suas relações, mas se vincula ao ordenamento jurídico, em maior ou menor intensidade, explícita ou implicitamente.

[222] A expressão "administrado qualificado" é de Eduardo García de Enterría e a ela se contrapõe o *administrado simples*. Enquanto o administrado simples ostenta uma posição genérica de cidadão, o administrado qualificado tem um *status especial*, derivado de uma relação concreta com a Administração. "*Esta distinción es puramente funcional: todos somos administrados simples en la mayor parte de nuestras relaciones con la Administración, todos podemos ser en una circunstancia administrados cualificados, aunque siempre respecto de relaciones concretas y sólo en el seno de éstas*" (ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho adminsitrativo*, t. II, p. 17).

[223] O STJ já utilizou a categoria da sujeição especial na argumentação de dois julgados.

No primeiro caso, o REsp 712.258/RS (2ª Turma, rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 04.02.2010), o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul havia concedido segurança para afastar a necessidade, quando do acesso às penitenciárias, de revista pessoal aos advogados e seus pertences, bem como a restrição à assessoria jurídica aos presos nos finais de semana. O STJ reputou que – ressalvada a questão do horário de visita dos advogados aos seus clientes (contra o qual não houve questionamento em sede recursal) – a revista aos advogados e a seus pertencentes se encontrava dentro do limite da razoabilidade. Tal restrição, ainda que incômoda, existe "em prol de bem jurídico maior e mais abrangente – a segurança pública em geral e a dos presídios, em específico –, constituindo-se o ato em típico exercício do regime jurídico de sujeição especial que rege o vínculo entre os detentos e a administração penitenciária". Como se pode perceber, em face do reconhecimento do vínculo de sujeição especial entre a Administração e os detentos, mostrava-se razoável que os seus advogados fossem revistados, já que isso visava à segurança do estabelecimento penitenciário. O julgado se mostrou acertado e a teoria da sujeição especial foi utilizada de modo adequado.

Já no AgRg no REsp 1.058.977/RJ (1ª Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 19.08.2010), uma operadora de plano de saúde interpôs agravo regimental em face da decisão que não conheceu recurso especial, dentre outras razões, por falta de impugnação dos fundamentos do julgado recorrido. Dentre esses argumentos constantes no julgado do Tribunal *a quo*, estava justamente a afirmativa de que a

5.2. O controle de juridicidade pelo Poder Judiciário

A segunda característica do regime jurídico-administrativo consiste na sujeição da atividade administrativa ao controle pelo Poder Judiciário. O fundamento reside no art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988. Em vista dos fins deste estudo, não convém aprofundar essa característica do regime de direito administrativo.

De todo modo, vale observar que o controle judicial da Administração não tem natureza hierárquica. Trata-se, aqui, de um controle ***puramente jurídico***. Ao Poder Judiciário compete, no âmbito da função jurisdicional, avaliar se os atos da Administração foram adequados às normas legais veiculadas pelos atos legislativos. Por isso é que se costuma afirmar que o controle judicial sobre a Administração é de *legalidade*.

Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, invadir o *mérito* do ato administrativo. "Mérito" consiste no campo de liberdade – previsto em lei (seja de modo expresso, seja em função de conceitos jurídicos indeterminados) e *remanescente* no caso concreto – atribuído à Administração Pública para decidir com base nos critérios de conveniência e oportunidade entre duas ou mais soluções juridicamente admitidas.[224] Se o Poder Judiciário pudesse invadir o mérito do ato administrativo, estaria ele *administrando*, tarefa que lhe é vedada quando do exercício da função jurisdicional, por força do princípio da separação das funções estatais.

É preciso destacar ainda que o Poder Judiciário não controla apenas a legalidade dos atos administrativos. O parâmetro *direto* do controle poderá ser a própria Constituição. Por isso se afirmou se tratar de um controle de ***juridicidade***: o controle é tanto de legalidade como de constitucionalidade. Assim, se o Poder Executivo emitir decretos autônomos, sem qualquer fundamento na lei, serão eles declarados

---

relação entre a Agência Nacional de Saúde Suplementar e a operadora era de sujeição especial. A insurgência da operadora parece ter residido na determinação da Agência de que ela também se registrasse nos Conselhos de Medicina e Odontologia. Em face disso, ajuizou mandado de segurança contra tal ato, tendo o Tribunal *a quo* negado provimento sob a justificativa de se tratar de relação de sujeição especial entre a operadora e a Agência. Neste caso, percebe-se que a teoria de sujeição especial foi aplicada de modo inadequado, tendo em vista que a relação entre a Agência Nacional de Saúde Suplementar e os operadores é de sujeição geral, porquanto situada no âmbito da atividade ordenadora do Estado.

[224] Cfr. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 38.

inconstitucionais; se extrapolarem o conteúdo de lei preexistente, haverá invalidação por *ilegalidade*.

5.3. O regime de direito administrativo e o direito privado

Todas as atividades administrativas – simplesmente por serem assim qualificadas – ***estão submetidas ao regime de direito público-administrativo***. Todas são tarefas infralegais e sujeitas a controle de juridicidade pelo Poder Judiciário. Aliás, dentro de cada atividade administrativa, há regimes jurídico-públicos próprios, que *especificam* o regime geral de direito administrativo.

Em função disso, no direito brasileiro, ***não existe atividade administrativa de direito privado***. Todas as tarefas administrativas são de direito público-administrativo. Por isso, não se concorda com a utilização da teoria alemã do direito privado administrativo no âmbito do direito brasileiro (item 2 *supra*).

Por ser um dos ramos do direito público, o direito administrativo é marcado por uma série de deveres para a Administração Pública. Isso implica, na relação conversa, um conjunto de ***situações ativas para os administrados*** (simples ou qualificados). A finalidade do direito administrativo, por conseguinte, consiste na defesa e promoção dos direitos dos administrados. Na lapidar expressão de Celso Antônio Bandeira de Mello, o direito administrativo é, por excelência, o ***direito defensivo do cidadão***.[225]

É em função dessa característica "garantística" do direito administrativo que é preciso ter muita cautela ao se falar na aplicação do direito privado no âmbito da função

---

[225] "Em suma: o Direito Administrativo nasce com o Estado de Direito, porque é o Direito que regula o comportamento da Administração. É ele que disciplina as relações entre Administração e administrados, e só poderia mesmo existir a partir do instante em que o Estado, como qualquer, estivesse enclausurado pela ordem jurídica e restrito a mover-se dentro do âmbito desse mesmo quadro normativo estabelecido genericamente. Portanto, o Direito Administrativo não é um Direito criado para subjugar os interesses ou os direitos dos cidadãos aos do Estado. É, pelo contrário, um Direito que surge exatamente para regular a conduta do Estado e mantê-la afivelada às disposições legais, dentro desse espírito protetor do cidadão contra descomedimentos dos detentores do exercício do Poder estatal. *Ele é, por excelência, o Direito defensivo do cidadão* – o que não impede, evidentemente, que componha, como tem que compor, as hipóteses em que os interesses hão de se fletir aos interesses do todo, exatamente para a realização dos projetos de toda a comunidade, expressados no texto legal. É, pois, sobretudo, *um filho legítimo do Estado de Direito, um Direito só concebível a partir do Estado de Direito: o Direito que instrumenta, que arma o administrado, para defender-se contra os perigos do uso desatado do Poder*" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, pp. 47-48).

administrativa.[226] O direito privado não confere aos administrados maiores benefícios do que o direito público. A comparação entre a situação jurídica de usuário e de consumidor deixa isso claro.[227]

Por sua vez, não se pode deixar de ressaltar que o direito privado ***pode*** trazer eficiência na execução de atividades administrativas. Aliás, *a adoção de formas privadas pela Administração – desde que admitida na Constituição e nas leis –* ***somente poderá ter como justificativa essa razão***. Do contrário, perde todo sentido falar em direito privado no âmbito das atividades administrativas. E, mesmo assim, os critérios já salientados no item 4 do Capítulo I deverão ser observados.

Feitos esses comentários iniciais, cabe identificar a quais atividades administrativas será possível cogitar da aplicação do direito privado.

Em primeiro lugar, há casos em que o direito privado poderá ser aplicado às

---

[226] Merece transcrição os ensinamentos de Paulo Otero (*Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, pp. 282-283) sobre o paradoxo que a "fuga para o direito privado" acarreta:

"**9.2.1.** Se a 'fuga' do poder executivo ao Direito Comum representou, num primeiro momento, o surgimento de um Direito Administrativo pouco sensível às garantias dos administrados, traduzindo a génese de uma normatividade marcada pelas ideias de parcialidade e desigualdade (v. *supra*, nº 9.1.6.), o certo é que o desenvolvimento do direito administrativo tem revelado um aumento significativo da vertente garantística a nível material e processual: a história da evolução do Direito Administrativo pode bem ser resumida na crescente importância dos direitos subjectivos e dos interesses legítimos dos particulares na limitação da actividade administrativa e no controlo contencioso das decisões administrativas.

Um tal reforço da vertente garantística do Direito Administrativo, comportando um renovado leque de limitações ao agir administrativo, tem provocado, paralela e paradoxalmente, um curioso fenómeno de tentativa de 'fuga' da Administração Pública para o Direito Privado, procurando, deste modo, iludir as vinculações que o Direito Administrativo foi criando ao longo do século XX à actuação administrativa.

Existe aqui, por isso mesmo, um desenvolvimento contraditório do Direito Administrativo: enquanto que, por um lado, se aumentam as garantais dos particulares, impedindo que o Direito Administrativo seja visto como um simples repositório de prerrogativas de autoridade, a Administração tenta, por outro lado, 'escapar' a um grau mais elevado de respeito por essas garantias que se encontram consagradas em normas administrativas, passando a pautar a sua actuação em amplos sectores por regras e princípios alheios ao Direito Administrativo que, deste jeito, vê reduzido o seu campo regulador da actividade administrativa.

9.2.2. A Administração Pública regressou no século XX ao Direito Privado para, beneficiando dos princípios da liberdade e da igualdade que o caracterizam, desenvolver a sua actividade sem as limitações decorrentes de um Direito Administrativo cada vez mais 'atrilhado' de vinculações e de garantais dos administrados.

Nem se diga que a opção pelo Direito Privado, apesar de ser motivada pelo intuito de evitar a sujeição da Administração Pública às vinculações mais apertadas do Direito Administrativo, pode ser compensada pela renúncia às prerrogativas de autoridade que a legalidade administrativa lhe confere e que se encontram alheias no Direito Privado: num Estado de Direito democrático, nem a Administração pode ter o poder discricionário de reununciar às prerrogativas que lhe foram confiadas para prosseguir o interesse público, nem a 'dispensa' de sujeição às vinculações se pode traduzir no exercício de um poder administrativo autónomo."

[227] Cfr. item 7.2.2 do Cap. IV.

atividades administrativas instrumentais. Isso ocorrerá apenas nas *atividades de gestão interna*. São, *v.g.*, os já citados casos da gestão dos *empregados públicos*, aos quais se aplicam as normas da Consolidação das Leis do Trabalho, e dos contratos administrativos, aos quais se aplica subsidiariamente o direito privado (art. 54 da Lei 8.666/1993).[228]

No que tange às ***atividades administrativas finalísticas***, apenas em duas delas será possível haver incidência do direito privado: na *atividade promocional* e na *atividade prestacional*. E isso ocorrerá em dois aspectos: ***organizacional*** e ***funcional***.

Sob o *aspecto organizacional*, a Administração Pública poderá se valer de empresas estatais e fundações estatais de direito privado[229] para executar as atividades de fomento e prestacional. O direito privado incidirá, aqui, de modo indireto: o conteúdo da atividade será regido pelo direito público, mas a organização da pessoa que a executa poderá ser de direito privado.

Por outro lado, sob o ponto de vista do conteúdo da atividade (aqui denominado de *funcional*) – *sempre observados os parâmetros já mencionados no item 4 do Capítulo I* – o direito privado também poderá incidir no âmbito das atividades de fomento e prestacional.

Na ***atividade promocional***, pode-se citar o caso de criação de linhas de crédito habitacional em instituições financeiras do Estado (ex.: Caixa Econômica Federal); neste caso, é celebrado um contrato de financiamento bancário, ainda que com juros mais baixos.

A ***atividade prestacional*** também poderá ser levada a cabo mediante formas de direito privado. Como exemplo, pode-se citar a própria aplicação subsidiária da teoria geral dos contratos privados e demais disposições de direito privado aos contratos de concessão de serviço público. Mas há outras situações menos triviais. É o que ocorre quando uma empresa estatal destinada a realizar obras públicas de desenvolvimento urbano, *v.g.*, utiliza fundos imobiliários como forma de arrecadar mais recursos para a

---

[228] Em trabalho anterior, defendeu-se a inexistência, no Brasil, da dicotomia contratos administrativos e contratos privados da Administração. Todos os contratos são administrativos, pois o fato de serem atos administrativos bilaterais leva à aplicação do direito público, ainda que possa haver incidência (maior ou menor) do direito privado. Cfr. FREIRE, André Luiz. *Manutenção e retirada dos contratos administrativos inválidos*, pp. 52-53.

[229] Sobre as pessoas de direito privado integrantes da Administração indireta, cfr. item 4.2 do Cap. III e itens 2 e 3 do Cap. VI.

implementação dos seus objetivos.

Se o direito privado poderá ser aplicado no âmbito das atividades de fomento e prestacional – tanto sob o aspecto organizacional como funcional –, *o mesmo não pode ser dito em relação à* ***atividade ordenadora***. Aqui, *não há que se falar em incidência do direito privado,* ***sequer subsidiariamente***.

Na atividade ordenadora, a presença dos poderes públicos de autoridade ocorre de modo mais intenso. A relação estabelecida com os administrados é de sujeição geral.[230] Por conseguinte, a Administração Pública deverá executar essa atividade *sempre com base no direito público*. As garantias que a Constituição confere aos administrados – ao prever, por exemplo, a estabilidade aos servidores públicos – levam à conclusão da impossibilidade de regime privado. É por isso que, na atividade ordenadora, o Estado não poderá atuar por meio de empresas estatais, mas apenas por meio de pessoas jurídicas de direito público.[231]

Como se pode perceber, o direito privado incide de modo diverso em relação às atividades administrativas. Aliás, há outras diferenças no que se refere ao *regime de descentralização administrativa*. A essa teoria será dedicado o próximo capítulo.

---

[230] Carlos Ari Sundfeld (*Direito administrativo ordenador*, p. 24) indica a relação de sujeição geral como uma das características da atividade ordenadora. Segundo ele, quando os privados atuam no campo estatal, estabelecem com a Administração um vínculo específico, em que essa exerce poderes especiais. Por outro lado, ao atuarem no campo privado, "submetem-se apenas a vínculo genérico com o *Estado*, caracterizado pelo poder deste, através de lei, regulamentar as atividades privadas. Mas, como vimos, essa disciplina pode prever ou não a interferência das autoridades administrativas no cumprimento da lei. Assim, a vinculação genérica do *Estado* com os indivíduos pode ou não se materializar em vinculação genérica entre estes e a *Administração*, na dependência – e, sobretudo, nos limites – da opção legislativa. Percebe-se a distinção: enquanto os poderes da Administração, nos vínculos específicos com os particulares, lhe são conaturais e, portanto, tão extensos quanto necessário, os poderes genéricos da Administração frente aos particulares existirão se, quando, como e na medida em que expressamente previstos em lei".
Ao discorrerem sobre o poder de polícia (ou limitações administrativas à liberdade e à propriedade), Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, pp. 839-845), Heraldo Garcia Vitta (*Soberania do Estado e poder de polícia*, p. 94, e *Poder de polícia*, p. 45) e Luis Manuel Fonseca Pires (*Limitações administrativas à liberdade e à propriedade*, pp. 157-173) indicam que o seu fundamento é a supremacia geral do Estado.

[231] O Supremo Tribunal Federal já decidiu que, em matéria de fiscalização de atividades profissionais, o Estado não poderá criar empresas estatais, pois não é possível delegar "atividades típicas de Estado" (ADI 1.717). Este tema será retomado no item 8.1 do Cap. III.

CAPÍTULO III – DA DESCENTRALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

1. Introdução

Forsthoff tem razão quando afirma que todo Estado possui uma determinada arquitetura. Até mesmo nas coletividades de menor extensão é impossível que todas suas funções recaiam sobre apenas um organismo. Essa arquitetura – continua o autor alemão – poderá já estar articulada na própria Constituição ou em nível infralegal. Quando delineada na própria Constituição, estará em pauta a distinção entre Estado Unitário e Federal; no plano legal, estar-se-á diante da organização administrativa.[232]

Com efeito, a distribuição das atribuições estatais para outras pessoas jurídicas é um processo técnico de organização existente, em maior ou menor medida, em todos os Estados. O objetivo deste Capítulo consiste em explicar essa técnica de organização quando aplicável à Administração Pública, isto é, a teoria da descentralização administrativa.

A exposição da teoria da descentralização administrativa – que nada mais é do que um capítulo da teoria da organização administrativa[233] – se mostrará fundamental para abordar o ponto central deste estudo, que consiste na identificação do regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas de direito privado.

Porém, a indicação das formas de descentralização dos serviços públicos pressupõe que alguns conceitos – não só de direito administrativo, mas também de teoria do direito público – sejam devidamente sedimentados neste momento. Não se pode tratar do tema sem responder a algumas questões. Qual a diferença entre centralização e descentralização? Quando a centralização e a descentralização terão natureza *administrativa*? O que é uma competência pública? O que é uma competência

---

[232] FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*, pp. 580-581.

[233] De acordo com Paulo Modesto (As fundações estatais de direito privado e o debate sobre a nova estrutura orgânica da administração pública. *RERE*, nº 14, p. 1), a organização administrativa é o capítulo mais inconsistente do direito administrativo nacional. Embora a assertiva seja forte, não há dúvidas de que a doutrina brasileira não tem se dedicado o suficiente em face da importância do tema, o qual é abordado basicamente nos cursos e manuais de direito administrativo. Isto é, trata-se sempre de uma abordagem panorâmica, própria desse tipo de trabalho acadêmico.

público-*administrativa*? Qual o conteúdo da competência administrativa? Quais são suas características? Qual é a diferença entre pessoa jurídica de direito público e de direito privado? Quais são as formas existentes, no direito positivo brasileiro, de descentralização administrativa? De que modo elas se relacionam com as atividades administrativas?

Neste Capítulo, pretende-se oferecer respostas a essas perguntas. Convém iniciar pelo conceito de descentralização administrativa.

2. A descentralização administrativa

2.1. O Estado brasileiro como sujeito de direito. O conceito de descentralização

O Estado brasileiro – tal como ocorre com qualquer Estado – é, sob o ponto de vista jurídico, um ***sujeito de direito***, é uma ***pessoa jurídica***. Consiste, portanto, num *centro de imputação jurídica*, isto é, num termo aglutinador de situações jurídicas ativas e passivas.[234] O Estado, enquanto pessoa jurídica, é *capaz juridicamente*, possui uma *personalidade jurídica*.[235]

---

[234] "O ser sujeito-de-direito é efeito de fato que norma qualificadora de subjetividade ligou a esse fato. É o fato jurídico fundamental, que passa a figurar como *termo* em todas as relações" (VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*, p. 200).

[235] Hans Kelsen (*Teoria geral do direito e do Estado*, p.135) ensina que o "conceito de pessoa (em sentido jurídico) – que, por definição, é o sujeito de deveres jurídicos e direitos jurídicos – vai ao encontro da necessidade de se imaginar um portador de direitos e deveres. O pensamento jurídico não se satisfaz com o conhecimento de que certa ação ou omissão humana forma o conteúdo de um dever ou direito. Deve existir algo que 'tem' o dever ou o direito. Nesta idéia, manifesta-se uma tendência do pensamento humano. Qualidades empiricamente observáveis também são interpretadas como qualidades de um objeto ou substância, e, gramaticalmente, elas são representadas como predicativos de um sujeito. Essa substância não é uma entidade adicional. O sujeito gramatical denotando-a é apenas um símbolo do fato de que as qualidades formam uma unidade. A folha não é uma nova entidade adicionada a todas as suas qualidades – verde, lisa, redonda e assim por diante – mas apenas a sua unidade completa". E, em vista disso, Kelsen conclui que, na realidade, a pessoa em sentido jurídico (isto é, o sujeito de direito) não consiste numa entidade apartada dos seus deveres e direitos; trata-se de uma "unidade personificada ou – já que deveres e direitos são normas jurídicas – a unidade personificada de um conjunto de normas jurídicas" (*Op. cit.*, p. 136). É por isso que Roberto José Vernengo (*Curso de teoría general del derecho*, p. 252) vê no conceito de "capacidade jurídica" uma relação existente entre o âmbito de validade material das normas com seus possíveis âmbitos de validade pessoal, isto é, a classe dos sujeitos possíveis. Isso significa, como bem observou Eduardo Garcia Maynez (*Introduccion al estudio del derecho*, p. 294), que a personalidade jurídica é sempre uma criação do direito.
Justamente com base no exposto acima, não se pode concordar com Karl Larenz (*Derecho civil: parte general*, p. 105) quando assevera que a condição pessoal do indivíduo e, com ela, sua capacidade jurídica estão dadas previamente ao direito positivo. Segundo o jurista alemão, o conceito de pessoa e, por consequência, de capacidade não resultam de um conjunto de normas jurídicas, mas sim de um "conceito concreto-geral" de pessoa, que existe antes da ordem jurídica.

É a Constituição Federal de 1988 que cria – sob o ponto de vista eminentemente jurídico – a República Federativa do Brasil e, portanto, a fixa como um centro de imputação jurídica, como uma pessoa (em sentido jurídico), capaz, inclusive, de ser termo de relações jurídicas no plano internacional.[236]

Ao conferir capacidade jurídica ao Estado brasileiro, a Lei Maior lhe atribuiu uma série de tarefas: *as atividades públicas*. Estas são, como mencionado no Capítulo I, funções públicas. São *deveres jurídicos* que incumbe ao Estado brasileiro cumprir, sempre em vista dos fins públicos estabelecidos pela Constituição. Para tanto, são conferidos a ele uma série de situações jurídicas ativas, inclusive a de criar, modificar e extinguir unilateralmente as situações jurídicas de terceiros (poderes). Assim, cabe à República Federativa do Brasil editar normas que inovam a ordem jurídica em caráter originário (legislação), resolver as questões jurídicas que lhe se são trazidas com caráter de definitividade (jurisdição), prestar serviços públicos, relacionar-se com Estados estrangeiros, defender o território nacional, dentre outros.

Porém, diante da grande complexidade das tarefas constitucionais, a própria Constituição tratou de *organizar* o Estado brasileiro ao atribuir, ***no plano interno***, a titularidade dessas posições ativas e passivas a outras pessoas jurídicas. Conforme o art. 18, *caput*, da Lei Maior, a "organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição".

Dessa forma, foi consagrado, no direito brasileiro, o ***princípio federativo*** (vide item 3.4 do Cap. I). O Estado brasileiro – que é uma unidade na ordem internacional – está internamente organizado de tal modo que suas tarefas foram atribuídas a quatro entes com personalidade jurídica própria (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), cada qual com ***autonomia política*** para executar as funções que a

---

[236] Carlos Ari Sundfeld (*Fundamentos de direito público*, p. 61) acolhe as lições de Kelsen ao escrever que a pessoa em sentido jurídico "é um centro, uma unidade, um conjunto de direitos e deveres. Dizemos que, ao reconhecer a certo ente a qualidade de centro de direitos e deveres, o ordenamento jurídico lhe outorga *personalidade jurídica*. A personalidade jurídica é produzida pelas normas jurídicas". E o Estado, por ser um centro unificador de direitos e deveres, é uma pessoa (*Op. cit.*, p. 65).
Por ser o conceito de pessoa uma técnica para ordenar o material jurídico, sendo o Estado um sujeito de direito, Lourival Vilanova (*Causalidade e relação no direito*, pp. 256-257) ensina que não se dá, em primeiro lugar, o Estado como sujeito jurídico e, na sequência, as relações jurídicas que ele trava. "Nem relações jurídicas sem termos (*referente e relato*), nem termo sujeito-de-direito sem estar, no mínimo, em uma relação com outro, ou outros. O sujeito-de-direito público (político) é subjetividade em face da comunidade global não-estatal, em face dos grupos parciais, em face dos indivíduos-membros e em face dos demais Estados, na esfera internacional".

Constituição lhes conferiu.

Além dessa distribuição de funções a pessoas jurídicas dotadas de autonomia política, a Constituição ***autoriza*** – para o desempenho de funções administrativas – as entidades federativas a transferirem suas competências a outras pessoas, sejam elas naturais ou jurídicas, de direito público ou privado. Isso fica claro quando se lê diversos dispositivos constitucionais.

O art. 37, *caput*, prevê que a "***administração pública*** direta e ***indireta*** de qualquer dos Poderes da ***União***, dos ***Estados***, do ***Distrito Federal*** e dos ***Municípios*** obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (...)" (grifado). Ou seja, as pessoas políticas (isto é, que detêm autonomia política) podem, no âmbito de suas funções administrativas, ***criar outras pessoas jurídicas*** para o desempenho de suas atribuições.

Note-se que, em diversas passagens, a Constituição faz referência à "Administração indireta" ou especificamente aos tipos de pessoas que dela fazem parte, tanto as de direito público (autarquias e fundações públicas) ou de direito privado (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações estatais de direito privado).[237] A Lei Maior admite, portanto, que os entes políticos transfiram parcelas de suas competências a outras pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado integrantes da Administração indireta.

Além disso, o Texto Constitucional prevê: (i) a possibilidade de concessão, permissão e autorização de serviços públicos para pessoas de direito privado (*v.g.*, art. 21, XI e XII; art. 175); (ii) a hipótese de delegação de serviços notariais e registros a pessoas privadas (art. 236); e (iii) a admissão de gestão associada de atividades públicas de interesse comum mediante a celebração de convênios e formação de consórcios públicos (art. 241).

Todas as hipóteses acima mencionadas têm uma característica comum: nelas, *há a* ***transferência do dever de realizar uma tarefa*** *(bem como das* ***demais situações jurídicas*** *ativas e passivas disso decorrentes) de uma* ***pessoa pública*** *para outra* ***pessoa*** *(pública ou privada).* A essa técnica de *atribuição de competências públicas a outras pessoas* dá-se o nome de ***descentralização***.

---

[237] Na Constituição, pode-se citar, a título exemplificativo, os seguintes dispositivos: art. 14, § 9º; art. 37, XI, XVII, XIX, XX, e §§ 3º, 7º e 8º; art. 38, *caput*; art. 61, § 1º, I, "a"; art. 70; art. 71, II e III; art. 165, § 5º; art. 169, § 1º.

2.2. Descentralização política e administrativa

A atribuição, pelo ente titular, de competências públicas a outras pessoas consiste na descentralização. Embora esse seja um conceito geral, vale destacar que os exemplos citados no item 2.1 *supra* apresentam diferenças importantes.

No caso do Estado Federal, aos entes públicos é conferida, ***pela própria Constituição***, uma ***autonomia política***. No sistema brasileiro, tais pessoas políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) possuem – na lição de Michel Temer – a "possibilidade de estabelecer comandos sobre assuntos de sua competência. É ter capacidade para dispor, por meio de regras gerais e abstratas, sobre tudo o que importe a uma coletividade".[238] E, além disso, como bem pontuou Valmir Pontes Filho, essa autonomia política é conferida pela ***própria Constituição***. É a Lei Maior que distribuirá as competências entre os entes federativos, "de modo que lei alguma, ainda que oriunda da esfera central de governo (a da União, no nosso caso), pode modificar tal distribuição em detrimento das unidades regionais ou locais".[239]

Por outro lado, nas demais situações, a descentralização ocorre a partir da ***ordem legal***. A Constituição confere ao *legislador* a competência para, a partir de uma decisão *política*: (a) criar outras pessoas jurídicas de direito público; (b) autorizar a criação de pessoas de direito privado (que serão integrantes da Administração indireta); ou, (c) autorizar a Administração a transferir o dever de executar tais tarefas, mediante ato infralegal, a outras pessoas.

Na primeira hipótese citada acima (do Estado Federal), trata-se de ***descentralização política***. Na segunda (em que o fundamento da descentralização é a

---

[238] TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*, p. 96. Vide ainda: SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*, p. 73.

[239] PONTES FILHO, Valmir. *Poder, direito e Constituição*, p. 209. Note-se que o objetivo, neste tópico, não é o de indicar os elementos que configuram o Estado Federal, mas apenas o de estabelecer as diferenças entre a descentralização política da descentralização administrativa. É evidente que, para a configuração do Estado Federal, não basta somente a atribuição de autonomia política por meio da Constituição (que é o traço distintivo entre descentralização política e administrativa). Sobre o tema, remete-se à lição dos seguintes autores: ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*, pp. 24-30; ARAUJO, Luiz Alberto David. Características comuns do federalismo. *Por uma nova federação*, p. 39 e ss.; ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, pp. 290-312; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, pp.929-951; TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*, pp. 799-804; TEMER, Michel. *Op. cit.*, pp. 57-75.

lei, ainda que seja necessário um ato infralegal de delegação da competência), de ***descentralização administrativa***.

2.3. Centralização política e administrativa. A desconcentração administrativa

Tal como já destacado, a descentralização consiste na transferência de competências públicas de uma pessoa política para outro sujeito de direito, público ou privado. Por outro lado, na ***centralização***, *as competências públicas se mantêm na pessoa pública originariamente titular da tarefa*.

À descentralização política se opõe a ***centralização política***, a qual caracteriza o Estado Unitário. Neste, as tarefas estatais são conferidas aos diferentes ***órgãos*** da pessoa política central, a qual é a única titular de autonomia política. Nesse caso, aliás, é comum que a pessoa central se utilize da técnica de descentralização administrativa, transferindo competências a outras pessoas, tal como ocorre na França e na Itália. Portanto, a centralização política *é a concentração das competências públicas numa única pessoa pública dotada de* ***autonomia política***.

Já a descentralização administrativa se contrapõe à ***centralização administrativa***. Nesta, as atividades administrativas são executadas pela pessoa *política* titular da tarefa, por meio de seus órgãos. É o que ocorre em relação à defesa do Estado brasileiro, que é uma tarefa pública de titularidade da União e executada pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica (as quais compõem as Forças Armadas), que são órgãos de tal pessoa política (art. 142 da CF). Dessa forma, ocorre a centralização administrativa quando *a competência público-****administrativa*** *se concentra na pessoa política originalmente titular, a qual a executa por meio de seus órgãos*.

A descentralização administrativa não se confunde com a ***desconcentração*** *administrativa*. Na descentralização, as competências são transferidas de um sujeito de direito para outra pessoa. Já na desconcentração, tais competências são distribuídas no *interior* da pessoa jurídica entre seus diferentes órgãos, a partir de critérios diversos (matéria, território etc.). Na desconcentração, os órgãos estão ligados entre si por um vínculo de ***hierarquia***, inexistente no âmbito da descentralização administrativa, em que o ente descentralizado não está subordinado juridicamente à pessoa titular da competência.

2.4. Definição de descentralização administrativa

Em vista das considerações acima formuladas, a ***descentralização administrativa*** *consiste na transferência de competências público-****administrativas*** *a* ***outras pessoas****, naturais ou jurídicas, de direito público ou privado*.

O conceito de descentralização administrativa envolve, portanto, duas expressões cujo sentido precisa ser delimitado: (i) o de competência público-administrativa; e (ii) o de pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado. Os itens 3 e 4 abordarão, respectivamente, tais assuntos.

3. Competências público-administrativas

O conceito de *competência pública* é fundamental para a dogmática do direito público. Trata-se de uma categoria jurídica presente no âmbito de todas as funções estatais. Há a competência legislativa, a competência jurisdicional, a competência administrativa e a competência política (ou de governo).

Por tal razão, para se indicar o significado de *competência público-****administrativa***, será necessário definir a locução "competência pública", que é gênero. Dessa forma, em primeiro lugar, será feita a diferenciação entre "competência" e "atribuição". Em seguida, será apresentado o conceito de competência *pública* e indicada a sua finalidade. Na sequência, será definida a expressão "competência *administrativa*", bem como serão realizados comentários sobre o seu conteúdo e características.

3.1. Conceitos apresentados pela doutrina. Atribuições e competências

De acordo com Juan Alfonso Santamaría Pastor, embora o conceito de competência seja um dos mais básicos da teoria da organização, sua noção é extremamente confusa.

O jurista espanhol acrescenta ainda que é comum a doutrina utilizar esse termo de *forma objetiva*, isto é, enquanto conjunto de interesses (fins e matérias) e de

potestades conferidas a cada entidade e órgãos que a integram. Porém, ele entende que, em termos corretos, a competência não é um objeto ou coisa, mas uma *qualidade estritamente subjetiva*, qual seja, a titularidade de uma série de poderes públicos exercitáveis a respeito de umas matérias, serviços ou fins públicos determinados. Por isso, afirma que não se "tem" competência; se "é" competente.[240]

Santamaría Pastor está certo ao dizer que a noção de "competência" é confusa. Sem dúvida, o termo é usado de formas distintas pelos autores. Um breve apanhado de algumas lições doutrinárias, nacionais e estrangeiras, demonstrará isso.

De início, é comum haver a distinção entre "competência" e "atribuição".

Francis-Paul Bénoit entende que a competência de um agente administrativo é a capacidade para realizar certos atos jurídicos em nome de uma coletividade administrativa e sobre um território determinado. Já a atribuição consiste no conjunto das tarefas materiais que foram a ele conferidas. Enquanto a competência é uma capacidade para a prática de atos jurídicos, as atribuições levam à realização de operações materiais.[241]

Giannini traz um sentido diverso para as duas palavras. Para ele, a atribuição é um centro de referência de interesses. Trata-se de noção de conteúdo amplo, que delimita o âmbito dos interesses públicos atribuídos a figuras subjetivas maiores. Como exemplo, indica a atribuição do ministério das relações exteriores de se relacionar com outros Estados e com entes internacionais. Já a competência é a "medida do poder"; porém, como nem toda autoridade pública possui um poder (ou potestade), Giannini afirma ser melhor dizer que se trata da "medida do exercício da atribuição". Assim, os grandes ramos do Estado possuem atribuições, sendo que cada órgão que o compõe possui sua própria competência. A repartição de competências nada mais é do que uma distribuição de atribuições.[242]

Diogo Freitas do Amaral segue linha semelhante à de Giannini. Na sua concepção, atribuições são os fins ou interesses que a lei incumbe às pessoas jurídicas públicas. Para perseguirem esses fins e interesses, são conferidos às pessoas coletivas

---

[240] PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Principios de derecho administrativo general*, v. I, p. 352.
[241] BÉNOIT, Francis-Paul. *Le droit administratif français*, pp. 470 e 474. Embora não faça a distinção entre atribuição e competência, Marçal Justen Filho (*Curso de direito administrativo*, p. 358) segue linha semelhante à de Bénoit ao definir a competência como sendo "a atribuição normativa da legitimação para a prática de um ato administrativo".
[242] GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*, v. I, pp. 220-221.

(jurídicas) determinados "poderes funcionais". A esse conjunto de poderes dá-se o nome de competência. Tanto as atribuições como as competências são previstas em lei, sendo que elas se limitam reciprocamente, já que um órgão não pode perseguir as atribuições da pessoa pública por meio de competências que não lhe pertencem e vice-versa.[243] Marcello Caetano também diferencia atribuições e competências desse modo e conclui que a soma de ambos define a capacidade da pessoa coletiva.[244]

Aliás, vale destacar que a identificação do conceito de competência com o conjunto de poderes não é incomum. Pietro Virga, por exemplo, anota que a competência é a esfera de poderes administrativos (*potestà*) atribuída a cada órgão de um mesmo ente.[245] Carlos Santiago Nino também adota essa postura.[246] No Brasil, Ruy Cirne Lima a define como "a medida do poder que a ordem jurídica assina a uma pessoa determinada"[247] e Hely Lopes Meirelles aduz que a competência administrativa é o "poder atribuído ao agente da Administração para o desempenho específico de suas funções".[248] Também seguem essa linha Celso Ribeiro Bastos e Diogo de Figueiredo Moreira Neto.[249]

Ainda sobre a distinção entre atribuição e competência, Bartolome Fiorini afirma que a atividade de um órgão é a realização de um encargo, que é o objeto de uma atribuição. Esta provém de uma norma, que obriga os órgãos a executá-la na forma por ela prescrita. A competência, por seu turno, é a delimitação especial de atribuições. A competência traça um limite entre as atribuições de um órgão frente a outro. Conforme o autor, o poder é uma competência que alguns órgãos possuem para criar relações jurídicas que se impõem perante terceiros.[250] Para Fiorini, portanto, a competência não é

---

[243] AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*, v. I, pp. 776-777.
[244] CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*, v. I, pp. 211-213.
[245] VIRGA, Pietro. *Il provvedimento amministrativo*, p. 200.
[246] Conforme Carlos Santiago Nino (*Introducción al análisis del derecho*, p. 222), tanto a capacidade como a competência são autorizações para ditar certas normas. Entretanto, enquanto se é capaz para modificar a própria situação jurídica, o sujeito é competente para modificar a situação de outras pessoas (potestade jurídica). Por isso, define a competência como a capacidade para obrigar juridicamente outras pessoas, para ditar normas heterônomas.
[247] LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*, p. 139.
[248] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 128.
[249] Celso Ribeiro Bastos (*Curso de direito administrativo*, p. 145) apresenta um conceito praticamente idêntico ao de Hely Lopes Meirelles. Por seu turno, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (*Curso de direito administrativo*, p. 185) entende que a competência é a "*expressão funcional qualitativa e quantitativa do poder estatal que a legislação atribui às entidades da Administração Pública*, necessária para vinculá-las contratualmente".
[250] "*La potestad en este caso es la competencia que tiene un órgano para crear relaciones jurídicas dirigida a terceros sobre su libertad, sus derechos o sus atribuciones. El poder se presupuesta en la*

uma medida de poderes, mas sim uma medida de atribuições.[251]

Juan Carlos Cassagne critica os autores que definem a competência como medida do poder de um órgão, segundo um critério similar ao da doutrina processual que caracteriza a competência como medida da jurisdição (o que, aliás, igualmente ocorre na doutrina processualista brasileira).[252] Para o autor, a competência é o conjunto ou círculo de atribuições que corresponde aos órgãos e sujeitos públicos estatais, ou, "*con un alcance jurídico más preciso, como la aptitud de obrar o legal de un órgano o ente del Estado*".[253]

Seabra Fagundes, ao tratar dos elementos do ato administrativo, expõe que o seu impulso gerador ocorre por meio da manifestação de vontade dos órgãos, "que são pessoas postas ao serviço do Estado para o exercício de atribuições determinadas. Estas atribuições, em seu conjunto, constituem o que se denomina competência".[254] Portanto, o jurista brasileiro também diferencia as atribuições das competências, embora não defina o termo "atribuição".

Ressalte-se que essa postura – de definir a competência como um conjunto de atribuições (sem definir este último vocábulo) – não é incomum na doutrina brasileira. Tal orientação consta na obra de outros importantes autores brasileiros, como, por exemplo, José Cretella Júnior, Lúcia Valle Figueiredo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

---

organización administrativa por los siguientes datos jurídicos: primero, por la existencia de un órgano; segundo, por la atribución reconocida al órgano, no al sujeto físico; tercero, por la delimitación normativa de una competencia; cuarto, porque esa competencia atribuye al órgano una potestad, es decir la posibilidad de crear relaciones jurídicas que se imponen en forma unilateral e imperativa sobre personas, cosas y organizaciones" (FIORINI, Bartolome A. *Manual de derecho administrativo*, primeira parte, pp. 125-126).

[251] *Idem*, pp. 124-127.

[252] Na doutrina processualista brasileira, também é comum encontrar a definição de competência como sendo a "medida", "quantidade", "parcela" ou "delimitação" da jurisdição atribuída a cada órgão do Poder Judiciário. Nesse sentido: CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 248; FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*, p. 78; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*, p.35; MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*, v. I, p. 330; NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*, pp. 236-237; ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Introdução ao processo civil: processo de conhecimento*, p. 89; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. I, p. 161.

[253] CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*, t. I, pp. 251-252. Em sentido semelhante é o conceito de Gordillo (*Tratado de derecho administrativo*, t. I, p. XII-5), para quem a competência é o conjunto de funções que um agente pode legitimamente exercer, isto é, é a medida das atividades que, de acordo com a ordem jurídica, corresponde a cada órgão, sendo a sua aptidão legal de a levar a cabo.

[254] FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 31.

Odete Medauar e Romeu Felipe Bacellar Filho.[255]

Por outro lado, há quem caracterize a competência como sendo uma *medida da capacidade da pessoa pública*. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, por exemplo, leciona que as atribuições do Estado encerram as competências dos agentes, enquanto quantidade de direitos e obrigações que lhes cabem ao atuarem em nome e por conta do Estado. A competência "consiste, pois, na medida da capacidade da pessoa jurídica com relação a dado órgão".[256] Manoel de Oliveira Franco Sobrinho e Edmir Netto de Araújo adotam a mesma posição.[257-258]

Celso Antônio Bandeira de Mello, por seu turno, ensina que o círculo de atribuições do Estado (que são sintetizados por unidades abstratas – os órgãos públicos), a serem manifestados pelos seus agentes, são constituídos de um plexo de *competências*

---

[255] Para José Cretella Júnior (*Tratado de direito administrativo*, v. II, p. 144), competência é um complexo de atribuições e de faculdades. Já Lúcia Valle Figueiredo (*Curso de direito administrativo*, p. 200) define a competência como "o plexo de atribuições outorgadas pela lei ao agente administrativo para consecução do interesse público postulado pela norma". Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito administrativo*, p. 210) assevera que a competência é "o **conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixadas pelo direito positivo**". Odete Medauar (*Direito administrativo moderno*, p. 61), depois de asseverar que cada órgão é dotado de atribuições específicas, isto é, de competências, aponta que esta significa "*a aptidão legal conferida a um órgão ou autoridade públicos para realizar determinadas atividades*". E Romeu Felipe Bacellar Filho (*Direito administrativo*, p. 66) indica que a competência "deve ser entendida como parcela de atribuições conferidas pela lei ao agente público para a prática do ato".

[256] BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*, v. II, pp. 77-78 e 88.

[257] Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (*Da competência constitucional administrativa*, p. 26) escreve que é "pela competência que se dá a **medida** exata da capacidade jurídica. Embora variáveis os **graus**, limitada a expressão de vontade, a competência, na atividade administrativa, aparece de plano na organização do Estado e particularmente específica nas atribuições cometidas". Já conforme a lição de Edmir Netto de Araújo (*Curso de direito administrativo*, p. 473), a competência "é a medida da capacidade do Estado, seus órgãos e agentes, cujo conceito não substitui mas a ele se superpõe, pois, como vimos há pouco, além da capacidade geral do Estado, os órgãos possuem a respectiva competência para certas atividades, e só através deles podem ser exercidas pelo Estado". E, na sequência, define a competência como "o complexo de atribuições do Estado que dizem respeito a cada cargo, portanto atribuídas aos agentes para o desempenho específico de suas funções, consistindo na quantidade ou qualidade do poder funcional que a lei atribui às entidades, órgãos e agentes públicos para executar a vontade do Estado".

[258] De acordo com Caio Tácito (*Direito administrativo*, p. 58), a "capacidade do agente assume, no direito público, um sentido específico que se exprime na regra da *competência*, ou seja, o poder legal de realizar determinada parcela da função administrativa. A competência se regula por um sistema jurídico especial que, embora admitindo as condições gerais de capacidade do direito privado, especializa o conceito por meio de aspectos peculiares". Frise-se que o jurista entende que a competência é a capacidade de direito privado quando aplicada no âmbito do direito público, já que possui características específicas. Por tal razão, não se pode dizer que ele entende que a capacidade é uma "medida da capacidade". Por outro lado, também não se pode afirmar que Caio Tácito assimila a competência ao conjunto de poderes, pois ele escreve se tratar do poder jurídico *de exercer parcela da função administrativa*, isto é, ele utiliza a expressão "poder jurídico" no sentido de "autorização jurídica". Ao que parece, ele se alinha mais à corrente que define a competência como conjunto de atribuições, porquanto anota que a competência é a aptidão para levar a cabo "parcela" da função administrativa.

públicas. Depois de criticar a assimilação da competência com a demarcação de poderes públicos, aponta que, em verdade, o que existem são deveres-poderes. E, em vista disso, define a competência "como o *círculo compreensivo de um plexo de deveres públicos a serem satisfeitos mediante o exercício de correlatos e demarcados poderes instrumentais, legalmente conferidos para a satisfação de interesses públicos*".[259] O conceito de competência como círculo de deveres-poderes (ou, como preferem alguns, "poderes-deveres") também é seguido por outros autores, como Régis Fernandes de Oliveira, Floriano de Azevedo Marques Neto, Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari.[260]

A menção aos autores acima mostra que, *embora* ***semelhantes****, os conceitos doutrinários* ***não são uniformes*** *e ora focam nas* ***atribuições*** *do Estado, ora no* ***conjunto de deveres e de poderes***. Convém agora indicar o conceito de competência pública a ser aqui adotado.

3.2. Definição competência pública

O primeiro passo para se conceituar a competência pública consiste em dizer o que se entende por "atribuição". Tal como foi destacado no item 1 do Cap. I, a Constituição conferiu ao Estado uma série de atividades: edição de atos introdutores de normas que inovam em caráter originário a ordem jurídica (legislação); produção de atos com caráter de definitividade (jurisdição); controle sobre os atos da Administração; limitação à autonomia privada, mediante atos gerais e abstratos, ou individuais e concretos; oferecimento de utilidades aos administrados. Essas e outras tarefas foram

---

[259] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 148.

[260] Régis Fernandes de Oliveira (*Delegação e avocação administrativas*, pp. 42-44) entende que a competência consiste na soma de poderes e deveres jurídicos previstos na Constituição e na lei, conferidos para que sejam buscados os fins públicos previstos na ordem jurídica. Embora a expressão "deveres-poderes" não conste expressamente no seu conceito, tal ideia está clara quando afirma que os poderes serão os necessários ao desenvolvimento dos deveres impostos à Administração Pública.

Floriano de Azevedo Marques Neto (Poderes da administração pública. *Novos rumos para o direito público: reflexões em homenagem à Professora Lúcia Valle Figueiredo*, p. 224), por seu turno, escreve que a competência "nada mais é do que a atribuição, pela norma jurídica, de uma parcela do poder extroverso estatal para um órgão, ente ou agente da Administração, de modo e com vistas a que ele busque uma determinada finalidade". Segundo o autor, é inerente ao poder extroverso a ideia de função, de poder-dever.

Já de acordo com a lição de Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari (*Processo administrativo*, p. 141), denomina-se "'competência' a atribuição, por lei, em sentido estrito, do poder-dever de decidir o processo administrativo ou de praticar certos atos para os quais a lei (ainda em senso estrito) consigne disciplina apartada".

conferidas pela ordem jurídica ao Estado. São, pois, suas ***atribuições***.

Desse modo, *as* ***atribuições*** *nada mais são do que as* ***tarefas públicas***. São as ***atividades estatais*** *previstas na Constituição e nas leis*. Tais atividades, como já se destacou ao se tratar do conceito de descentralização, foram distribuídas pelo ordenamento jurídico para os diversos órgãos que compõem as pessoas políticas, bem como às demais pessoas jurídicas por essas criadas.

Para o cumprimento desses deveres, a ordem jurídica confere a tais entes ***situações jurídicas ativas***.[261] Dentre essas, ganha importância, no direito público, os *poderes* (também denominados de *potestades*, *direitos formativos* e *direitos potestativos*), isto é, a possibilidade de um sujeito alterar a situação jurídica de outro sujeito. Os poderes – embora não sejam as únicas situações ativas de direito público – são extremamente relevantes, pois é por meio deles que se ordena a vida social. Enfim, independentemente disso, ***todas*** as situações jurídicas ativas de direito público deverão ser manejadas de forma adequada, necessária e proporcional ao fim buscado pelo Poder Público e previsto na ordem jurídica. Mas, além das situações ativas, os sujeitos competentes possuem situações jurídicas passivas (deveres e sujeições).

As atribuições (as tarefas estatais, as atividades públicas) são – para usar uma expressão kelseniana – a *esfera* ***material*** *de validade* das normas jurídicas que conferem às pessoas públicas tais situações ativas e passivas.[262] Esse ***conjunto de situações ativas e passivas*** *conferidas pela ordem jurídica às pessoas e órgãos públicos (e manifestados por agentes públicos), relacionado a determinadas* ***atribuições estatais****, consiste na* ***competência pública***.

Assim, Santamaría Pastor tem razão quando afirmou que não se "tem" competência, se "é" competente (vide item 3.1 acima). A competência pública é, por conseguinte, numa *qualificação subjetiva* do ente ou órgão público, a ser exercida pelos agentes públicos.

Note-se que, ao se definir a competência pública a partir das situações

---

[261] Sobre o conceito de situações ativas, vide item 3.5 abaixo.

[262] Segundo ensina Hans Kelsen (*Teoria geral do direito e do Estado*, p. 59), as normas possuem uma esfera espacial, temporal, material e pessoal. As normas vigoram num determinado espaço (Brasil, China, França etc.) e por certo tempo. São, respectivamente, as esferas espacial e temporal de validade das normas. Além disso, elas prescrevem quando e de que modo os homens devem se comportar, quais atos devem praticar ou se abster de praticar (esfera material). E, por fim, a conduta humana que forma o conteúdo das normas é praticada por indivíduos, sendo essa a esfera pessoal de validade da norma.

jurídicas, não se está aqui asseverando que o conteúdo da competência reside apenas na edição de atos jurídicos. Muito pelo contrário: haverá também o ***dever*** de executar operações materiais, como, por exemplo, a obrigação da entidade ou órgão público (ex.: um hospital público) de prestar o serviço público de saúde pública a quem assim solicitar. Tal dever jurídico nada mais é do que uma situação jurídica passiva relativa a tal atribuição pública (a saúde).

A questão que pode ser colocada agora é a seguinte: a competência pública é uma "medida da capacidade da pessoa pública"?

A rigor, isso é correto. A capacidade da pessoa pública – que é a aptidão ***genérica*** para ser um centro de imputação jurídica – difere da competência pública pelo fato de essa última ser ***mais específica***, por ser uma *parcela das situações ativas e passivas que formam a capacidade da pessoa pública*.

Porém, é preciso comentar que a expressão "competência pública" pode ser usada na teoria da organização estatal em ***dois planos distintos***.

No primeiro plano, *do Estado brasileiro enquanto pessoa jurídica de direito público externo* (ou seja, ente dotado de capacidade jurídica na ordem internacional), suas posições ativas e passivas são distribuídas – no *âmbito interno* e pela *Constituição* – entre as diferentes pessoas políticas. Diz-se, aqui, que há uma "repartição constitucional de competências públicas". Assim, a Constituição atribuiu à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios situações ativas e passivas em relação a matérias determinadas, tendo o constituinte se guiado pelo *princípio da predominância do interesse*.[263]

Logo, a União é competente, por exemplo, para "manter o serviço postal e o correio aéreo nacional" (art. 21, X, da CF); os Estados são competentes para explorar (diretamente ou mediante concessão) os serviços locais de gás canalizado (art. 25, § 2º, da CF); os Municípios, para "organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local" (art. 30, V, da CF). Há ainda competências comuns previstas no Texto Constitucional. Ademais, todos

[263] "O princípio geral que norteia a repartição de competência entre as entidades componentes do Estado federal é o da *predominância do interesse*, segundo o qual à União caberão aquelas matérias e questões de *predominante interesse geral*, *nacional*, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de *predominante interesse regional*, e aos Municípios concernem os *assuntos de interesse local*, tendo a Constituição vigente desprezado o velho conceito do peculiar interesse local que não lograra conceituação satisfatória em um século de vigência" (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*, p. 478).

receberam competência legislativa para tratar dos assuntos de seu interesse, observadas ainda as normas de competência constitucional concorrente.

Em outro plano de análise, as pessoas políticas – justamente por serem *pessoas em sentido jurídico* – são *genericamente* capazes para serem titulares de situações ativas e passivas. E essas situações dizem respeito às atribuições que lhe foram conferidas pela Constituição, tal como destacado acima. No entanto, elas distribuem *internamente* suas situações jurídicas ativas e passivas entre seus diversos *órgãos* e conferem a titularidade e/ou o exercício a *outras pessoas*, sempre nos termos estabelecidos pela ordem jurídica.

Como se pode perceber, no primeiro plano (do Estado Federal), a expressão "competência pública" é usada para designar as situações jurídicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação às atividades da República Federativa do Brasil e que a Constituição atribuiu àqueles entes políticos para exercê-las com autonomia política. No segundo plano, para fazer referência ao plexo de situações ativas e passivas a serem exercidas pelos órgãos das pessoas políticas e das pessoas a quem tais situações jurídicas foram transferidas por meio de um processo de descentralização. No primeiro caso, a competência pública é *medida da capacidade jurídica da República Federativa do Brasil*; no segundo, da *capacidade jurídica de cada uma das entidades federativas*.

Em suma, ***competência pública*** *– medida da capacidade da pessoa de direito público – consiste no* ***conjunto de situações ativas*** *e* ***passivas*** *da pessoa ou órgão público relativamente a determinadas* ***atribuições públicas****, nos termos fixados pela* ***ordem jurídica***.

3.3. Finalidade da categoria jurídica "competência pública"

Antes de definir a competência público-administrativa, mostra-se relevante tecer considerações sobre a finalidade da categoria jurídica "competência pública". De certo modo, isso já ficou claro no Capítulo I deste estudo, mas convém relembrar.

O instituto da competência pública foi elaborado pelos juristas para atender a uma razão específica: ao fixar competências aos entes e órgãos públicos, *o ordenamento jurídico* ***delimita o espaço de atuação*** *do Poder Público,* ***obrigando-o*** *a atingir fins públicos e, ao mesmo tempo,* ***protegendo o campo de ação dos sujeitos privados***.

Juan Carlos Cassagne é claro nesse sentido. Segundo o autor argentino, o

fundamento da competência é o de preservar e proteger – de uma maneira objetiva e, por vezes, genérica – o cumprimento das finalidades públicas, ou o bem comum a que a Administração persegue. Por isso, a competência é um princípio jurídico fundamental de toda organização do Estado.[264]

Porém, além dessa finalidade principal, o instituto da competência pública também se destina – conforme observa José dos Santos Carvalho Filho – a promover uma *divisão do trabalho*, isto é, a repartir a vasta gama de tarefas de cada uma das funções básicas (legislativa, administrativa ou jurisdicional) entre os vários "agentes do Estado".[265] Sem dúvida, essa finalidade tem como matriz o princípio da eficiência.

Portanto, *o instituto da competência pública tem como* ***finalidades****: (a)* ***delimitar*** *o* ***campo de atuação do Estado****, deixando* ***as demais atividades livres aos sujeitos privados****; e (b) servir como um* ***processo técnico de promoção da eficiência****, ao dividir as diversas tarefas estatais entre os diversos entes e órgãos públicos*.

3.4. Definição de competência administrativa

Uma vez definida a competência pública e indicadas as suas finalidades, convém agora conceituar a competência público-*administrativa*.

Uma maneira simples de chegar a esse conceito reside em definir a competência administrativa tomando como base as *atribuições administrativas*, isto é, as *atividades administrativas*. Nesse sentido, a competência administrativa *consiste no* ***conjunto de situações ativas*** *e* ***passivas*** *da pessoa ou órgão público (ainda que exercida por pessoas de direito privado) relativamente a determinadas atribuições* ***administrativas****, nos termos fixados pela* ***ordem jurídica***.

A diferença aqui consiste no destaque dado à expressão "ainda que exercida por pessoas de direito privado", a fim de fazer referência às pessoas privadas (naturais ou jurídicas) que exercem, por um processo de descentralização, competências administrativas.

---

[264] CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*, t. I, p. 250. De igual modo, Bénoit (*Le droit administratif français*, p. 470) assevera que a outorga de competências aos agentes públicos tem relação direta com os interesses e liberdades dos particulares. É justamente por isso que uma das principais lições do direito administrativo consiste no princípio segundo o qual uma competência não pode ser conferida a um agente a não ser por um texto estabelecido conforme a Constituição.

[265] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, pp. 104-105.

Porém, também se pode partir de outra perspectiva. Quando se fala em competência "administrativa", pretende-se separá-la da competência legislativa, da competência jurisdicional e, para quem defende a existência de uma quarta função, da competência política (ou governamental). Como se pode perceber, o critério de classificação é claro: a *espécie de função estatal* exercida.

Assim, *para saber quando se está diante de uma competência legislativa, jurisdicional, administrativa e de governo, basta saber em relação a qual função estatal tal competência se refere*. Por exemplo: em se tratando de competência voltada para a edição de atos jurídicos (os atos legislativos) editados apenas pelo Estado (isto é, pelas pessoas políticas), diretamente fundados na Constituição, aptos a inovar em caráter originário a ordem jurídica e sujeitos a controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, estar-se-á diante da uma *competência público-**legislativa***.[266] A maior expressão da competência legislativa reside na edição de leis veiculadoras de normas gerais e abstratas, mas não se restringe a ela. Vale destacar que essa competência é atribuída *apenas às pessoas políticas*, que não poderão descentralizá-la, nem mesmo a uma pessoa jurídica de direito público. O Poder Legislativo de cada ente federativo é o órgão que possui a competência legislativa, embora determinados processos legislativos exijam a participação de outros órgãos (o melhor exemplo é a sanção e o veto do Chefe do Poder Executivo em relação às leis ordinárias e complementares). O mesmo

---

[266] Em outro trabalho (FREIRE, André Luiz. Apontamentos sobre as funções estatais no direito brasileiro. *RDA*, nº 248, p. 36), definiu-se a função legislativa como sendo a atividade por meio da qual o Estado (e somente ele) edita atos jurídicos, diretamente fundados na Constituição, aptos a inovar originariamente a ordem jurídica e sujeitos a controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário.
Nesse sentido, podem inovar na ordem jurídica em caráter originário todas as espécies normativas previstas no art. 59 do Texto Constitucional. Ressalvada a emenda constitucional (que, uma vez promulgada, passa a integrar a própria Constituição), todas serão consideradas como "leis", ou melhor, como *atos jurídico-legislativos*, como produto do exercício da função legislativa. Segue-se, nesse ponto, as lições de Clèmerson Merlin Clève (*Atividade legislativa do Poder Executivo*, p. 68), para quem "no campo do direito interno, excetuados o direito internacional incorporado e os atos normativos anteriores recepcionados pela nova ordem constitucional (decreto-lei não revogado, por exemplo), apenas as emanações normativas em *forma* de lei complementar, lei ordinária, lei delegada, medida provisória, decreto legislativo e resolução (de uma das Casas ou do próprio Congresso), podem, originariamente, inovar a ordem jurídica". Conforme o autor, todas possuem força de lei.
De igual modo, Marçal Justen Filho (*Curso de direito administrativo*, p. 189) confere à expressão "lei" o sentido acima mencionado. Entretanto, ao contrário de Clève, o autor inclui também a Constituição e as emendas constituições em tal categoria. Já Maurício Zockun (*Responsabilidade patrimonial do Estado: matriz constitucional, a responsabilidade por atos legislativos, a obrigatoriedade da prévia indenização e a responsabilidade pessoal do parlamentar*, pp. 67-74) reputa que os atos legislativos são aqueles decorrentes do processo legislativo, tal como previsto no art. 59 da CF. No entanto, o jurista paulista entende que as medidas provisórias são frutos de atividade política, não sendo, pois, um ato legislativo (isto é, derivado do processo legislativo).

raciocínio vale para a competência jurisdicional e de governo (ou política).[267]

De igual modo, para se identificar a competência administrativa, é preciso saber se está diante da ***função administrativa***. Isto é, quando o conjunto de situações jurídicas forem manejadas pelo Estado (ou por quem lhe faça as vezes), no seio de uma estrutura e regime hierárquicos, com base em atos legislativos (e, excepcionalmente e em caráter vinculado, com fundamento direto na Constituição) e com submissão ao controle de juridicidade pelo Poder Judiciário, então tal conjunto de situações jurídicas será uma ***competência administrativa***.

Há um aspecto das competências administrativas que merece ser destacado. A fonte para o exercício das situações ativas e passivas em relação a uma atividade administrativa é, como regra, o *ato legislativo*, é a *lei*. Contudo, o ato legislativo deverá estar pautado sob os aspectos formal e material na Constituição.

A Lei Maior disciplina a competência administrativa de dois modos. Em primeiro lugar, *ela prevê as atividades administrativas*. E, em segundo lugar, ela estabelece principalmente os ***deveres da Administração*** concernentes às atribuições administrativas. Trata-se da estipulação do regime jurídico de direito administrativo, ***não cabendo ao legislador reduzir esse grupo de deveres públicos ou afastá-los, pois não possui sobre eles qualquer disponibilidade***. Admitir essa discricionariedade legislativa representaria reconhecer a possibilidade de um ato de hierarquia inferior poder excluir competências públicas.

Dessa forma, caberá ao Poder Legislativo – no exercício de sua competência legislativa – prever as situações jurídicas ativas da Administração (principalmente os poderes unilaterais) e disciplinar aquelas já estabelecidas no Texto Constitucional. Ademais, a lei também deverá especificar as situações passivas contidas na Constituição e criar outras obrigações que se mostrem adequadas.

Por fim, vale destacar que atos administrativos normativos – isto é, aqueles que introduzem normas administrativas gerais e abstratas – também podem prever competências públicas. Ressalte-se, todavia, que isso ocorrerá de modo subordinado à lei. Esta irá prever o campo de atuação do ente ou órgão público e o regulamento poderá *especificar* essas competências (já existentes na lei), atribuindo-as a outros órgãos (já

---

[267] Sobre a definição dessas funções, vide: FREIRE, André Luiz. Apontamentos sobre as funções estatais no direito brasileiro. *RDA*, nº 248, pp. 40-50.

admitidos em abstrato pela lei) integrantes da pessoa ou do órgão superior.[268]

3.5. As situações jurídicas que formam o conteúdo da competência administrativa

3.5.1. A complexidade do tema

No item 3.4 *supra*, a competência administrativa foi definida como um conjunto de situações ativas e passivas concernentes a determinadas atribuições administrativas, nos termos estabelecidos pela ordem jurídica.

A questão que se coloca agora é a seguinte: *quais são as modalidades de situações jurídicas **ativas** e **passivas** que compõem as competências administrativas?*

O tema está longe de ser simples. Sua dificuldade se inicia na própria definição de ***situação jurídica***, a qual é usada pela doutrina ora de forma ampla, ora de forma restrita.[269]

Para os fins deste estudo, ***situação jurídica** é o conjunto das **posições ativas** e **passivas** de um **sujeito** no âmbito de uma **relação jurídica** (em sentido amplo).*[270]

O conceito acima traz duas complexidades.

---

[268] Convém exemplificar. A Lei 10.683/2003 dispõe sobre a organização do Poder Executivo Federal (Presidência e Ministérios). Em relação ao Ministério dos Transportes, o art. 27, XXII e § 8º, arrolou suas atribuições. Além disso, o art. 29, XXII, estabeleceu que poderiam ser formadas até três Secretarias. As competências do Ministério dos Transportes fixadas pela Lei 10.683/2003 foram *especificadas* pelo Decreto Federal 7.717/2012, o qual denominou as três Secretarias (Secretaria de Política Nacional de Transportes, Secretaria de Gestão dos Programas de Transportes e Secretaria de Fomento para Ações de Transportes) e distribuiu a elas as competências criadas pela Lei 10.683/2003. Ademais, o Decreto citado dividiu cada Secretaria em Departamentos.

[269] Sobre o tema, cfr. BONNARD, Roger. *Précis élémentaire de droit administratif*, p. 36; CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*, v. I, t. I, p. 139 e ss.; LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Introducción a la ciencia del derecho*, pp. 541-545; LUMIA, Giuseppe. *Elementos de teoria e ideologia do direito*, pp. 104-105; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte*, pp. 78-82; TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero. *Manuale di diritto privato*, p. 62 e ss.

[270] Riccardo Guastini tem razão ao asseverar que a situação jurídica nada mais é do que a dimensão subjetiva de uma norma. Quando uma norma prescreve que é obrigatório o comportamento de um sujeito, a este é imposto um dever. A dimensão objetiva da norma tem como foco o *comportamento obrigatório* do sujeito; já a dimensão subjetiva, o *sujeito* que possui o *dever* de adotar a conduta. "*Ebbene, si dice 'situazione giuridica soggettiva' la dimensione soggettiva di una norma, cioè l'attributo ascritto da una norma ad un soggetto. I termini (innumerevoli) che denotano situazioni giuridiche soggettive – autorità, capacita, competenza, diritto (soggettivo), divieto, dovere, facoltà, immunità, inciapacità, interesse legittimo, libertà, obbligazione, obbligio, onere, permesso, potere, potestà, prelazione, pretesa, privilegio, e così via enumerando – sono strumenti atti sia a formulare, sia a rappresentare il contenuto di norma giuridiche, riguardate appunto nella loro dimensione soggetiva*" (GUASTINI, Riccardo. *La sintassi del diritto*, p. 83).

A *primeira* reside na utilização do conceito de *relação jurídica* como um dos elementos caracterizadores da situação jurídica. Ressalte-se que se referiu à relação jurídica em seu *sentido amplo*. Assim, não apenas as relações jurídicas individualizadas, em que há direitos e obrigações recíprocas (relação jurídica em sentido estrito),[271] mas ***qualquer estrutura relacional***[272] *no direito, em que seus termos são* ***sujeitos de direito****, serão aqui consideradas como* ***relação jurídica***. Esse é o sentido amplo de relação

---

[271] Neste trabalho, quando se faz menção a "relação jurídica em sentido estrito", pretende-se com isso fazer menção à teoria de Santi Romano. Essa estipulação do conceito é necessária, já que há doutrina abalizada em que a noção estrita de relação jurídica engloba posições absolutas, razão pela qual não se consegue saber ao certo o que seria o "sentido amplo" de relação jurídica (cfr., por todos, ANDRADE, Manuel Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*, p. 2). Convém apresentar, de forma sumária, a posição de Santi Romano.

Ao tratar do conceito de "poder", Santi Romano defende que essa expressão, em sentido amplo, engloba tanto os poderes (em sentido estrito) como os direitos subjetivos. Em sentido estrito, os poderes *são manifestações da capacidade que se voltam para uma direção genérica*, não se destinando a objetos singulares, determinados, *não sendo correlativos a obrigações*. O autor, aliás, critica duramente a teoria dos direitos potestativos, ao afirmar que estes não são direitos, mas sim poderes. Por sua vez, o direito subjetivo se desenvolveria sempre numa concreta e particular relação jurídica, havendo sempre uma obrigação correlata. Como se pode perceber, Santi Romano entende que a relação jurídica será sempre concreta e individual, havendo sempre a correlação entre direitos subjetivos e obrigações. Cfr. ROMANO, Santi. *Fragmentos de um diccionario jurídico*, pp. 222 e ss.

Essa concepção de Santi Romano tem bastante prestígio na Itália, havendo diversos autores que a acompanham, ainda que com algumas variações. Cfr. LANDI, Guido; POTENZA, Giuseppe; ITALIA, Vittorio. *Manuale di diritto amministrativo*, pp. 149-150; MIELE, Giovanni. *Principî di diritto amministrativo*, t. I, pp. 45-50. Mas, além da Itália, o modelo de Santi Romano também influenciou autores de outros países. Na Espanha, vide: ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*, t. I, p. 449 e ss.

No Brasil, Celso Antônio Bandeira de Mello (*Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*, pp. 22-23) adota tal concepção, o que fica claro quando ele classifica as normas constitucionais a partir da geração de posições ativas para os administrados. Dentre as espécies de normas constitucionais, faz referência àquelas que outorgam às pessoas um *poder jurídico* (no sentido estrito de Santi Romano), tais como o "direito de ir e vir", o "direito de inviolabilidade do domicílio" e o "direito à vida". Nesses casos, afirma Bandeira de Mello que não é estabelecida uma relação jurídica, porque ele usufrui desses "direitos" independentemente de qualquer contrapartida. No direito brasileiro, dentre os que seguem a teoria de Santi Romano, pode-se fazer menção a Maurício Zockun (*Regime jurídico da obrigação tributária acessória*, pp. 73-75).

Vale destacar que Santi Romano, dentro da sua teoria dos poderes e direitos, utiliza os conceitos de forma consistente. Assim, quando discorre sobre o "direito absoluto" (tal como o direito de propriedade), ele deixa claro que este não é um verdadeiro direito subjetivo, mas sim um poder, não havendo, pois, uma relação jurídica (*Op. cit.*, p. 95).

Neste trabalho, o não acolhimento da teoria de Santi Romano deriva de uma concepção diversa de relação jurídica, como se pode verificar no texto e nas notas de rodapé seguintes.

[272] Num nível abstrato (formal, lógico), "relação" consiste no modo de ser ou comportar-se dos objetos entre si (ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*, p. 841). Susan Stebbing (*Introducción moderna a la lógica*, p. 197) escreve que "relação" consiste numa característica que pertence a *A* considerada com referência a algum objeto *B*. Para a autora, embora este enunciado não possa ser considerado como uma definição de "relação" (pois a frase "considerada com referência a" repete o conceito de relação), ele é útil para mostrar que *A* não pode ter relação a não ser que haja algum outro objeto. Na lição de Lourival Vilanova (*Causalidade e relação no direito*, p. 117), enquanto *estrutura formal*, uma relação – seja ela sociológica, biológica, jurídica ou qualquer outra – possui sempre um *termo antecedente (referente)*, um *termo consequente (relato)* e um *operador relacionante*. Em linguagem simbólica: *xRy*.

jurídica utilizado por Lourival Vilanova e aqui adotado.[273]

Ademais, seguindo a linha desse autor, toda relação jurídica será sempre *concreta*. Para Vilanova, não existem relações e situações jurídicas abstratas. Sem a interposição de um fato natural ou de conduta, a norma geral ou individual permanece em seu *status* proposicional, lógico, sintático, sem os seus correspondentes semânticos ou fáticos: "o direito-norma não se realiza, não é *realidade sociocultural*".[274] Por isso, relações abstratas não são ainda relações jurídicas.

A *segunda* complexidade do conceito de situação jurídica diz respeito à expressão "posições ativas e passivas". Usa-se "posição" para indicar o *termo* da relação jurídica *simples* (vide item 3.5.3 *infra*), seja esse termo *referente* (ou antecedente) ou *relato* (ou consequente). E, quando se faz referência a "posição ***ativa*** e ***passiva***", remete-se ao complicado tema dos direitos subjetivos e poderes (posições ativas), de um lado, e dos deveres e sujeições (posições passivas), de outro. Há diversos modelos teóricos e – na precisa observação de Santi Romano – há uma "Torre de Babel" no que tange às divergências terminológicas.[275]

Robert Alexy – ao tratar dos direitos fundamentais como direitos subjetivos – tem razão quando assevera *ser mais importante conhecer a* ***estrutura*** *das diferentes posições jurídicas* do que discutir sobre a terminologia. A diversidade daquilo que é designado como "direito subjetivo" dá ensejo à suposição de que as posições apresentadas pela doutrina sob esse conceito "poderiam ser mais complexas do que as respectivas classificações, diferenciações e definições permitem reconhecer; isso

---

[273] As normas jurídicas visam a disciplinar as condutas intersubjetivas. E essa disciplina ocorre em tríplice modalidade: obrigando, proibindo ou permitindo. Como anota Lourival Vilanova (*Causalidade e relação no direito*, pp. 114-116), ao incidirem sobre os suportes fáticos, as normas jurídicas estabelecem relações normativas entre os portadores da conduta (os sujeitos de direito). As condutas vedadas, exigidas ou permitidas são, portanto, *estruturas relacionais*. Isso significa que as normas jurídicas, ao incidirem sobre os fatos condicionantes das condutas, estabelecem um sistema de relações entre essas condutas. Essas relações, justamente por serem criadas, modificadas ou extintas pelo sistema de normas, são relações jurídicas.
A concepção acima é ***ampla***: *relação jurídica é, portanto, toda estrutura relacional entre os sujeitos de direito que seja criada, modificada ou extinta pela ordem jurídica*. Assim, mesmo as situações jurídicas absolutas, como a "qualificação de pessoas", por exemplo, indicam a posição desses sujeitos em relações jurídicas. O nascimento de um indivíduo com vida é o suporte fático que corresponde à hipótese contida na norma veiculada pelo art. 2º do Código Civil, cujo efeito é a atribuição de personalidade jurídica. Nessa hipótese, já surge para esse indivíduo o direito de personalidade, havendo o dever geral das demais pessoas de respeitar esse direito. Na situação jurídica de proprietário, este se encontra em relação com as demais pessoas, as quais têm o dever geral de não violar essa situação.
[274] VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*, p. 139.
[275] ROMANO, Santi. *Fragmentos de un diccionario jurídico*, p. 225.

poderia explicar as dificuldades que o conceito de direito subjetivo sempre suscitou e ainda suscita para sua análise".[276]

Diante disso, mostra-se útil expor, ainda que de forma bastante sumária, o modelo teórico proposto por Alexy sobre os direitos subjetivos.

3.5.2. A concepção dogmático-analítica de Robert Alexy sobre os direitos subjetivos: direitos a algo, liberdades jurídicas e competências

Robert Alexy apresenta uma concepção *dogmático-analítica* dos direitos subjetivos. Neste modelo, ***direitos subjetivos são relações e posições jurídicas***, não se confundindo com os *enunciados sobre as razões* para os direitos subjetivos, tampouco com a sua *exigibilidade jurídica*.[277]

Dessa forma, o jurista propõe, como ele mesmo afirma, um modelo simples, no qual utiliza a expressão "direito subjetivo" como um supraconceito, sendo suas espécies os *direitos a algo*, as *liberdades* e as *competências*.[278]

O ***direito a algo*** consiste numa *relação triádica* que possui a seguinte

---

[276] Robert Alexy (*Teoria dos direitos fundamentais*, pp. 190-192) faz essa afirmação após ter feito menção a uma série de posições doutrinárias sobre as classificações dos direitos subjetivos, como, por exemplo, as seguintes: direitos patrimoniais absolutos e relativos, de um lado, e direitos formativos, de outro; a proposta de Jellinek, que diferencia os direitos de *status* negativo, positivo e ativo; a distinção de Kelsen entre direitos reflexos, direitos subjetivos em sentido técnico, permissões administrativas positivas, direitos políticos e direitos fundamentais e de liberdade.

[277] Robert Alexy escreve que há três tipos de questões que podem ser feitas em relação aos direitos subjetivos: normativas, empíricas e analíticas.

As ***questões normativas*** podem ser de natureza *ético-filosófica* e *jurídico-dogmático*. No primeiro caso, questiona-se, independentemente da validade de um ordenamento jurídico-positivo, a razão pela qual os indivíduos têm direitos e quais são esses direitos. Já as questões jurídico-dogmáticas se referem àquilo que é válido no sistema jurídico-positivo; isto é, em vista de um dado ordenamento jurídico, indaga-se quais são os direitos que os sujeitos possuem.

Na ***dimensão empírica***, há questões sobre o surgimento dos direitos subjetivos, sobre a história do seu conceito e sobre a sua função social. Essa dimensão é importante para a teoria dos direitos subjetivos, em especial, para subsidiar argumentos históricos e teleológicos.

Por fim, na ***dimensão analítica***, busca-se avaliar a *estrutura dos direitos subjetivos*. Nessa linha, é preciso diferenciar: (a) as razões para os direitos subjetivos; (b) os direitos subjetivos como posições e relações jurídicas ("***a*** tem, em face do Estado, o direito de expressar livremente sua opinião"); e (c) a exigibilidade jurídica dos direitos subjetivos (ex.: "***a*** pode alegar a violação de seu direito a ***G*** por meio de uma demanda judicial"). Enunciados sobre as finalidades de direitos (tal como os enunciados sobre as finalidades de normas em geral) são enunciados sobre razões para direitos ou normas. Esses enunciados não se confundem com os enunciados sobre a proteção dos direitos, sobre sua exigibilidade jurídica. Isso porque esses últimos nada mais expressam do que outra posição ativa: a de exigir judicialmente a satisfação de um direito. Para ampliar, cfr. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, pp. 180-190. Na mesma linha: BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*, p. 46.

[278] ALEXY, Robert. *Op. cit.*, pp. 190-191.

formulação geral: "***a*** tem, em face de ***b***, um direito a ***G***". O primeiro elemento é o *portador* do direito (seu titular), o segundo é o *destinatário* do direito e o terceiro é o *objeto* do direito. O objeto consiste sempre num *comportamento do destinatário*, podendo ser uma *conduta negativa* (uma abstenção) ou uma *conduta ativa* (um fazer). Se o objeto não fosse uma conduta do destinatário, não haveria sentido incluir o destinatário na relação.[279]

A ***liberdade jurídica*** (que também pode ser chamada de "direito de liberdade"), por sua vez, pode ser enunciada do seguinte modo: "***a*** está livre de proibições jurídicas para executar ou não a ação ***h***". Ou então: "é juridicamente permitido que ***a*** execute a ação, ou é juridicamente permitido que ***a*** deixe de executar a ação". O autor classifica a liberdade em ***não-protegida*** e ***protegida***.

A *liberdade não-protegida* é totalmente reduzível a uma permissão de realizar a ação e a sua omissão. Trata-se de uma ***faculdade***, cuja negação é a *não-liberdade*. A liberdade não-protegida pode ser *absoluta* ou *relativa*. O sujeito ***a*** pode estar livre para realizar ou não a conduta ***h*** em face de um sujeito determinado (ex.: o Estado), ou no termo passivo da relação podem figurar *todas as demais pessoas*, sendo, pois, uma liberdade absoluta.[280] Vale destacar que as liberdades não-protegidas são asseguradas de dois modos: por *normas permissivas expressas*, ou por *ausência de vedações* ou *obrigações à conduta facultada*.[281]

A liberdade não-protegida não inclui, por si só, uma proteção por meio de normas e direitos garantidores da liberdade. Na lição de Alexy, quando há essa proteção (seja pela presença de um feixe de direitos a algo, seja por normas objetivas), está-se diante de uma *liberdade protegida*. Aliás, segundo o jurista, toda liberdade fundamental existe ao menos em relação ao Estado, a qual é protegida por um direito a que este não embarace o titular da liberdade em fazer aquilo para o qual é constitucionalmente livre (direito ao não-embaraço de ações). Note-se que o autor insere esse direito ao não-embaraço de ações na categoria do direito a algo (direito a condutas negativas). Além disso, há ainda a *competência* para questionar judicialmente a violação à liberdade. Assim, uma liberdade fundamental pode ser qualificada como protegida, pois une uma liberdade jurídica a um direito a algo (o direito a uma abstenção do Estado) e a uma

---

[279] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, pp. 193-194.
[280] *Idem*, p. 228.
[281] *Idem*, p. 230.

competência (poder).[282]

A terceira e última espécie de direito subjetivo é a ***competência***, a qual existe tanto no direito privado como no direito público. É o que ocorre na celebração de um contrato ou de um casamento, bem como na edição de uma lei ou de um ato administrativo. Em tais casos ocorre a alteração de uma situação jurídica, a qual pode ser descrita de duas formas. "Ela pode ser descrita como a criação de *normas* individuais ou gerais, as quais sem essa ação não seriam válidas; mas ela pode ser também descrita como alteração das *posições* jurídicas dos sujeitos de direito submetidos à norma".[283]

O autor faz algumas distinções importantes para apreender o sentido da competência. Em primeiro lugar, Alexy anota que o conceito de competência não pode ser assimilado ao de permissão. É certo que toda competência é uma ação permitida. Porém, existem diversas ações permitidas pela ordem jurídica que não consistem em competência. A rigor, a questão é saber se a ação permitida implica a alteração ou não de uma situação jurídica; se sim, trata-se de uma competência. Do contrário, será outra categoria subjetiva.

Segundo o autor, esse critério da alteração da situação jurídica – se é útil para diferenciar a competência de outras ações permitidas – não possibilita diferenciar a "capacidade fática" e a competência. Se ***a*** causa um dano a ***b***, a posição de ambos é modificada, pois o primeiro estará obrigado a indenizar o segundo, e ***b*** terá um direito em face de ***a***. Neste caso, está em pauta a alteração de uma posição jurídica, mas não o exercício de uma competência. Qual seria, então, a distinção entre competência e capacidade fática?

Neste ponto, Alexy traz um elemento fundamental à caracterização da competência: esta representa sempre uma ***ação institucional***, ou seja, uma ação que não pode ser realizada apenas em função de capacidades naturais; é necessário que existam normas que sejam constitutivas dessa ação. Conforme o autor, quem interpreta a conduta de duas pessoas como a celebração de um contrato ou o comportamento de um grupo de pessoas como um ato legislativo pressupõe normas jurídicas que tornam essas ações naturais ou sociais como ***atos jurídicos***. Essas normas são denominadas de

---

[282] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 234.
[283] *Idem*, p. 236.

normas de competência. "As *normas de competência* criam a possibilidade de atos jurídicos e, por meio deles, a capacidade de alterar posições jurídicas. As *normas de conduta* não criam alternativas de ação que, sem essas normas, seriam impossíveis; elas apenas qualificam ações, ao estabelecer obrigações, direitos a algo e liberdades".[284]

Portanto, uma competência – no sentido proposto por Alexy – consiste na possibilidade de alterar situações jurídicas. Trata-se da posição jurídica criada por uma norma de competência.[285]

3.5.3. Comentários ao modelo de Robert Alexy sobre os direitos subjetivos

A contribuição de Alexy para o tema dos direitos subjetivos é bastante importante, pois ilumina diversos aspectos sobre tal teoria que são nebulosos em outros autores, os quais acabam confundindo questões que se encontram em níveis distintos (isto é, nas dimensões empírica e normativa, e não na analítica).

Convém apenas fazer alguns comentários, a fim de ***estipular os conceitos*** das espécies de situações ativas a serem adotadas ***neste estudo***.

O primeiro comentário é de ordem geral, ou melhor, diz respeito ao próprio conceito de direito subjetivo de Alexy. Para o autor, direitos subjetivos são *relações e posições jurídicas*. Aqui, é preciso destacar que, certamente, o autor não está fazendo referência à chamada *relação jurídica* ***complexa***, mas sim à *relação jurídica* ***simples***.

A relação jurídica *simples* (ou una, ou singular) é aquela na qual se coloca em destaque apenas um direito subjetivo (em sentido amplo) atribuído a uma pessoa e o correspondente dever ou sujeição do sujeito passivo. Por outro lado, relações jurídicas complexas são aquelas em se verificam uma série de direitos subjetivos (direitos a algo, poderes/direitos potestativos, liberdades), deveres e sujeições, isto é, uma série de relações jurídicas singulares "conexionadas ou unificadas por um qualquer aspecto, *v.g.*, o promanarem do mesmo facto jurídico ou o visarem o mesmo escopo".[286]

Karl Larenz afirma que a maioria das relações jurídicas não está formada por apenas um vínculo entre direito subjetivo e dever; em realidade, a relação jurídica

---

[284] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 240.
[285] *Idem*, p. 235-244.
[286] PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*, p. 178. Em igual sentido: ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*, v. 1, p. 4.

consiste num complexo de vínculos coordenados entre si. Elas representam um todo, uma "estrutura", cujos elementos "*son derechos subjetivos, facultades, deberes y vinculaciones de diversas clases*".[287]

De fato, quando é estabelecida uma relação jurídica entre dois sujeitos, o ordinário é entre eles haver uma série de posições ativas e passivas. Se a Administração celebra um contrato administrativo de concessão de serviço público com um sujeito privado, tal ato jurídico é a fonte de uma relação jurídica complexa entre os dois sujeitos. O concessionário terá uma série de direitos subjetivos (em sentido amplo) decorrentes da Constituição, das leis e do próprio contrato: direito à não transfiguração do objeto contratado, direito à intangibilidade da equação econômico-financeiro, direito a que a Administração realize as prestações que lhe cabem contratualmente (*v.g.*, desapropriar uma área para a construção da obra instrumental à prestação do serviço), dentre outros. A relação conversa[288] desses direitos é formada por deveres e sujeições da Administração, a depender da modalidade de situação jurídica ativa. Por outro lado, o Poder Público também terá direitos subjetivos (em sentido amplo), igualmente derivados de normas gerais e abstratas (derivadas da Constituição e da lei) e de normas contratuais. Haverá, por exemplo, os seguintes direitos (em sentido amplo): (i) de alterar unilateralmente o contrato sempre para melhor atender o interesse público; (ii) de fiscalizar o cumprimento do contrato pelo concessionário; (iii) de extinguir unilateralmente, em caso de descumprimento contratual, dentre outros. A tal conjunto de direitos subjetivos corresponderá, na relação conversa, deveres e sujeições do concessionário.

O exemplo acima mostra que a relação jurídica entre dois sujeitos é, em regra, complexa. Porém, quando se foca apenas num único direito subjetivo (tal como o direito do concessionário à intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato), este consiste numa relação jurídica *simples*, cuja conversa é o dever do sujeito passivo (no caso, o dever da Administração não afetar a intangibilidade dessa equação). A relação

---

[287] LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*, p. 252-253.

[288] "Uma relação é simétrica quando, se ocorre entre 'x' e 'y', também se dá entre 'y' e 'x'. São simétricas as relações 'casada com', 'vizinho de', 'compatível com', 'paralela a', e muitas outras.
(...) Relação conversa é aquela que se obtém pela inversação da ordem de sucessão de seus membros. Opera-se uma troca de posições, em que o sucessor passa ao tópico de predecessor e este assume o lugar do sucessor" (CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*, p. 104). Cfr. ainda: STEBBING, L. Susan. *Introducción moderna a la lógica*, p. 198.

jurídica complexa, portanto, é formada por um feixe de relações jurídicas simples, isto é, de diversas posições ativas e passivas.

Ademais, vale frisar que a expressão "posição jurídica", nos termos expostos por Alexy, também somente pode ser entendida como a posição do sujeito no âmbito de uma relação jurídica simples. Consiste, pois, numa análise apenas da categoria titularizada pelo sujeito ativo ou pelo sujeito passivo da relação simples. *Não há um direito a algo, uma liberdade ou uma competência que não seja relacional. Haverá sempre um sujeito passivo, ainda que este seja indeterminado*. Aliás, isso deriva do próprio conceito lógico de *relação*.

Feito esse comentário de caráter geral, convém tecer algumas considerações sobre as situações ativas indicadas por Alexy.

(a) Comentários à categoria "direitos a algo". A pretensão

Acerca dos ***direitos a algo***, é possível perceber que eles correspondem àquilo que a doutrina em geral denomina de *direitos subjetivos em sentido estrito*, *direitos subjetivos propriamente ditos*, *direitos subjetivos típicos, direitos a prestações* ou *direitos comuns*.[289] Essas denominações podem ser utilizadas como sinônimos do direito a algo.

A primeira dúvida que pode surgir aqui é se os direitos a algo poderiam ser denominados de *pretensões*. Para Alexy, a resposta é positiva. Contudo, ele prefere a expressão "direito a algo" tão só porque o termo "pretensão" está onerado por controvérsias quanto à atualidade, determinação da parte contrária e à exigibilidade judicial. Todavia, superados esses pontos, o direito a algo poderia ser denominado de "pretensão".[290]

É preciso destacar que, segundo Karl Larenz, o § 194 do Código Civil alemão define a pretensão como o *direito de exigir de outro um fazer ou um omitir*, o qual está sujeito à prescrição. Larez entende ainda que o conceito de pretensão se identifica com o de relação obrigacional, constante no § 241 de tal Código. Tal dispositivo prescreve que o credor pode exigir do devedor uma prestação, que será um "fazer" ou um

[289] Cfr., por todos, CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*, v. I, t. I, p. 170.
[290] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 193.

"omitir". Por isso, conclui que o crédito – isto é, o direito do credor de exigir a prestação – é uma pretensão. Mas ressalta que o crédito não é o único tipo de pretensão, havendo pretensões derivadas de relações familiares, bem como pretensões reais. Ademais, anota que há pretensões independentes e dependentes: as primeiras não se referem a outro direito, tendo sentido em si mesmas, sendo espécies de direitos subjetivos (ex.: créditos); já as pretensões dependentes servem à realização de outro direito, o qual tem caráter absoluto (ex.: pretensões derivadas do direito de personalidade).[291]

Ao que parece, Alexy – quando assevera que o direito a algo pode ser denominado de "pretensão" – faz referência ao sentido exposto por Larenz.

No direito brasileiro, é preciso ter certa cautela com o uso do vocábulo "pretensão". Por influência de Pontes de Miranda, a doutrina pátria costuma utilizá-lo como sendo o *poder de exigir* de outrem alguma prestação positiva ou negativa.[292] Na concepção de Pontes de Miranda, a pretensão *está* ***contida*** *no direito* (ou seja, não é espécie de direito subjetivo), sendo que a sua relação conversa é a *obrigação*. Escreve que há três posições em vertical: o direito subjetivo, a pretensão e a ação, separáveis. "Serve-se à boa terminologia, dizendo-se: direito, dever; pretensão, obrigação; autor, réu; excipiente, excetuado".[293] Assim, na lição desse importante jurista brasileiro, a pretensão consiste na ***exigibilidade*** do direito subjetivo.[294]

Ressalte-se que o Código Civil de 2002 – em sentido semelhante ao Código Civil alemão – prescreve que, "violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição" (art. 189). Assim, de acordo com o Código Civil brasileiro, a pretensão decorre da violação ao direito, podendo ser extinta pela prescrição. Na doutrina, costuma-se apontar que, enquanto a pretensão pode ser extinta pela prescrição, a decadência extinguiria o próprio direito.

A rigor, a exigibilidade do direito subjetivo consiste numa outra questão

---

[291] LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*, pp. 313-318.

[292] "Levados pela infeliz definição do seu Código Civil (§ 194: 'O direito de exigir de outrem ato ou abstenção (pretensão) submete-se a prescrição'), alguns juristas alemães conturbaram o conceito de pretensão" (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. V, p. 457).

[293] *Idem*, p. 451.

[294] Marcos Bernardes de Mello (*Teoria do fato jurídico: plano da eficácia (1ª parte)*, p. 183), que segue a concepção de Pontes de Miranda, também destaca essa característica da pretensão, ao escrever que essa "constitui o *grau de exigibilidade do direito* (subjetivo) e a *obrigação* de submissão ao adimplemento. O direito, enquanto sem pretensão, não é exigível; existe apenas *in potentia*".

acerca da concepção analítica do direito subjetivo. Robert Alexy deixa isso claro quando menciona que as questões analíticas sobre os direitos subjetivos envolvem três níveis distintos, que merecem ser diferenciados: (a) as razões para direitos subjetivos; (b) os direitos subjetivos como relações e posições; e (c) a exigibilidade jurídica dos direitos subjetivos (isto é, sua proteção jurídica). E assevera que é justamente a insuficiente distinção entre esses três aspectos que levam à interminável polêmica sobre o conceito de direito subjetivo. Especificamente no que tange à relação entre exigibilidade jurídica e direito subjetivo, conclui que existe aqui uma relação entre duas posições ou direitos.[295]

De fato, Alexy está correto. Quando se diz que "***a*** tem, em face de ***b***, um direito a ***G***", sendo ***G*** uma conduta (positiva ou negativa) devida por ***b***, tem-se um direito a algo. Porém, se o enunciado é "***a*** pode alegar a violação de seu direito a ***G*** por meio de uma demanda judicial", ou até mesmo "***a*** pode exigir o cumprimento de ***G*** por ***b***" (pouco importando se haverá ou não uma demanda judicial), então se está diante de ***outra posição jurídica***. No primeiro caso, trata-se da "competência" para exigir judicialmente (já que será criada uma nova situação jurídica para ***b***: a de réu); no segundo, do direito a algo de exigir a conduta de ***b***. Então, *a relação entre* ***o direito*** *e* ***a exigibilidade do direito*** *consiste numa relação entre* ***duas posições ou direitos***.[296]

Isso seria suficiente para questionar a utilidade da noção de "pretensão" proposta por Pontes de Miranda. Entretanto, como esse sentido do termo está

---

[295] Já a relação entre enunciados sobre as razões para direitos subjetivos e os direitos enquanto relações jurídicas é distinta. Enunciados sobre as razões para direitos subjetivos assumem, por exemplo, a seguinte forma: "***G*** é uma necessidade ligada à dignidade humana". Esse enunciado é diferente do enunciado do direito subjetivo enquanto relação ("***a*** tem, em face de ***b***, o direito a ***G***"). Para Alexy, o que há nesse caso é uma relação de fundamentação. "A razão para um direito é *uma coisa*, outra é o direito que se baseia nessa razão. Ambas têm ser [sic] consideradas em uma análise abrangente que, como afirmado por Jhering, pretenda 'alcançar o interior do direito, a sua essência'. Isso não impede, contudo, que em um primeiro momento se tenha a estrutura lógica do direito em si como objeto de análise; pelo contrário, isso é até mesmo exigível, pois a indagação acerca da razão para algo pressupõe o conhecimento daquilo que deve ser fundamentado" (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 188).

[296] "Os enunciados sobre proteção também expressam posições jurídicas, a saber, a capacidade jurídica (o poder jurídico, a competência) para a exigibilidade de um direito. Essa posição também pode ser designada como 'direito'. Trata-se, portanto, de uma relação entre duas posições ou direitos" (ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 188). Por tal razão, não se concorda com os autores que incluem, como um dos *elementos* da relação jurídica, a chamada "garantia". Conforme Carlos Alberto da Mota Pinto (*Teoria geral do direito civil*, pp. 168-169), a garantia é o conjunto de providências coercitivas, postas à disposição do sujeito ativo de uma relação, a fim de obter a satisfação do seu direito, lesado por um obrigado que o infringiu ou ameaça infringir. A rigor, a "garantia" nada mais espelha do que outra relação jurídica, cujo fato jurídico que a originou foi a violação a um direito. A garantia não é, pois, elemento da relação jurídica. É outra relação jurídica.

sedimentado na linguagem dos juristas nacionais e demais aplicadores do direito brasileiro, havendo, inclusive, um efeito jurídico previsto na ordem jurídica (isto é, a prescrição da pretensão, conforme prevê o art. 189 do Código Civil), neste estudo o vocábulo "pretensão" será usado como sendo a *exigibilidade do direito subjetivo*. Mas vale ressaltar que, a rigor, a pretensão nada mais é do que um novo direito subjetivo.

Outro comentário à teoria de Robert Alexy diz respeito à natureza relativa ou absoluta do direito a algo. Pela leitura de seu texto, não é possível chegar a uma conclusão firme. Tudo leva a crer que o direito a algo será sempre relativo. Enquanto ele silencia sobre o tema no que tange ao direito a algo, Alexy é explícito em defender a natureza relativa e absoluta da liberdade.

Neste estudo, em face do conceito de relação jurídica (em sentido amplo) estipulado acima, adota-se a posição de que os direitos a algo poderão ser relativos ou absolutos.[297] Estes – os direitos absolutos – não existem *per se*, tal como leciona Lourival Vilanova. "Existem em face de todos: todos têm o dever jurídico de não-interferência na órbita de licitude ou alguns sujeitos determinados e individualizados na relação jurídica. O ser absoluto ou ser relativo de um direito subjetivo diz respeito ao *campo extensional de sujeitos passivos*".[298] Assim, o sujeito que deverá realizar a conduta em favor do titular do direito a algo poderá ser determinado ou indeterminado.

(b) Comentários à categoria "liberdade"

Em relação à categoria ***liberdade***, em primeiro lugar, é difícil encontrar no direito positivo uma faculdade que não seja protegida por um direito a algo ou por uma competência. Toda liberdade seria *protegida*. Por isso, não se vê utilidade na categoria "liberdade *não-protegida*", enquanto categoria subjetiva.

De outro lado, como a *liberdade protegida* de Alexy vem sempre acompanhada de outra categoria jurídica, normalmente uma "competência", *a liberdade não será neste estudo inserida como categoria autônoma*. A rigor, ela possuirá a mesma estrutura do direito a algo.

---

[297] Por isso, não se concorda com Arthur Kaufmann (*Filosofia do direito*, pp. 156-157), para quem os direitos a algo são sempre relativos (no sentido de que dizem respeito sempre a uma conduta de um sujeito determinado).
[298] VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*, p. 222.

A diferença reside apenas na indeterminação do sujeito passivo da liberdade: são todas as pessoas. Todos terão o dever jurídico de não turbar a liberdade. Se o fizerem, surgirá a pretensão do titular da liberdade, que poderá exigir o respeito a tal direito inclusive judicialmente.

(c) Comentários à categoria "competência"

Quanto à ***competência***, a doutrina (nacional e estrangeira) costuma atribuir ao fenômeno apontado por Alexy – ainda que com algumas variantes – outros nomes como "direito potestativo",[299] "direito formativo",[300] ou "poder".[301] Alguns fazem menção ainda a "potestade".[302] Neste trabalho, tais expressões ***serão usadas de forma indistinta***, como ***sinônimas***. Em realidade, o único termo aqui rechaçado para desginar tal posição ativa é justamente o usado por Alexy: "competência". Isso porque, se adotado, haveria uma inconsistência com o conceito aqui estipulado de *competência pública*, a qual envolve tanto as posições ativas como também (e principalmente) as *passivas*. Enfim, *adota-se a concepção de Alexy sobre o fenômeno, mas não a sua terminologia*.

Embora quaisquer dos termos acima sejam aqui considerados como sinônimos,

---

[299] CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*, v. I, t. I, pp. 170-173; KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*, pp. 156-157; LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*, pp. 281-282; NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, v. I, pp. 56-63; PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, pp. 123-125; PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*, pp. 174-175; TUHR, A. von. *Tratado de las obligaciones*, pp. 12-14; VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*, pp. 231-233.

[300] COUTO E SILVA, Almiro. Atos jurídicos de direito administrativo praticados por particulares e direitos formativos. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, v. 27, nº 57, Porto Alegre, 2004, pp. 74-94; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia (1ª parte)*, p. 165; MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. V, p. 242.

[301] HOHFELD, Wesley Newcomb. *Os conceitos jurídicos fundamentais aplicados na argumentação juridical*, p. 57; LANDI, Guido; POTENZA, Giuseppe; ITALIA, Vittorio. *Manuale di diritto amministrativo*, pp. 149-150; MIELE, Giovanni. *Principî di diritto amministrativo*, t. I, pp. 45-50; ROMANO, Santi. *Fragmentos de un diccionario jurídico*, p. 223, e *Princípios de direito constitucional geral*, pp. 138-139; REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, p. 258; ROUBIER, Paul. *Droits subjectifs et situacions juridiques*, p. 190 e ss.

[302] CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*, t. II, pp. 47-48; ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*, t. I, p. 449 e ss., e t. II, p. 29; PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Principios de derecho administrativo general*, t. I, pp. 332-334. Santi Romano (*Fragmentos de un diccionario jurídico*, pp. 246-247) – após alertar que o termo "potestade" é usado em sentidos diversos – prefere a sua utilização como um poder voltado para a tutela de um interesse alheio, tal como ocorre na "pátria potestade" (poder familiar). Ou seja, toda potestade seria uma função. Também é a linha de Francesco Carnelutti (*Teoría general del derecho*, p. 186), Alberto Trabucchi (*Instituiciones de derecho civil*, t. I, pp. 60-61) e Pietro Perlingieri (*Op. cit.*, p. 129).

será usado com mais frequência o vocábulo "poder" para designar essa situação ativa. E isso ocorre por duas razões. Em primeiro lugar, por ser tal expressão de uso corrente pelos doutrinadores de direito público.

Em segundo, porque a denominação "poder" se alinha com uma concepção positivista do direito (aqui adotada). Tal como aponta Bobbio, uma teoria rigorosamente positivista não pode excluir o conceito de *produção jurídica*, que implica o conceito de *poder*. "Para que se possa falar de um ordenamento jurídico, é preciso concebê-lo como um conjunto de normas *produzidas* pela vontade humana; e para que alguém tenha o *poder* de fazê-lo. Neste sentido, para uma teoria positivista do direito, a noção da norma não pode ser dissociada da noção de poder. Norma e poder são duas faces da mesma moeda".[303] Normas, é importante destacar, são introduzidas por atos jurídicos, sejam essas normas gerais ou individuais, abstratas ou concretas. Assim, a ordem jurídica confere a um sujeito o *poder* de produzir normas, o que é realizado por meio de atos jurídicos. Por meio desses atos, normas são introduzidas no sistema jurídico-positivo, o que resulta na criação, modificação ou extinção de situações jurídicas.

Como se pode perceber, dentro dessa visão normativista, ***todo poder é normativo***, na medida em que o seu exercício leva à introdução de normas jurídicas (gerais ou individuais, abstratas ou concretas) no ordenamento. Essa introdução ocorre por meio de ***atos jurídicos***, que são as ações institucionais a que se referiu acima Alexy, pois demandam "normas de competência" (ou "normas de estrutura") para que tenham significado para o direito. Esses atos jurídicos são as ***fontes do direito***.

3.5.4. As modalidades de situações jurídicas ativas e passivas

Dessa forma, diante das considerações realizadas acima e adotadas as premissas de Robert Alexy sobre os direitos subjetivos, no grupo das situações jurídicas ativas (ou "direitos subjetivos em sentido amplo") se encontram as seguintes categorias: (a) ***direitos a algo*** (direitos a prestações, direitos subjetivos em sentido estrito); e (b) ***poderes*** (potestades, direitos formativos, direitos potestativos).

A questão agora é saber quais são as situações jurídicas ***passivas***.

Tal como foi destacado, no modelo de Alexy, os direitos subjetivos em sentido

---

[303] BOBBIO, Norberto. *Direito e poder*, p. 157.

amplo (isto é, as situações jurídicas ativas) consistem em relações e posições jurídicas. Toda relação jurídica – simplesmente por ser *relação (em termos lógicos)* – exige, ao menos, um referente e um relato. Como ensina Lourival Vilanova, na teoria das relações, cabe falar em relações reflexivas ("*xRx*"); no entanto, no âmbito da teoria da relação ***jurídica***, *inexiste a reflexividade*.[304] O sujeito ***a*** não poderá estar em relação jurídica com ele próprio. Logo, a relação jurídica pressupõe um *termo antecedente* e um *termo consequente* diversos.

Ademais, outra característica da relação jurídica reside na *assimetria*.[305] Se "***a*** é credor de ***b***", a relação conversa será "***b*** é devedor de ***a***". No primeiro caso, a relação jurídica tem, em seu termo antecedente, um sujeito titular de uma posição ativa; já sua relação conversa contém, como termo referente, o titular de uma posição passiva.

Desse modo, no âmbito do direito, se ***a*** está numa posição ativa em face de ***b***, este, por sua vez, estará numa posição passiva perante ***a***. Portanto, se há um direito a algo, logicamente haverá uma posição passiva. O mesmo vale para o poder. Mas quais seriam essas posições passivas?

A relação conversa do direito a algo é o ***dever***. Trata-se de expressão ampla, que designa a obrigação do sujeito passivo de cumprir a prestação (positiva ou negativa) a favor do sujeito ativo. Esse dever será, tal como o direito a prestações, absoluto ou relativo. Poderá haver tanto um dever específico em relação a um sujeito ativo determinado, quanto um dever genérico perante todas as pessoas, ou a uma categoria de sujeitos.

Note-se que, quando há *pretensão* – isto é, quando o direito é *exigível* – a doutrina de Pontes de Miranda já referida faz alusão ao termo "obrigação". As razões que levaram a manter o uso do vocábulo "pretensão" não existem nesse caso. E isso ocorre porque "obrigação" é um termo utilizado pelos juristas em geral de forma indiscriminada, como sinônimo de dever. Aliás, isso é natural, pois um dos modais

---

[304] "Parece-nos que no campo do direito descabem as relações reflexivas. *Logicamente*, *é plenamente possível que um termo tenha relação reflexiva com ele mesmo*. *Mas é a textura do direito positivo que repele essa retroversão de um termo sobre ele mesmo*. Tomando-se a locução 'relação jurídica' *em sentido amplo* (compreensiva de relações em sentido estrito, de qualificações de coisas ou pessoas, de posições jurídicas, de situações jurídicas, *status*) em toda relação jurídica está um termo-sujeito em face de *outro* termo-sujeito. *É a expressão lógica da alteridade, da intersubjetividade, do estar ante outros, ligado pela normatividade jurídica*" (VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*, p. 166).

[305] VILANOVA, Lourival. *Op. cit.*, p. 288; CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*, p. 32.

deônticos é justamente a ***obrigação***.[306] Logo, não se vê utilidade em se adotar tal expressão para a situação em que a prestação que preenche o conteúdo do direito é exigível.

Quanto ao poder, a sua relação conversa será a ***sujeição***. Na estrutura do dever (relação conversa do direito a algo), ***b*** deverá realizar a conduta ***G*** em favor de ***a***. Há, pois, um comportamento a ser realizado pelo sujeito passivo. No poder, o sujeito ativo pode alterar a situação do sujeito passivo, independentemente de qualquer conduta desse. A relação conversa, por conseguinte, não exige qualquer ação ou omissão do sujeito passivo. Cabe a ele apenas suportar a conduta do sujeito ativo do poder.[307]

Santi Romano escreve que, em contraposição ao poder, não se poderá falar em sujeição, porquanto o exercício de um poder por uma pessoa – que ocorre fora de uma relação jurídica – não implica dizer que há um sujeito passivo. Há casos em que o poder se dirige a pessoas indeterminadas (como no caso do poder de editar leis) e, em outros, o poder até se dirige a uma pessoa determinada, mas não se pode falar em sujeitos passivos. É o que ocorre quando o ato editado pelo titular do poder é favorável à pessoa.[308]

É preciso não confundir o exercício do poder com os efeitos derivados do ato jurídico dele resultante. Uma vez editado o ato, são produzidas normas, as quais incidem sobre os fatos e levam à criação de novas situações jurídicas. Em relação ao exercício do poder, há uma sujeição. Em relação ao ato produzido, não. Convém exemplificar: determinado administrado solicita à Administração Municipal uma licença de funcionamento de estabelecimento comercial, a fim de que ele possa desenvolver determinadas atividades econômicas. O Município, nesse caso, tem o poder de editar tal ato jurídico-administrativo. A esse poder corresponde uma sujeição; uma vez exercido, estará alterada a situação jurídica do administrado, que agora poderá exercer suas

---

[306] É interessante destacar que a utilização dos termos não é uniforme. Carlos Alberto da Mota Pinto (*Teoria geral do direito civil*, p. 176), por exemplo, insere a obrigação como uma categoria geral, da qual o dever e a sujeição seriam espécies.

[307] Hohfeld (*Os conceitos jurídicos fundamentais aplicados na argumentação judicial*, pp. 73; 77 e ss.) – em sua obra clássica – anota que o *oposto* do poder é *impotência* e o da sujeição é a *imunidade*. Se ***a*** não possui um poder sobre ***b***, então ***a*** é impotente em relação a ***b***. Ou então, na relação conversa, ***b*** é imune ao poder de ***a***. Na explicação de Alf Ross (*Direito e justiça*, p. 200), toda "pessoa goza de imunidade frente a qualquer outra pessoa, sempre que a outra pessoa não tenha um poder em relação à primeira". Robert Alexy (*Teoria dos direitos fundamentais*, pp. 243-244) segue as lições de Hohfeld. Entretanto, na sua terminologia, a impotência é a "não-competência" e a imunidade a "não-sujeição". Em igual linha, cfr. GUASTINI, Riccardo. *La sintassi del diritto*, p. 84.

[308] ROMANO, Santi. *Fragmentos de un diccionario jurídico*, pp. 231-234.

atividades comerciais. Esse efeito favorável decorre do ato administrativo de licença, e não do poder de expedir o ato, que é anterior a ele. Aliás, estará criado, aqui, um direito subjetivo em sentido estrito para tal administrado: o de exercer suas atividades comerciais e o correspondente dever das demais pessoas de não turbar o exercício desse direito.

Em matéria de situações jurídicas, há ainda outras categorias que são usualmente reputadas como modalidades autônomas, quais sejam: a ***ação***, a ***exceção***, o ***ônus*** e o ***encargo***.

A ***ação***, na lição de Pontes de Miranda, é a situação ativa que possibilita ao titular da pretensão executá-la. Na lição do jurista, a ação nasce quando: (a) a pretensão exercida não é satisfeita; ou, (b) em se tratando de pretensões que vêm sendo satisfeitas por ações ou omissões, ocorre a interrupção dessa conduta duradoura.[309] De acordo com Marcos Bernardes de Mello, enquanto a pretensão é a exigibilidade do direito subjetivo, a ação consiste na *impositividade do direito* que somente surge quando descumprida a obrigação.[310]

Cabe questionar qual a utilidade em se utilizar o termo "ação" para designar a possibilidade de execução do direito. Tal expressão, em verdade, pode trazer mais confusão do que clareza, na medida em que se faz necessário diferenciá-la da "ação" de direito processual. Para designar o fenômeno da possibilidade de execução do conteúdo do direito subjetivo (em sentido amplo) violado pelo sujeito passivo, melhor utilizar a expressão "executoriedade", que, aliás, é corrente no direito público. Mas a executoriedade não é uma categoria subjetiva. Trata-se apenas de uma permissão para executar uma ação material, utilizando até mesmo a coação física, se necessário.

Dentre as categorias ativas, também se costuma incluir a ***exceção***, que é uma

---

[309] MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. V, p. 481.

[310] *Idem*, p. 478. Marcos Bernardes de Mello (*Teoria do fato jurídico: plano da eficácia (1ª parte)*, pp. 185-186) explica a situação do seguinte modo: "A denominada '*ação*' de direito processual nada mais é que o remédio jurídico processual que o Estado põe à disposição dos sujeitos de direito para que tornem efetivas a ação e a pretensão de direito material de que sejam titulares. São institutos absolutamente distintos, como se vê, embora, de ordinário, sejam tratados como se fossem iguais. A ação de direito material também costuma ser confundida com a *pretensão à tutela jurídica*, comumente denominada *direito de ação*. A confusão doutrinária, segundo parece, resulta da circunstância de que as ações de direito material, em geral, somente podem ser exercidas por meio das *ações de direito processual* (= remédios jurídicos processuais), considerando que o Estado reservou a si o monopólio da tutela dos direitos, proibindo aos indivíduos a justiça de mão própria (= autotutela dos direitos), o que tem permitido criar a falsa idéia de que ação (material) e '*ação*' (processual) seriam a mesma coisa. Em realidade, porém, a ação de direito material constitui, de regra, o objeto sobre que deve versar a *ação processual*, a *res in iudicio deducta*, uma vez que, por meio desta, se busca tornar efetiva aquela".

expressão constante no direito positivo brasileiro, como, por exemplo, no art. 190 do Código Civil de 2002, o qual dispõe que a "exceção prescreve no mesmo prazo em que a pretensão".

Marcos Bernardes de Mello afirma que a exceção tem lugar quando o sujeito passivo da relação jurídica é titular de um direito que se opõe a direito, pretensão ou ação do sujeito ativo. Assim, a exceção tem o condão de suspender a eficácia do direito, pretensão ou ação contra a qual é oposta. De acordo com o autor, embora a exceção seja de titularidade do sujeito passivo da relação, ela consiste numa posição ativa, pois se trata de uma "oposição, portanto, atividade (ação), nunca passividade. Exceção que não seja oposta por seu titular ou por terceiro quando legitimado a fazê-lo (Código Civil, art. 281, *e.g.*) não atua".[311]

A rigor, a exceção nada mais é do que um poder (direito potestativo) de alguém. O titular do direito ao qual é oposta a exceção se encontra numa situação de sujeição. Assim, a exceção não é uma situação ativa "autônoma". É um a modalidade de poder.[312] Como o direito positivo brasileiro usa tal expressão, não há utilidade em afastá-la do vocabulário jurídico. Entretanto, é importante apenas que se tenha consciência que, *sob a perspectiva estrutural*, ela corresponde a um poder.

Quanto às situações passivas, há que se fazer referência ao ***ônus*** e ao ***encargo***.

A doutrina aponta que o ***ônus*** corresponde a uma situação em que um sujeito deverá adotar uma conduta específica para poder obter certo efeito, positivo ou negativo. No direito material, para a interrupção da prescrição, há o ônus do sujeito titular da pretensão de citar judicialmente o devedor ou adotar algumas das medidas do art. 202 do Código Civil.[313] Carlos Ari Sundfeld cita o ônus do administrado, que requereu uma licença para construir, de apresentar o respectivo projeto.[314] No direito processual, há o ônus do réu de impugnar os fatos alegados pelo autor, sob pena de

---

[311] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia (1ª parte)*, p. 185. As exceções a que o autor se refere são de direito material. As exceções de direito processual, afirma, dizem respeito à competência dos órgãos jurisdicionais (incompetência), às pessoas que a exercem (sujeições e impedimentos), ou a impedimentos para que se conheça das causas (litispendência e coisa julgada, por exemplo). Sobre o tema, vide também a lição de António Menezes Cordeiro (*Tratado de direito civil português*, v. I, t. I, pp. 182-184) e de Karl Larenz (*Derecho civil: parte general*, p. 321).

[312] Nessa linha, cfr. CORDEIRO, António Menezes. *Op. cit.*, p. 184. Porém, para esse autor, nada impede a sua inserção dentre as situações ativas, pois ela enriquece os instrumentos de análise disponíveis no direito.

[313] *Idem*, pp. 188-189; NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, v. I, pp. 68-69.

[314] SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*, p. 60.

serem presumidos como verdadeiros, ressalvadas as hipóteses previstas no art. 302 do Código de Processo Civil.

O ônus não é uma posição ativa. Trata-se de um comportamento que figura na hipótese de incidência da norma que, se realizado, será reputado como *fato jurídico* e, portanto, levará a um *efeito jurídico*. Em suma, para os fins deste estudo, o ônus será considerado como uma conduta necessária à configuração de um fato jurídico, e não um efeito jurídico (e as situações ativas e passivas são sempre efeitos jurídicos).

Quanto aos ***encargos***, Carlos Ari Sundfeld entende serem deveres positivos (isto é, de realizar certas condutas) vinculados ao exercício de direitos. Se os ônus são comportamentos a serem realizados *antes* da fruição de certa vantagem, os encargos são deveres de condutas positivas a serem praticadas durante o exercício de um direito, a fim de que esse seja lícito. É o caso do proprietário de bem tombado que, para exercer o seu direito de propriedade, tem que levar ao conhecimento da Administração a necessidade de obras de conservação (art. 19 do Decreto-lei 25/1937).[315]

Como o encargo acima citado consiste num dever jurídico, cuja relação conversa é o direito a algo, não se vê utilidade em se alçar tal figura a uma categoria autônoma. A rigor, só haveria sentido falar em encargo no contexto de uma relação jurídica complexa.

Em suma, no âmbito de uma relação jurídica (em sentido amplo), podem figurar as seguintes *situações ativas e passivas* ***correlatas***, as quais podem ser *absolutas* ou *relativas*: (i) ***direito a algo*** *(direito a prestações)* e ***dever*** *(ou obrigação)*; (ii) ***poder*** *(direito potestativo, direito formativo ou potestade)* e ***sujeição***.[316]

---

[315] SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*, pp. 59-61. Ressalte-se que, para Menezes Cordeiro (*Tratado de direito civil português*, v. I, t. I, p. 189), os encargos também correspondem estruturalmente a deveres. Entretanto, de forma diversa da concepção de Carlos Ari Sundfeld, Menezes Cordeiro entende que se trata de um dever com um regime particular: "é um dever de comportamento que funcionando embora também no interesse de outras pessoas, não possa, por estas, ser exigido no seu cumprimento". Como exemplo, faz menção ao encargo do comprador de comunicar ao vendedor, dentro de certo prazo, o vício da coisa.

[316] O ***interesse legítimo*** não foi aqui comentado porque, em última análise, é figura criada no direito italiano. Não se trata – como Riccardo Guastini bem observou – de uma categoria pertencente à teoria geral do direito. O interesse legítimo possui, segundo esse autor italiano, dois sentidos. Pelo primeiro, considerado como "interesse ocasionalmente protegido", é a situação em que um sujeito não possui um direito (pretensão) a um ato administrativo favorável, mas o direito que a Administração observe a norma legal. Assim, se a Administração não observa a norma legal, a ele é conferido o direito (pretensão) de que o ato seja invalidado e, eventualmente, o direito ao ressarcimento. No segundo sentido, de "direito enfraquecido" (*diritto affievolito* ou *degradato*), o titular do direito subjetivo possui um direito subjetivo (ex.: direito de propriedade) sacrificado por um ato administrativo ilegítimo (ex.: desapropriação). Nesse caso, há o direito (pretensão) à invalidação do ato e ao ressarcimento dos danos. Como bem anota

Nos tópicos seguintes, serão analisados – no âmbito das competências administrativas – os dois grupos de situações ativas e passivas.

3.5.5. Competências administrativas: direitos a algo e deveres

A pessoa administrativa poderá ser titular de direitos subjetivos (em sentido estrito) e de deveres em face de outras pessoas (outros entes públicos ou administrados), a serem exercidos pelos seus órgãos públicos, mediante a atuação dos seus agentes. É possível arrolar quatro hipóteses básicas, tendo como critério a *determinação* ou *indeterminação* do outro sujeito da relação.

A primeira hipótese consiste na situação em que o ente público é titular de um ***direito a uma prestação específica*** em face de um sujeito passivo ***determinado***. O exemplo citado por Carlos Ari Sundfeld para tratar do encargo se encaixa perfeitamente aqui. O Poder Público que realizou o tombamento de um bem tem o direito a que o proprietário desse lhe comunique a necessidade de realização de obras de conservação e reparação, caso não disponha de recursos suficientes para realizar tais atividades. Trata-se de direito criado por ato jurídico legislativo, já que o Decreto-lei 25/1934 foi recepcionado pela Constituição de 1988 como lei ordinária, mas que demanda a emissão de ato-condição, no caso, o tombamento. Outro exemplo: no âmbito de um processo administrativo devidamente instaurado, a Administração tem o direito a que o administrado proceda "com lealdade, urbanidade e boa-fé" (art. 4º, II, da LPAF).

A segunda situação é aquela em que a pessoa administrativa possui um ***direito subjetivo (em sentido estrito) em face de sujeitos indeterminados***, isto é, a todos ou a uma ***categoria de sujeitos***, os quais terão o ***dever de cumprir tal prestação*** *em favor da Administração*. O Estatuto da Cidade (Lei 10.527/2001) fornece um bom exemplo em seu art. 25: o direito de preempção. Este consiste no direito do Poder Público Municipal

---

Guastini, em ambos os casos, o que há é uma situação jurídica complexa, formada por situações elementares. No caso do interesse ocasionalmente protegido, há: (i) a pretensão à legalidade do ato administrativo (direito a que a Administração respeite a lei); (ii) pretensão à invalidação do ato administrativo ilegítimo; e (iii) pretensão de ressarcimento ao dano injusto eventualmente provocado. No caso do direito enfraquecido, há: (i) a imunidade ao ato administrativo inválido; (ii) a pretensão à sua invalidação; e (iii) a pretensão ao ressarcimento. Cfr. GUASTINI, Riccardo. *La sintassi del diritto*, p. 102-106.

De todo modo, vale mencionar que, no direito brasileiro, Alexandre Mazza (*Relação jurídica de administração pública*, pp. 133-134) admite a figura.

a que todos os proprietários (cujos imóveis se situem em área prevista em lei municipal e editada com base no plano diretor) lhe confiram preferência para a aquisição de imóvel urbano.

Em terceiro lugar, há o ***dever da Administração de realizar determinado comportamento em face de um sujeito ativo específico***. É o que ocorre no âmbito da prestação dos serviços públicos *uti singuli*, de fruição individual (ex.: dever de hospital público de atender ao administrado ***x*** que lá comparece para tratar de uma doença). Esse dever decorre diretamente do regime constitucional dos serviços públicos.

Por fim, pode haver ***o dever da Administração de realizar determinada prestação em relação a sujeitos indeterminados***. Um bom exemplo é o dever das pessoas administrativas de observar os princípios constitucionais da Administração Pública (legalidade, moralidade etc.). A relação conversa é o direito subjetivo (em sentido estrito) de todas as pessoas à realização dessa conduta administrativa.

Aliás, de acordo com Juarez Freitas, há o *direito fundamental à boa administração*, que é o direito a um atuar da Administração Pública "*eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem*".[317] Desse direito fundamental, enquanto categoria geral, decorrem direitos específicos dos administrados. Juarez Freitas apresenta exemplificativamente o direito a uma Administração: (a) transparente; (b) dialógica; (c) imparcial; (d) proba; (e) respeitadora da "legalidade temperada" (ou seja, sem tornar as regras absolutas); (f) preventiva, precavida e eficaz (não apenas eficiente).[318]

---

[317] FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e direito fundamental à boa administração pública*, p. 22.

[318] "Tais direitos não excluem outros, pois se cuida de '*standard* mínimo'. Por certo, tais direitos precisam ser tutelados em bloco, no desiderato de que a discricionariedade não conspire letalmente contra o aludido direito fundamental" (FREITAS, Juarez. *Op. cit.*, p. 23).

3.5.6. Competências administrativas: poderes e sujeições

A questão que se coloca agora é a dos chamados poderes e sujeições no âmbito das competências administrativas. Tal como ocorre em relação aos direitos a algo e aos deveres, também no âmbito dos poderes e sujeições a análise terá como base o outro termo da relação jurídica, que pode ser formada por *sujeitos indeterminados* ou *determinados*.

Porém, é importante para os fins deste estudo indicar as espécies de poderes administrativos existentes.

(a) Poderes administrativos: modalidades apontadas pela doutrina brasileira

É comum encontrar na doutrina brasileira um capítulo sobre os poderes da Administração. De acordo com Hely Lopes Meirelles, os poderes administrativos são verdadeiros "instrumentos de trabalho, adequados à realização das tarefas administrativas", razão pela qual são considerados "poderes instrumentais". Dentre as categorias de poderes, arrola os seguintes: (a) poder vinculado; (b) poder discricionário; (c) poder disciplinar; (d) poder regulamentar; (e) poder de polícia.[319]

Odete Medauar, após tecer considerações sobre os usos distintos do termo "poder" (ao final, vinculando-o à concepção de função), também enumera as cinco modalidades acima, apenas denominando o poder regulamentar de "poder normativo".[320]

Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro escreve que os poderes da Administração – que são poderes-deveres – encerram prerrogativas de autoridade, que só podem ser exercidas nos limites da lei. E a autora arrola quatro categorias de poderes administrativos: (a) normativo; (b) disciplinar; (c) decorrentes da hierarquia; e (d) de polícia.[321]

José dos Santos Carvalho Filho, por seu turno, após conceituar os poderes administrativos como sendo as prerrogativas de direito público, insere, como modalidades de poderes, os seguintes: poder discricionário, poder regulamentar e poder

[319] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 95.
[320] MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, p. 118 e ss.
[321] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 90 e ss.

de polícia.[322]

Para Floriano de Azevedo Marques Neto, a classificação tradicional dos poderes administrativos tem um problema: ela não distingue os poderes que se referem a uma relação de sujeição geral, dos atinentes a uma relação de sujeição especial. Ademais, para o jurista, tal classificação não separa os poderes em si considerados daqueles referentes ao modo de exercício de outros poderes. Em vista disso, propõe a seguinte classificação: (a) poderes relacionados ao modo de exercício das prerrogativas públicas: (a.1) capacidade normativa; (a.2) prerrogativa discricionária; (b) poderes em espécie: (b.1) poderes internos: (b.1.1) poder hierárquico; e (b.1.2) poder disciplinar; (b.2) poder de polícia.[323] Como se pode perceber, esse autor, embora proponha uma classificação diferente, também não foge muito daquela categorização tradicional.

Em suma, desse breve panorama doutrinário, o que se pode afirmar é que se mostra corriqueiro se indicar cinco espécies de poderes administrativos: normativo, disciplinar, hierárquico, discricionário e poder de polícia.

(b) A proposta de Santi Romano

Um dos problemas da classificação acima referida é que ela não parte de um critério claro de distinção. E, mais grave, ela não elabora uma classificação dos poderes administrativos a partir de suas categorias no âmbito da teoria geral do direito.

Nesse aspecto, embora não se tenha adotado neste estudo a concepção de "poder" proposta por Santi Romano, vale mencionar a distinção que o autor italiano faz entre os *poderes inovadores* dos *poderes não-inovadores*. Os primeiros provocam uma modificação jurídica; já os segundos, não.

Dentre os poderes inovadores insere duas categorias: (a) *poderes normativos*; (b) *poderes de constituir, modificar ou extinguir posições, situações, qualidades, outros poderes e relações jurídicas*. Os poderes normativos – sejam do Estado, sejam dos sujeitos privados – constituem, modificam ou extinguem, com base no ordenamento jurídico, normas jurídicas. De outro lado, na segunda categoria, aquela modificação jurídica não ocorre por meio de atos jurídicos normativos, mas sim com ações materiais

[322] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, p. 49.
[323] Floriano de Azevedo Marques Neto. Poderes da administração pública. *Novos rumos para o direito público: reflexões em homenagem à Professora Lúcia Valle Figueiredo*, p. 225 e ss.

reguladas juridicamente. Segundo o autor, ambos são chamados pela doutrina de direito privado de "poderes de conformação". Como Santi Romano rechaça a figura da sujeição (pois não há uma relação jurídica no exercício dos poderes), esses poderes podem se manifestar não só por atos unilaterais, mas também por atos bilaterais ou plurilaterias.

Já os poderes não-inovadores são aqueles exercitados mediante atos jurídicos ou ações destinadas a fazer valer, conservar, tutelar condições jurídicas preexistentes (sem invocá-las ou modificá-las). É o que ocorre no poder de obter uma proteção jurídica das autoridades competentes, nos poderes de autotutela, dentre outros. Esses poderes são exercidos por atos de manifestação de representação (certificações, declarações de certeza, constituição de provas), bem como por manifestação de sentimentos (votos, propostas etc.).[324]

(c) Os poderes públicos de autoridade, segundo Pedro Gonçalves

Pedro Gonçalves, ao tratar dos poderes públicos de autoridade (e o foco dele reside nos poderes administrativos), apresenta o seguinte conceito: "o *poder abstracto – estabelecido por uma norma de direito público – conferido a um sujeito para, por acto unilateral praticado no desempenho da função administrativa, editar regras jurídicas, provocar a produção de efeitos com repercussão imediata na esfera jurídica de terceiros, produzir declarações às quais a ordem jurídica reconhece uma força especial ou ainda empregar meios de coacção sobre pessoas ou coisas*".[325]

Ao dizer que o poder público de autoridade é conferido a um sujeito que desempenha função administrativa, o jurista português conclui que se trata sempre de um poder funcionalizado, destinado à realização do interesse público. Ademais, ao escrever que se trata de um poder abstrato, ele acaba se colocando na linha de Santi Romano, já que afirma expressamente que o poder público é abstrato, não consistindo numa prestação específica que se opere nos quadros de uma relação jurídica concreta. O poder público de autoridade, segundo o autor, caracteriza-se pela sua reiteração, não sendo, por conseguinte, uma concreta e isolada faculdade de adotar uma conduta

[324] ROMANO, Santi. *Fragmentos de um diccionario jurídico*, pp. 228-229. O autor propõe outras classificações para os poderes, mas que não serão aqui comentadas.
[325] GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, p. 608.

incidente sobre a esfera jurídica de terceiros, mas sim num "consistente *poder de supremacia jurídica de um sujeito*, uma das marcas decisivas do poder público reside no facto de o exercício não implica a sua extinção."[326]

Para o autor, são cinco as modalidades de poderes públicos de autoridade: (a) poder normativo; (b) poder de configuração de efeitos jurídicos inovadores; (c) poder de declaração de efeitos jurídicos obrigatórios; (d) poder de emissão de declarações com força probatória especial; e, por fim, (e) poder de emprego da coação sobre pessoas ou coisas.[327]

A primeira modalidade consiste no "poder de editar regras jurídicas", a serem observadas por terceiros. Pedro Gonçalves afirma que, em algumas situações, esse poder é delegado a entidades privadas.[328]

Já os poderes de configuração de efeitos jurídicos inovadores são produzidos por atos concretos e individuais, traduzindo-se na constituição, modificação ou extinção de efeitos jurídicos favoráveis ou desfavoráveis, positivos ou negativos. Pouco importa quem inicia o processo para o exercício do poder, se o sujeito privado ou a Administração; o determinante é a lei conferir à Administração Pública a responsabilidade pela produção de certo resultado que levará à alteração da situação jurídica de um particular.[329]

Na terceira categoria, encontra-se o poder de emitir declarações que produzem um efeito jurídico de *certeza pública*. Nesse caso, estão os poderes de certificar e atestar com segurança dados relativos a pessoas, a fatos e a coisas. São dados que a Administração possui em registros ou que é responsável por recolher e verificar. Os atos que, prossegue Pedro Gonçalves, "certificam e atestam esses dados são praticados no

---

[326] GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, pp. 608-609.
[327] *Idem*, p. 619.
[328] *Idem*, p. 620. Em outra passagem, Pedro Gonçalves delimita as hipóteses em que o exercício privado de poder normativo no exercício de função administrativa: "No exercício de poderes normativos, as entidades privadas emitem, portanto, normas ou regulamentos administrativos. Os regulamentos administrativos, que, ao mesmo tempo, constituem um *instrumento da acção* da Administração e uma *fonte* reguladora do agir administrativo subsequente, podem definir-se como *normas jurídicas emanadas no desempenho da função pública administrativa por órgãos da Administração ou por entidades privadas para tal expressamente habilitadas por lei*.
Teremos regulamentos administrativos de entidades privadas quando estiveram reunidas as condições seguintes: desempenho de uma função administrativa; habilitação legal expressa para a emissão de normas jurídicas externas no desempenho dessa função; responsabilidade de emitir e não apenas de propor a emissão do regulamento" (*Idem*, pp. 737-738).
[329] *Idem*, p. 620.

exercício de um poder de autoridade, retirado da esfera privada, justamente para garantir, de forma incontestável, a *certeza pública* de que os dados a que eles se reportam são autênticos".[330]

A quarta categoria de poder de autoridade citada por Pedro Gonçalves é aquele exercido pela Administração em que ela redige documentos com uma *força probatória especial*. Essa força consiste na situação em que a Administração presencia ou verifica a ocorrência de fatos, os quais ficam devidamente documentados, a fim de se terem por verdadeiros (presunção legal de veracidade).[331]

Por fim, há os poderes de execução coercitiva e de coação direta. Fundado na lição de Otto Mayer, escreve que há dois grupos em que tais poderes se manifestam: (i) no âmbito de processos administrativos de execução de atos impostos e não acatados, ou de atos que imponham limitações de qualquer natureza; e (ii) no contexto da coação direta e imediata, em que há utilização da força não precedida de título executivo e em direta execução da lei. No primeiro caso, o emprego da coação ocorre de modo autônomo em relação ao poder acionado na prática do ato exequendo. Já no segundo caso, o poder se manifesta por meio de atos materiais que podem envolver o emprego da força sobre pessoas e coisas.[332]

(d) Os poderes administrativos: posição adotada

Tal como foi destacado, o poder é uma posição ativa capaz de alterar a situação jurídica de alguém. No caso do poder administrativo, isto é, manifestado no exercício de função administrativa, segue-se praticamente as lições de Pedro Gonçalves acima mencionadas, apenas com algumas modificações.

Neste estudo, os poderes administrativos são os seguintes: (a) *poder*

---

[330] GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, p. 637.
[331] *Idem*, pp. 637-638.
[332] *Idem*, pp. 641-642. É interessante destacar que o autor teceu considerações sobre outra modalidade de poder de autoridade, não arrolado nas cinco categorias citadas: trata-se do *poder de criar títulos executivos*. Conforme o autor, a executividade é uma marca que se articula com o poder de produzir um determinado efeito jurídico. Nesta categoria, esse efeito (a executividade) vem de modo autônomo. É o caso do poder de certificação de dívidas exercido unilateralmente por entidades públicas, sem que o devedor assuma a responsabilidade pelo débito e sem que haja qualquer decisão anterior que tenha declarado tal responsabilidade (*Idem*, p. 640-641). Pode-se questionar, então, que, em realidade, há outra categoria, por ele não citada inicialmente, mas explicada. De todo modo, a rigor, esse poder poderia ser enquadrado na categoria dos poderes de conformação, mesmo que manifestado de modo autônomo.

normativo; (b) *poder* ***de configuração de efeitos inovadores***; (c) *poder* ***de emissão de atos conferindo certeza jurídica, segurança jurídica ou força probatória especial***.

Como se pode perceber, não se inseriu a última categoria citada por Pedro Gonçalves. Isso porque o chamado "poder de execução coerciva e de coação direta" nada mais é do que a execução de um ato legal ou administrativo. Não há, aqui, a produção de um ato jurídico (característica da definição de poder adotada neste trabalho), mas mera realização de operações materiais. Há, isto sim, um *dever* de pôr em movimento essas ações materiais.

Em relação ao ***poder normativo***,[333] por meio dele a Administração edita atos administrativos introdutores de normas gerais e abstratas (são os "atos administrativos gerais e abstratos"). E, no direito brasileiro, esse poder resulta em normas infralegais. É o exemplo do regulamento de execução editado pelo Chefe do Poder Executivo, das resoluções editadas por conselhos profissionais, dos regimentos internos dos Tribunais, das instruções normativas, dentre outros.

O ***poder de configuração de efeitos inovadores*** tem o mesmo sentido exposto por Pedro Gonçalves. Ao exercer esse poder administrativo, a Administração edita atos administrativos introdutores de normas individuais e concretas (são os "atos administrativos individuais e concretos").

Por meio desses atos, poderá haver a restrição ou a ampliação da esfera jurídica do seu destinatário.[334] É o caso, respectivamente, da sanção administrativa sobre servidores e contratados da Administração, e da emissão da licença de funcionamento de estabelecimento comercial. Aliás, a distinção entre atos administrativos restritivos e ampliativos é extremamente relevante, havendo regimes diferentes para tais atos, como, por exemplo, no âmbito do processo administrativo.[335]

---

[333] Frise-se novamente que, dentro de uma concepção normativista do direito (aqui adotada), todo *poder* (ou potestade, ou direito formativo, ou direito potestativo) é normativo. Entretanto, a expressão "poder normativo" tem sido usada para designar a edição de atos veiculadores de normas gerais e abstratas.

[334] Trata-se, aqui, dos chamados atos administrativos restritivos e ampliativos à esfera jurídica dos administrados. De acordo com Bruno Aurélio (*Atos administrativos ampliativos de direitos: revogação e invalidação*, p. 47), ato ampliativo da esfera jurídica dos administrados é aquele que, "por seu conteúdo favorável ou vantajoso ao administrado, tenha por finalidade imediata ampliar a esfera jurídica do destinatário específico, seja criando, outorgando, atribuindo ou reconhecendo-lhe um direito, uma faculdade ou vantagem jurídica, seja retirando ou liberando-o de um dever, obrigação, encargo, limitação, agravo ou ônus". Evidentemente, o ato restritivo possui sentido contrário.

[335] Conforme Angélica Petian (*Regime jurídico dos processos administrativos ampliativos e restritivos de direito*, p. 214 e ss.), há princípios jurídicos comuns incidentes sobre os processos administrativos ampliativos e restritivos da esfera jurídica dos administrados. Contudo, no âmbito dos processos

A terceira e última categoria é o ***poder de emitir atos conferindo certeza jurídica, segurança jurídica e força probatória especial***. Vale notar que, nessa categoria, foram incluídas a terceira e a quarta modalidades de poder público de autoridade citadas por Pedro Gonçalves. Isso porque, a rigor, o fenômeno é o mesmo. O exercício de tal poder certifica ou atesta, com segurança, dados relativos a pessoas, fatos e bens. O mesmo efeito se dá quando a Administração produz atos destinados a documentar a existência de fatos, esses atos possuem uma força probatória especial.

É aqui que se insere a função exercida pelos notários e registradores (art. 236 da CF). Os atos praticados por esses se destinam a conferir "publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos" (art. 1º da Lei 8.935/1995). Mas além dos atos dos notários e registradores, incluem-se nessa categoria de poderes as declarações da Administração Pública sobre pessoas ou coisas. São as certidões e atestados, os quais possuem presunção (relativa) de legitimidade, já que há o dever das demais pessoas de considerarem as informações ali constantes como verdadeiras, bem como o exercício do poder como válido.

Não há utilidade em alçar os demais poderes normalmente arrolados pela doutrina brasileira como categorias autônomas.

O "poder vinculado e discricionário" não se refere propriamente ao poder, mas apenas à possibilidade ou não de o agente público emitir o ato administrativo com base em critérios subjetivos, seja quanto ao momento do exercício (oportunidade), seja quanto ao conteúdo e finalidade (conveniência).

A hierarquia, por sua vez, consiste num princípio de estruturação da Administração Pública que confere ao superior hierárquico poderes normativos e de configuração. Há manifestação da hierarquia quando é editada uma instrução normativa aos subordinados, como quando é determinada uma ordem concreta a um servidor específico.

Por sua vez, o poder disciplinar nada mais é do que um dos tipos dos *poderes*

---

restritivos, há princípios específicos, que não incidem nos processos ampliativos. Nas suas palavras, "entendemos que o regime jurídico dos processos administrativos restritivos de direito é composto pelos princípios de índole processual decorrentes do devido processo legal que presidem também os processos ampliativos (contraditório, julgador natural, revisibilidade, verdade material, formalismo moderado, proibição da *reformatio in pejus* e celeridade e duração razoável do processo) e daqueles que são peculiares somente aos processos restritivos, quais sejam, princípio da ampla defesa, oficialidade e gratuidade".

de configuração de efeitos inovadores, mais especificamente, uma das formas de poderes de configuração restritivos.

Já o "poder de polícia" é uma forma de *atividade administrativa*, e não um poder administrativo autônomo. O "poder de polícia" (expressão bastante criticada na doutrina[336]) se insere dentro da *atividade administrativa ordenadora*. Nesta atividade, estão presentes as três categorias de poderes administrativos apresentados neste estudo.

Uma vez apresentadas as modalidades de poderes administrativos, convém agora tratar brevemente da relação conversa desses poderes: a sujeição.

(e) A sujeição

Na relação jurídica em que há, num dos termos, um sujeito titular do poder, no outro se encontra alguém na condição de *sujeição*. A relação conversa do poder é, pois, a sujeição. Se o direito potestativo é uma posição ativa que confere ao seu titular o poder de alterar (isto é, criar, modificar ou extinguir) uma situação jurídica, o sujeito passivo desse poder não pode resistir ao seu exercício.

A posição jurídica de sujeição diz respeito ao exercício do poder. O sujeito passivo do poder não tem como resistir ao seu exercício. O quadro é diverso do direito e do dever. No direito a algo, é possível que o sujeito passivo não cumpra o seu dever. Já o poder não requer, para a sua realização, qualquer conduta do sujeito passivo.

Os efeitos que derivam da produção do ato jurídico produzido (em virtude do poder) não se confundem propriamente com a sujeição. Isso explica a razão pela qual, no exercício dos poderes de conformação ampliativos, também há sujeição. O ato administrativo ampliativo – produto do exercício do poder ao qual o sujeito não pode resistir (sujeição) – introduz normas que incidem sobre fatos e geram efeitos novos, favoráveis ao administrado. Esses efeitos favoráveis conferem a tal administrado direitos e colocam a Administração numa posição de devedora.

Note-se que o poder jurídico se voltará para *sujeitos determinados* ou *indeterminados*. Assim, quando a Administração aplica uma sanção de trânsito ao motorista $\boldsymbol{x}$, este está sujeito ao exercício desse poder sancionador. No entanto, quando

---

[336] Cfr. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, pp. 837-838; GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*, t. II, p. V-1 e ss.; SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*, pp. 10-15.

é editado um regulamento, tal ato se volta para toda a categoria de sujeitos ali delimitada (ex.: regulamentos voltados para os servidores públicos federais).

O fato de a potestade ter como sujeitos passivos pessoas indeterminadas e determinadas não se identifica com as chamadas relações de sujeição geral e especial.[337] Isso porque, no âmbito de uma sujeição especial, a Administração terá como exercer a potestade para uma categoria de pessoas, quais sejam, aquelas inseridas nessa relação de sujeição especial (ex.: regulamento aplicável aos alunos de uma universidade federal). De igual modo, o direito formativo concreto, voltado para uma pessoa determinada, poderá ser exercido no âmbito de uma relação de sujeição geral. O exemplo dado (poder sancionador em matéria de trânsito) ilustra isso.

3.6. Características das competências administrativas

Na doutrina brasileira, é comum haver a enumeração de cinco características das competências administrativas.[338]

Em primeiro lugar, as competências são de ***exercício obrigatório*** para as pessoas e órgãos. De acordo com Hartmut Maurer, trata-se do ***efeito vinculativo da competência***: a "autoridade está obrigada juridicamente a cumprir as tarefas que lhe são destinadas, mas também, simultaneamente, a observar os limites de seu âmbito de competência. A competência forma, portanto, fundamento e limite de sua atuação".[339]

É evidente que assinalar tal característica (o efeito vinculativo das competências) não implica negar a existência de competências administrativas discricionárias. O que vale destacar, aqui, é que o ente encarregado pelas atribuições administrativas tem o ***dever jurídico*** de buscar a sua realização. Isso ocorre porque toda

---

[337] Sobre as relações de sujeição especial, vide item 5.1.3 do Cap. II.

[338] Cfr. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*, p. 110; ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*, pp. 473-474; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, pp. 149-150; GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*, p. 114.
Dentre os juristas que não arrolam as cinco características a serem expostas, porém explicam apenas algumas delas, pode-se citar os seguintes autores: BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*, pp. 145-146; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, p. 106; CRETELLA JÚNIOR, Jose. *Tratado de direito administrativo*, v. II, p. 145; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 211; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, pp. 359-360; LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*, pp. 140-141; TÁCITO, Caio. *Direito administrativo*, p. 58.
Ressalte-se ainda quem arrole mais de cinco características, como Alexandre Mazza (*Manual de direito administrativo*, p. 206).

[339] MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*, p. 620.

atividade estatal se traduz numa função pública, tal como já mencionado.[340] A função pública afeta diretamente o exercício das situações ativas (direitos a algo e poderes), que se torna obrigatório (ao contrário do que ocorre, de maneira geral, no direito privado).

Em segundo lugar, as competências públicas são ***irrenunciáveis***.[341] Ora, sendo um encargo, um dever do ente público, não pode o seu titular dela dispor. Assim, do mesmo modo que lei alguma poderá afastar a competência prevista na Constituição a determinado ente federativo (sob pena de ofensa ao princípio federativo), os entes administrativos também não poderão afastar a competência a eles conferida pela lei.[342]

A terceira característica da competência administrativa é a chamada ***intransferibilidade***, isto é, a impossibilidade de haver transação em relação a elas. Se fosse possível, haveria clara incoerência em face das duas características acima apontadas. Com efeito, não cabe a um ente ou órgão administrativo repassá-la a outra pessoa ou órgão. Entretanto, é admitida aqui a *delegação de seu* ***exercício***, o que não afasta a responsabilidade do delegante em relação a elas.[343] já que a delegação não deixa de ser uma transferência de competências, ainda que apenas do seu exercício, sem exclusão da titularidade do delegante.

As competências também são ***imodificáveis*** pela vontade do titular. Isto é, não cabe a ele aumentar o seu campo de ação ou o restringir. Com efeito, se é a lei que lhe confere competência, não pode o agente público, por vontade própria, modificá-la. Todavia, a lei poderá admitir, como leciona Celso Antônio Bandeira de Mello, a *avocação*, que é a absorção temporária e excepcional, pelo superior hierárquico, de parte da competência de um subordinado.[344]

A quinta e última característica competência reside na ***imprescritibilidade***. O fato de o agente não as exercer não resulta na sua extinção. Aliás, haverá casos em que essa omissão será *qualificada como inválida*, cabendo responsabilidade funcional e,

---

[340] Vide item 2.3 do Cap. I.
[341] Cfr. art. 12 da Lei Federal 9.784/1998 (LPAF).
[342] Ao tratar do tema sob a perspectiva da competência tributária (ou seja, a competência legislativa para instituir tributo), Roque Antonio Carrazza (*Curso de direito constitucional tributário*, p. 757) leciona que os entes políticos não podem renunciar a essa competência. "Esta é uma matéria de direito público constitucional, e, portanto, indisponível. União, Estados, Municípios e Distrito Federal carecem do direito de renúncia ao exercício das competências tributárias que receberam da Carta Magna e que são essenciais à sua subsistência". Em igual sentido: CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*, p. 274; COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*, p. 61.
[343] Cfr. arts. 12, 13e 14 da LPAF.
[344] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, pp. 149-150. Cfr. art. 15 da LPAF.

conforme o caso, mandado de injunção.

Por fim, é importante destacar que as características acima foram tratadas tomando como base o direito administrativo. Contudo, é possível afirmar que essas características *estão presentes em quaisquer modalidades de competências públicas*.[345]

4. Os sujeitos da descentralização. A distinção entre pessoas jurídicas de direito público e de direito privado

Tal como já foi destacado no item 2.1 *supra*, uma pessoa é um centro de imputação jurídica, isto é, um termo aglutinador de situações jurídicas ativas e passivas.[346] Como sabido, as pessoas são classificadas em ***naturais*** (ou físicas) e ***jurídicas***.

---

[345] Não é feliz a expressão "***deslegalização***" (ou "***deslegificação***"), conceituada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (*Curso de direito administrativo*, p. 34) como a modalidade anômala de transferência de funções sem delegação "pela qual as casas legislativas ***abrem um espaço normativo***, quase sempre de natureza técnica, em que elas ***se demitem da função de criar certas normas legais*** para que ***outros entes***, ***públicos ou privados***, o façam, sob os limites e controles por ela estabelecidos, no exercício da competência implícita no *caput* do art. 48 da Constituição" (os grifos não constam no original).
Em primeiro lugar, enquanto categoria geral do direito público, as competências públicas são irrenunciáveis e indisponíveis para o seu titular. Com base nesse conceito geral de competência, já é possível dizer que o Poder Legislativo (seja qual for a esfera federativa) não pode "se demitir" de suas funções, tal como aponta o autor. Com efeito, como foi a Constituição que lhe conferiu essa função, não cabe ao órgão legislativo (que foi criado pela Lei Maior) afastar suas disposições e se recusar a exercer suas atribuições. O art. 48, *caput*, da Constituição não atribui, sequer implicitamente, tal competência ao Poder Legislativo, como se pode verificar pela sua redação: "Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre (...)".
Mas, além disso, a função legislativa não é passível de ***descentralização***, nem mesmo para *pessoas jurídicas de direito público* (daí, falar em "delegalização" para entes privados se mostra inadequado). Tal como ocorre na função jurisdicional, a Constituição determina que ela seja exercida pelos órgãos legislativos integrantes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. A simples leitura do art. 2º da Lei Maior já permite essa interpretação (conjugado com o princípio da simetria). Ademais, o Texto Constitucional configura o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, estabelecendo suas competências. Aos seus membros são conferidas prerrogativas específicas (imunidade parlamentar, vitaliciedade aos magistrados etc.), destinadas a assegurar a tais órgãos (e aos seus membros) a independência necessária para o exercício de suas funções.
Então, a chamada "deslegalização" somente pode ser imaginada na hipótese de se conferir à Administração Pública uma legítima competência discricionária, obedecida sempre a hierarquia normativa. Contudo, nessa situação, tal vocábulo se torna desnecessário, pois a teoria da discricionariedade administrativa enfrenta adequadamente a questão.

[346] "O ser sujeito-de-direito não corresponde sempre a um suporte fáctico, como ser homem, ser pluralidade de homens com fim comunal ou coletivo, ser um complexo de bens afetados a um fim (fundação), uma porção de serviços públicos com gestão autônoma (autarquia). O ser sujeito-de-direito é processo técnico de atuação, de que se vale o sistema jurídico. Do ponto de vista do conhecimento é uma construção auxiliar (Kelsen) para ordenar o material jurídico positivo" (VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*, p. 274).

São qualificados como *pessoas naturais* (ou físicas) os seres humanos. No direito brasileiro, os seres humanos adquirem personalidade jurídica – ou seja, capacidade jurídica – ao nascerem com vida (art. 2º do Código Civil). Sobre esse fato – o nascimento com vida – incidem diversas normas jurídicas, as quais conferem a tal pessoa um bloco de situações ativas e passivas, como, por exemplo, os direitos fundamentais consagrados na Constituição de 1988.

As pessoas naturais também podem ser destinatárias de competências administrativas. É o que ocorre com os notários e registradores, os quais se tornam agentes públicos mediante um processo de descentralização por colaboração (art. 236 da CF).

Além das pessoas naturais, o direito brasileiro também confere personalidade a um conjunto de outras pessoas, ou a um complexo de bens afetados a um fim (fundações). A essas, a ordem jurídica qualifica como *pessoas jurídicas*.[347]

As pessoas jurídicas são qualificadas como sendo de *direito público* e de *direito privado*. Essa é uma distinção fundamental, pois revela o regime jurídico de cada entidade. Mas, qual é o critério que distingue as duas modalidades de pessoas jurídicas?

A doutrina utilizou diversos critérios para diferenciar as duas figuras, como, por exemplo, os seguintes: (i) finalístico; (ii) da obrigatoriedade de perseguir o fim; (iii) da iniciativa na criação; (iv) da presença de poderes públicos de autoridade (ou poderes de império); (v) da relação com Estado; (vi) do lucro.[348]

---

[347] Sobre as teorias da ficção e da realidade, cfr., por todos, MAYNES, Eduardo Garcia. *Introduccion al estudio del derecho*, p. 278 e ss.

[348] De acordo com o critério do fim, as pessoas públicas são as que têm por finalidade a realização de interesses públicos, ao contrário do que ocorre em relação à pessoa privada. Esse critério é criticado, porque existem pessoas privadas que visam a promover interesses públicos, tais como as entidades de utilidade pública.

Outro critério de distinção propugna que, quando há obrigatoriedade da pessoa perseguir o fim para o qual foi constituída, estar-se-ia diante de uma pessoa pública. Do contrário, a pessoa seria privada. A crítica reside no fato de que há pessoas privadas que também estão obrigadas a perseguir o seu fim. É o caso das empresas estatais e das fundações privadas. Neste caso, inclusive, caberá ao Ministério Público velar pelo cumprimento de seus fins (art. 66, *caput*, do Código Civil).

Pelo critério da iniciativa na criação, seriam públicas as pessoas cuja origem decorresse de um ato estatal. O critério se mostra inútil porque o Estado também cria pessoas privadas (ex.: empresas estatais), mas nem por isso elas possuem personalidade de direito público.

Outro critério é aquele que vê na presença de poderes públicos de autoridade o traço distintivo das pessoas públicas e das pessoas privadas. Opõe-se que há pessoas privadas que também exercem tais poderes quando autorizadas por lei. É o que ocorre nas empresas estatais. Ademais, esse critério é frágil por identificar o direito público com a figura do poder público, o que se afigura inadequado (cfr. Cap. I, item 2.3).

Como bem aponta Celso Antônio Bandeira de Mello, é preciso diferenciar duas questões: a primeira reside na identificação da *natureza das pessoas públicas*; a segunda, na apuração de seus *traços exteriores*.[349] Ou, como coloca Vital Moreira, de um lado, há os *critérios de definição* da pessoa pública e, de outro, os *critérios de identificação*: uma coisa é saber "*o que é um ente público*", outra é saber "*como reconhecer*" uma pessoa como pública.[350]

4.1. Definição das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado

Para definir as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de

---

Também se procurou diferenciar a pessoa pública da pessoa privada em função da sua relação com o Estado. Seriam públicas as pessoas submetidas a um controle positivo pelo Estado, isto é, um controle quanto ao cumprimento do fim da pessoa. Já as pessoas privadas estariam sujeitas apenas a um controle negativo, de inexistência de ofensa às normas legais que disciplinam sua atuação. Esse critério também não é útil. Os casos da empresa estatal e da fundação privada são bons exemplos.

Costuma-se ainda apontar que a pessoa jurídica de direito público, ao contrário do que ocorre em relação às pessoas privadas, não visam à obtenção de lucro. É o critério do objetivo de lucro. De fato, as pessoas jurídicas de direito público não têm, como objetivo, o lucro. Qualquer excesso de receita da pessoa de direito público não se destina a uma distribuição entre "sócios", justamente porque esse conceito societário não se aplica aqui. Os recursos públicos existem para serem gastos na execução das atividades públicas. Eventual sobra de recursos, retornará para caixa único e será redistribuído no exercício orçamentário seguinte. Contudo, o critério não é útil, já que também existem pessoas privadas cuja finalidade não é lucrativa (associações e fundações).

Vale destacar que Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua clássica obra (*Natureza e regime jurídico das autarquias*, pp. 248 e 278), aborda o tema de forma aprofundada, indicando a posição de diversos autores, bem como os vários critérios aventados pela doutrina. Na doutrina brasileira, cfr. ainda BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*, v. II, pp. 193-200.

Convém mencionar que, conforme aponta Vital Moreira (*Administração autónoma e associações públicas*, pp. 268-269), há quem repute cada critério, tomado isoladamente, insuficiente e utilize mais de dois critérios. É, inclusive, essa a postura adotada pelo autor lusitano, ao definir pessoa pública como aquela que, na falta de uma qualificação legislativa, é criada pelo Estado ou outro ente público "primário" (o autor faz referência aqui às coletividades territoriais em Portugal), detenha prerrogativas de direito público, exorbitante de direito privado.

No direito brasileiro, Marçal Justen Filho (*Curso de direito administrativo*, p. 228) parece aglutinar mais de um critério ao definir pessoa jurídica de direito público como sendo a pessoa instituída por lei, com patrimônio formado por bens públicos ou provenientes da esfera pública, voltada para a realização de funções de interesse coletivo e investidas de "poderes autoritativos", privativos e próprios da autoridade pública. De outro lado, as pessoas privadas são as criadas por atos de direito privado, com patrimônio formado por bens provenientes da esfera pública ou privada, voltada ou não à realização de interesses coletivos, sendo vedada a atribuição de poderes de autoridade.

[349] "Uma coisa é perquirir a natureza jurídica dos entes públicos e outra coisa é buscar os traços exteriores através dos quais tal natureza se torna aparente. Daí poder afirmar-se que à análise intrínseca corresponde a investigação da natureza e à análise extrínseca corresponde a apuração das notas exteriores que servirão para extremar as duas classes de pessoas: públicas e privadas" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza e regime jurídico das autarquias*, p. 280).

[350] MOREIRA, Vital. *Administração autónoma e associações públicas*, p. 268.

direito privado, convém utilizar o *critério formal*.

Nesse sentido, *a pessoa jurídica* ***de direito público*** *corresponde ao* ***regime jurídico de direito público***.[351] É, pois, um *centro de imputação de normas públicas*. Isso significa que uma pessoa jurídica de direito público é aquela cujas ***situações ativas e passivas dizem respeito sempre a uma atividade pública***. É um ente que, necessariamente, está no exercício de uma função pública.

Em se tratando de pessoas ***administrativas*** públicas, esse regime será o de ***direito administrativo***. Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, "*pessoa pública administrativa é a que se rege pelo regime jurídico administrativo*".[352]

Por outro lado, uma ***pessoa jurídica privada*** *é um termo aglutinador de* ***normas de direito privado***. Esse é o seu regime jurídico característico e normal.

É preciso frisar que o fato de uma pessoa jurídica ser de direito público não significa que não possam incidir normas privadas. Contudo, isso ocorrerá em situações bem específicas, já comentadas anteriormente (Cap. I, item 4, e Cap. II, item 5.4). Exemplo: a Constituição (art. 51, IV, art. 52, XIII, art. 61, § 1º, II, "a", e art. 114) autoriza a adoção do regime de emprego público (isto é, regido pelo direito trabalhista), quando se tratar de funções subalternas, que não requeiram a tomada de decisão.[353]

Já no âmbito das pessoas de direito privado, como já afirmado, *o seu regime* ***característico*** *e* ***normal*** *é o de direito privado*. Logo, a criação, a organização e a extinção das pessoas jurídicas de direito privado seguem a legislação civil, em especial o Código Civil de 2002.

Todavia, em situações específicas, o direito público irá ***derrogar*** o regime de direito privado. É o caso das empresas estatais e das fundações estatais de direito privado.[354]

Assim, serão pessoas jurídicas de direito privado – e esse é um aspecto

---

[351] FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*, p. 142; MAZZA, Alexandre. *Agências reguladoras*, p. 91.
[352] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza e regime jurídico das autarquias*, p. 290.
[353] Cfr. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 265.
[354] Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito administrativo*, p. 481) afirma que, em relação às empresas estatais, o regime jurídico é híbrido, "porque, sob muitos aspectos, elas se submetem ao direito público, tendo em vista especialmente a necessidade de fazer prevalecer a vontade do ente estatal, que as criou **para atingir determinado fim de interesse público**". E, mais à frente, conclui que "a Administração confere às suas pessoas jurídicas privadas os meios de atuação do direito privado considerados mais adequados para a execução de determinadas atividades; mas, simultaneamente, as submete, em parte, ao regime administrativo, na medida considerada essencial para a consecução daqueles mesmos fins".

fundamental neste estudo, pois ele diz respeito à prestação de serviços públicos por *pessoas de direito privado – aquelas assim qualificadas pelo direito privado, ainda que o seu regime seja parcialmente derrogado pelo direito público*.

4.2. Traços característicos das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado. As entidades da Administração Pública indireta

No direito brasileiro, as características das pessoas jurídicas de direito público estão ***delimitadas na Constituição de 1988***. Não é necessário qualquer ato infraconstitucional para indicar quais são suas modalidades, tampouco seus caracteres.

Por isso, a rigor, os arts. 40 e 41 do Código Civil de 2002 são desnecessários.[355] Se eles não existissem, ainda assim as pessoas jurídicas de direito público interno seriam a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as autarquias. O inciso V do art. 41, ao estipular que terão personalidade jurídica de direito público as "demais entidades de caráter público, criadas por lei", nada acrescenta. Se uma lei criar uma nova pessoa de direito público, ela será uma *autarquia*. É o que fez a Lei 11.107/2005, quando admitiu a criação das "associações públicas" (art. 1º, § 1º); qualquer consórcio público com personalidade jurídica de direito público será uma autarquia. O consórcio de direito público não é, tal como arrolam alguns autores, uma nova forma de pessoa administrativa: trata-se pura e simplesmente de uma modalidade de *autarquia*.[356]

Aliás, não se pode deixar de observar que há uma inconstitucionalidade no parágrafo único do art. 41 do Código Civil. Isso porque *não existe – no regime constitucional brasileiro – pessoa jurídica de direito público com estrutura de direito*

---

[355] Para Romeu Felipe Bacellar Filho (*Direito administrativo e o novo Código Civil*, p. 125), o art. 41 do Código Civil não trata de matéria de cunho civil, "dada sua nítida inserção no Direito Administrativo. É a Constituição que cuida dos entes da Administração Pública, notadamente nos artigos 22, inciso XXVII; 37 (incisos XVII, XIX e XX) e 173".

[356] Nesse sentido: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*, p. 132; BORGES, Alice Gonzalez. Os consórcios públicos na sua legislação reguladora. *REDE*, nº 3, pp. 10-11; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, p. 488; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 536; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 289. Em sentido diverso, isto é, considerando existir uma nova pessoa administrativa: JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, pp. 246-247; MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Consórcios públicos: comentários à Lei 11.107/2005*, pp. 74-75.

privado.[357] Sua redação é de tal modo esdrúxula que nem mesmo por meio da *técnica da interpretação conforme à Constituição* é possível conferir um sentido constitucional a esse dispositivo.

As pessoas administrativas de direito público (isto é, as autarquias) possuem um regime bem definido na Constituição. Nesse sentido, é possível indicar, exemplificativamente, algumas das decorrências do regime de direito público das autarquias:

(a) Sua criação e extinção somente ocorre mediante lei (art. 37, XIX, da CF).

(b) Os seus atos jurídicos serão de direito administrativo, possuindo, ao menos, presunção de legitimidade.

(c) Estão sujeitas, em matéria não contratual, à responsabilidade patrimonial objetiva (art. 37, § 6º, da CF).

(d) Seus bens são impenhoráveis, havendo submissão a um regime próprio de execução (art. 100 da CF).

(e) O regime normal de seu pessoal será o *estatutário*, isto é, de cargo público, o qual garante aos seus titulares uma série de garantias (em especial a estabilidade e a disponibilidade remunerada) *necessárias ao adequado cumprimento dos fins perseguidos pela entidade* (art. 39, *caput*, e art. 41 da CF).[358]

---

[357] Nos termos do art. 41, parágrafo único, do Código Civil: "Salvo disposição em contrário, as pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado, regem-se, no que couber, quanto seu funcionamento, pelas normas deste Código".

[358] É fundamental destacar a razão pela qual são assegurados aos servidores titulares de cargos efetivos os direitos à estabilidade e disponibilidade remunerada. Ao tratar do regime jurídico único (art. 39, *caput*, da CF) e da possibilidade de convivência do regime de emprego (isto é, regido pela legislação trabalhlista) nas pessoas jurídicas de direito público, Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, pp. 266-267) escreve que o regime normal dos servidores públicos só pode ser o *estatutário*.

"Tal regime [o estatutário], atributivo de proteções peculiares aos providos em cargo público, almeja, *para benefício de uma ação impessoal do Estado* – o que é uma garantia para todos os administrados –, ensejar aos servidores condições propícias a um desempenho técnico isento, imparcial e obediente tão só a diretrizes político-administrativas inspiradas no interesse público, embargando, destarte, o perigo de que, por falta de segurança, os agentes administrativos possam ser manejados pelos transitórios governantes em proveito de objetivos pessoais, sectários ou político-partidários – que é, notoriamente, a inclinação habitual dos que ocupam a direção superior do país. A *estabilidade* para os concursados, após três anos de exercício, a *reintegração* (quando a demissão haja sido ilegal), a *disponibilidade remunerada* (no caso de extinção do cargo) e a *peculiar aposentadoria* que se lhes defere consistem em benefícios outorgados aos titulares de cargos, mas não para regalo destes e sim para propiciar, em favor do interesse público e dos administrados, uma atuação impessoal do Poder Público.

É dizer: *tais proteções representam, na esfera administrativa, função correspondente à das imunidades parlamentares na órbita legislativa e dos predicamentos da Magistratura, no âmbito jurisdicional*".

(f) Existência de um mecanismo de controle, o qual irá variar conforme cada lei de criação das autarquias.[359]

Há ainda outras normas aplicáveis às pessoas administrativas de direito público, que conferem à autarquia seu perfil constitucional. Note-se que, aqui, está-se fazendo referência a todas as formas de autarquias, quais sejam: (i) corporativas; (ii) formadas a partir de bens afetados a um fim público (são as fundações públicas); (iii) as geográficas ou territoriais (atualmente inexistentes); e as (iv) derivadas de consórcios públicos.

O último traço a ser destacado é de extrema relevância. Conforme os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, somente as autarquias poderão ser ***titulares*** *de interesses públicos*, ao contrário das empresas estatais, as quais "podem apenas receber qualificação para o exercício de atividades públicas; não, porém, para titularizar as atividades públicas".[360]

Assim, se é possível imaginar uma autarquia cujo controle (tutela) da Administração direta é inexistente (tal como ocorre nos conselhos profissionais), o mesmo não se pode cogitar em relação às empresas estatais e fundações estatais de direito privado. Ademais, é por essa razão que *a autarquia poderá ser utilizada para a descentralização de* ***qualquer atividade administrativa****, isto é, de qualquer competência* ***administrativa***.

Em relação às pessoas jurídicas de direito privado, como já se mencionou, a elas é aplicável, de modo ordinário, o ***direito privado***. A competência legislativa para dispor sobre o tema é privativa da União (art. 22, I, da CF).

---

[359] "Não existe um modelo único e predeterminado de organização e definição das competências das autarquias. Cabe à lei, ao criar uma autarquia, disciplinar esse tema. Tampouco existe um modelo único e uniforme no tocante à autonomia atribuída a uma autarquia" (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 239).
É em vista disso que não se inseriu, como elemento integrante do regime de todas as autarquias, a figura da ***tutela administrativa***. Esta consiste no controle do Poder Executivo do ente federativo sobre a autarquia. No âmbito federal, há a regra geral do art. 26, parágrafo único, do Decreto-lei 200/1967, o qual prevê as medidas de "supervisão ministerial". Entretanto, no âmbito federal, a lei que cria a autarquia pode estabelecer um regime incompatível com as medidas do art. 26 do Decreto-lei citado. Ademais, não se pode deixar de destacar que determinadas autarquias não estarão submetidas a esse tipo de controle. O melhor exemplo são os conselhos profissionais. Não há, sobre eles, qualquer vínculo com a Administração direta do Estado, embora estejam submetidos a controle, tanto interno, como externo (pelo Tribunal de Contas da União e pelo Poder Judiciário).

[360] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, pp. 164-165. Alexandre Mazza (*Agências reguladoras*, p. 92) escreve que "a personalidade de direito público permite às autarquias titularizar as tarefas públicas atribuídas pela lei, que passam a ser suas tarefas, no sentido de não mais pertencerem ao domínio da Administração Pública Direta".

Entretanto, tal como já mencionado, é possível a criação de pessoas de direito privado cujo regime é derrogado pelo direito público. Isso é possível porque a Constituição autoriza os entes políticos a criar essas formas de pessoas jurídicas, seja para descentralizar uma competência administrativa, seja para intervir na ordem econômica (art. 173 da CF). São as *empresas públicas*, *sociedades de economia mista* e *fundações estatais de direito privado* (sendo que esta última não pode ser usada para intervenção na ordem econômica).

Essas pessoas serão objeto de exame mais detido no Capítulo VI deste estudo. De todo modo, é possível indicar, de modo exemplificativo, as seguintes derrogações de direito público ao seu regime privado:

(a) Dever de respeitar os princípios da Administração Pública (art. 37, *caput*, da CF).

(b) Dever de realizar concurso público para acesso aos empregos públicos (art. 37, II, da CF).

(c) Sua criação deverá ser autorizada por lei (art. 37, XIX, da CF).

(d) A criação de subsidiárias depende de autorização legislativa (art. 37, XX, da CF).

(e) A sua responsabilidade patrimonial, em matéria extracontratual, será objetiva apenas se estiver no desempenho de atividades administrativas (art. 37, § 6º, CF).

(f) As contas dos administradores deverão ser aprovadas pelo respectivo Tribunal de Contas (art. 71, II, da CF).

Quanto às empresas estatais, o regime poderá ser um pouco diverso, conforme se trate de uma prestadora de serviço público (ou de outras atividades administrativas) ou de uma exploradora de atividade econômica. No primeiro caso, por se tratar de um processo de descentralização administrativa, a empresa estatal estará sujeita a maiores influxos do direito público. Por outro lado, em se tratando de utilização da empresa estatal para intervir na ordem econômica (art. 173 da CF), as derrogações de direito público serão apenas aquelas previstas na Constituição de 1988.[361]

Vale ainda frisar que, neste trabalho, acompanha-se a corrente doutrinária que entende ser possível haver fundações com personalidade de direito público e fundações

[361] O tema será aprofundado no Cap. VI, item 2.2.

de direito privado instituídas pelo Poder Público.[362] No primeiro caso, a fundação nada mais será do que uma *autarquia*, seguindo o respectivo regime, inclusive no que se refere à sua criação, *realizada sempre por lei*, já que o art. 37, XIX, da CF prevê tal situação para as autarquias (sejam elas fundações ou não). Já as *fundações estatais de direito privado* (ou *fundações estatais privadas*) seguirão o direito privado, com as derrogações de direito público previstas na Constituição e na legislação ordinária. Ressalte-se que, nessa hipótese, sua criação será *autorizada pela lei*, conforme prevê o mesmo dispositivo constitucional.[363]

O tema – empresas estatais e fundações estatais de direito privado – será retomado no Capítulo VI, quando for abordado o regime de prestação de serviços públicos por tais entidades.

Por fim, deve ser destacado que a expressão "Administração Pública indireta" corresponde às autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações estatais de direito privado. Como se pode perceber, os conceitos de "Administração indireta" e "Administração descentralizada" não são correspondentes, por duas razões. Em primeiro lugar, porque nem todas as entidades da

---

[362] Essa posição – que é a dominante, principalmente após a Constituição de 1988 – é postulada pelos seguintes autores: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*, pp. 120-121; ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*, p. 209; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o novo Código Civil*, p. 127; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*, p. 123; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 490 e ss.; FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*, pp. 161-164; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 245; MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, pp. 90-91; MODESTO, Paulo. As fundações estatais de direito privado e o debate sobre a nova estrutura orgânica da administração pública. *RERE*, nº 14, p. 8; OLIVEIRA, Fernando Andrade de. *Direito administrativo: origens, perspectivas e outros temas*, p. 240; SUNDFELD, Carlos Ari; CAMPOS, Rodrigo Pinto de; PINTO, Henrique Motta. Regime jurídico das fundações governamentais. *Introdução ao direito administrativo*, pp. 271-273.

Dentre os autores que entendem haver somente fundações com personalidade jurídica de direito público, cfr.: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, pp. 190-191; CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*, v. I, pp. 76-81; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*, p. 149; MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*, p. 142.

Mesmo após a Constituição de 1988, há ainda quem defenda que as fundações terão sempre personalidade jurídica de direito privado: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, pp. 514-518 (este autor, embora entenda ser mais adequado tratar as fundações como pessoas de direito privado, aborda a matéria em vista da posição – que reputa majoritária – que qualifica as fundações como espécies de autarquias); MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, pp. 329-332; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 300 (este jurista entende que a expressão "autarquia fundacional" é inútil); PESSOA, Robertônio Santos. Administração pública indireta. *Direito administrativo econômico*, p. 195.

[363] Sobre a questão da diferença da forma de criação das fundações criadas pelo Poder Público, cfr. item 3.1 do Cap. VI.

Administração indireta executam suas atividades em função de um processo de descentralização de competências administrativas (é o caso das empresas estatais exploradoras de atividades econômicas). Em segundo, porque há pessoas privadas que executam atividades administrativas em função de um processo de descentralização (*v.g.*, concessionárias de serviço público), que não são integrantes da Administração Pública indireta.

5. Finalidade da descentralização administrativa

Pelo que foi exposto até o momento já é possível perceber que a descentralização administrativa nada mais é do que uma ***técnica de organização administrativa***. Consiste, pois, num mecanismo voltado para a melhor execução das tarefas públicas. Como já dizia Ruy Cirne Lima, ela é, fundamentalmente, "uma forma de divisão do trabalho. Informa-a um princípio econômico".[364]

Por consequência, a descentralização administrativa tem, como finalidade, promover a *eficiência administrativa*, prevista no art. 37, *caput*, da Constituição de 1988. O objetivo da descentralização administrativa é simples: ser um meio para que o Poder Público possa transferir suas competências para outras pessoas, por considerar que, em tese, tal medida levará a uma melhor execução das atividades públicas.[365] Em última análise, o objetivo é proporcionar uma melhora na realização das atribuições públicas, sempre tendo em vista o benefício aos administrados.

A descentralização administrativa não tem, pois, uma finalidade *política-ideológica*. Ela não se relaciona com o posicionamento político do eventual governante sobre um modelo de Estado (mínimo, subsidiário etc.). Enquanto técnica de organização administrativa, os objetivos da descentralização são claros: proporcionar *maior eficiência administrativa*. Isso significa que a descentralização administrativa se volta à melhor realização dos fins que norteiam a execução da atividade administrativa.

Evidentemente, como a descentralização sempre depende de lei, haverá um espaço de discricionariedade para o legislador na criação (ou autorização para a criação)

---

[364] LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*, p. 146.

[365] Conforme Robertônio Santos Pessoa (Administração pública indireta. *Direito administrativo econômico*, p. 191), o "processo de descentralização administrativa decorre da necessidade de racionalização da vida social. Este processo implica numa especialização dos novos entes estatais componente da Administração indireta".

de pessoas administrativas (isto é, as pessoas integrantes da Administração Pública indireta). Nesse espaço de discrição – o qual, portanto, não é passível de controle de constitucionalidade – certamente influirão as concepções políticas, o que é natural. Não havendo ofensa à Constituição, não haverá invalidade. De todo modo, o fim visado na descentralização será sempre uma melhor execução das atividades administrativas.

De igual modo, quando a decisão pela descentralização se colocar no âmbito de competência da Administração Pública, a motivação deverá ser a mesma. Também poderá haver aqui um espaço de discricionariedade administrativa em que as concepções políticas dos agentes administrativos poderão influenciar. Porém, tal como apontado acima, inexistindo ofensa à ordem legal e constitucional e se a descentralização estiver voltada para a melhor execução das atividades administrativas, o ato não será inválido.

Na mesma linha, Pedro Gonçalves – ao analisar o tema sob a perspectiva do desempenho privado de função administrativa – tem razão quando assevera que a delegação de funções para pessoas privadas *não tem qualquer relação com a democracia participativa*. Não se visa, com esse instrumento, a aumentar a participação dos administrados na gestão pública. Consiste pura e simplesmente numa medida voltada para a melhor realização dos fins públicos. Consiste numa "pluralização da Administração", ou numa "pluralização técnica".[366]

Apresentada a finalidade da descentralização administrativa, convém agora indicar suas características.

6. Características da descentralização administrativa

A descentralização administrativa, seja qual for a modalidade, possui determinadas características.

Em primeiro lugar, somente haverá descentralização quando ocorrer transferência de competências administrativas *entre* ***sujeitos de direito***. A descentralização administrativa pressupõe duas pessoas diferentes: uma titular originária da competência e outra, descentralizada (que terá a titularidade ou somente o exercício).

---

[366] GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, pp. 664-666.

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o ente descentralizado possuirá *capacidade de autoadministração*, ou seja, "capacidade de gerir os próprios negócios", ao contrário do que ocorre na descentralização política, em que os entes políticos terão também autonomia política.[367]

Isso traz como consequência jurídica a ***ausência de vínculo de hierarquia*** *no âmbito da descentralização*.[368] Entretanto, isso não exclui uma *relação de controle* entre o ente descentralizador e o descentralizado. Na relação entre a Administração direta e a Administração indireta, esse vínculo é denominado de ***tutela***, cujos limites estão fixados na lei que criou ou autorizou a criação da pessoa administrativa descentralizada. Aliás, por vezes, tal controle é tão intenso que é como se houvesse, na prática, verdadeira hierarquia. Porém, mesmo nesses casos, não se trata juridicamente de relação de hierarquia, mas apenas de controle. Essa é, inclusive, a diferença fundamental entre descentralização e desconcentração administrativas.

Frise-se que essa relação de controle também existe quando a descentralização é realizada para pessoas privadas não integrantes da Administração indireta. Entretanto, ela se opera de maneira diversa. Aqui, não se controla a pessoa descentralizada, mas sim o cumprimento adequado da atividade pública por ela desempenhada.

A terceira característica da descentralização administrativa é extremamente relevante. Conforme exposto no item 3 acima, a descentralização leva a uma transferência de ***competências administrativas***, isto é, a um ***bloco de situações ativas e passivas relativas a uma atribuição administrativa*** do ente público para outro sujeito de direito. Este passará a ser, conforme o caso, o *titular* de tais situações ativas e passivas, ou então deverá *exercer* tais situações jurídicas. Assim, embora por uma questão de pragmatismo linguístico se afirme haver uma descentralização de atividades administrativas (de tarefas ou de atribuições), em verdade, o que ocorre é uma descentralização de ***competências administrativas***, ou seja, de um conjunto de situações jurídicas ativas e passivas que incidem sobre determinada atribuição administrativa.

Isso traz algumas consequências relevantes.

Primeiramente, a descentralização somente poderá ocorrer *se houver* ***lei*** *que autorize*. Por vezes, é a própria lei que realiza a descentralização (é o caso das

---

[367] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*, pp. 43-44.
[368] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza e regime jurídico das autarquias*, p. 83.

autarquias). No entanto, mesmo quando a descentralização ocorre mediante atos infralegais (*v.g.*, concessão, permissão), é preciso que um ato legislativo assim autorize a Administração Pública.

Em segundo lugar, fica evidente que a intervenção do Estado na economia por meio de empresas estatais – nos termos do art. 173 da Constituição – *não consiste em descentralização administrativa*. Nessa hipótese, o Estado *intervém* no espaço próprio dos sujeitos privados. Aqui, o Estado não possui a titularidade de uma competência pública; não está em pauta qualquer atividade administrativa. É essa a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello[369] e Maria Sylvia Zanella Di Pietro.[370]

Essa é uma observação muito importante, já que é em razão disso que será definido o regime jurídico da empresa estatal. Se ela derivar de um processo de descentralização administrativa, isto é, se a ela for transferida o exercício de uma competência administrativa (de uma atividade administrativa), ela será reputada como *empresa estatal prestadora de serviços públicos* (isto é, empresa estatal executora de atividades administrativas). Do contrário, se não houver transferência de competências administrativas, então será uma empresa estatal exploradora de atividade econômica, sendo a ela aplicável o regime do art. 173 da Lei Maior.

Note-se que isso vale também para a descentralização realizada em qualquer esfera federativa. Mas, especificamente em relação aos Estados, Distrito Federal e Municípios, se houver uma descentralização de competência ***própria desses entes***, a empresa estatal será uma executora de atividade administrativa. No entanto, se tais entes políticos criarem empresas estatais para prestarem serviços públicos de ***titularidade de outro ente político***, haverá duas possibilidades.

Pela primeira, tais empresas serão exploradoras de atividade econômica, sendo

---

[369] "Se a atividade ou serviço não se qualifica como administrativa, não há descentralização *administrativa*. Outrossim, como só tem sentido o falar-se em descentralização quando o objeto a ser descentralizado compete ao centro, só em face de *atividades públicas e atividades administrativas*, que são inerentes ao Estado, é que se coloca o problema. *Logo, é despropositado cogitar de descentralização administrativa quando se tratar de atividade de direito privado – ainda que desempenhada por uma pessoa governamental*" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*, p. 11).

[370] "Quando o Estado exerce uma atividade que não é própria do Estado, mas da iniciativa privada, não se cogita de descentralização propriamente dita. É o que ocorre quando ele assume uma atividade econômica com base no art. 173 da Constituição Federal; ao criar uma empresa estatal para desempenhar essa atividade, o Estado não está transferindo uma atividade sua (pois ninguém transfere mais poderes do que tem) mas saindo de sua órbita de ação para atuar no âmbito da atividade privada, a título de intervenção no domínio econômico" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*, p. 44).

a elas aplicável o regime do art. 173 da CF. Nessa hipótese, se quiserem contratar com outros entes federativos, deverão participar de licitações públicas. É o que ocorre em relação a empresas prestadoras de serviços de energia elétrica, por exemplo. As empresas estatais de Estados que atuarem nesse campo serão classificadas como exploradoras de atividade econômica.

Porém, nos casos de gestão associada de serviços públicos por meio de convênios de delegação, no qual o Estado, o Distrito Federal ou o Município criam uma empresa estatal para prestar o serviço público, o regime de tal empresa não será aquele concernente ao de uma empresa estatal exploradora de atividade econômica. Isso ocorre porque, nesse caso, o ente político é delegado de uma competência pública, tendo optado pela descentralização de sua execução a uma empresa estatal. Aqui há um processo de descentralização. Na prestação de serviços públicos portuários, tal medida é muito comum, por força da Lei 9.277/1996. O serviço portuário é federal; porém, ele é delegado a Estados e Municípios por meio de convênio. Estes, por seu turno, descentralizam a *execução* de tal competência ao criarem pessoas administrativas, inclusive empresas estatais. O tema será retomado no Capítulo VI deste estudo.

Em suma, na descentralização administrativa, estarão presentes as seguintes características: (i) *transferência de competências entre pessoas distintas, não havendo descentralização realizada para órgãos da pessoa titular da atividade*; (ii) *a relação de controle entre ente descentralizador e descentralizado não é de hierarquia*; e (iii) *só haverá descentralização de* ***competências administrativas****, ou seja, deverá estar em pauta a execução de uma atividade administrativa*.

7. Modalidades de descentralização administrativa

No direito francês, a doutrina identifica somente duas formas de descentralização: aquela realizada com base no critério *territorial* e a *por serviços* (também denominada de *técnica* ou *funcional*).[371] Talvez sob tal influência, Oswaldo

[371] Na doutrina francesa, é comum haver apenas a indicação dessas duas modalidades de descentralização. Aliás, a descentralização territorial ou geográfica dá nascimento às "coletividades locais", sendo que a descentralização por serviços consiste na criação dos "estabelecimentos públicos". Cfr. CHAPUS, René. *Droit administratif général*, t. I, p. 405 e ss.; GAUDMET, Yves. *Traité de droit administratif*, t. 1, p. 122-123; MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Droit administratif*, p. 149. No direito argentino, Juan

Aranha Bandeira de Mello tenha arrolado unicamente essas duas hipóteses como formas de descentralização administrativa.[372]

Todavia, o que se percebe, é que grande parte dos autores brasileiros de cursos e manuais não tem procurado classificar as formas de descentralização. Lúcia Valle Figueiredo, por exemplo, conceitua a descentralização administrativa de modo a fazer referência apenas à transferência de competências realizadas a entes da Administração Pública indireta (isto é, para autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista).[373] Essa também é a postura de outros juristas brasileiros.[374]

Contudo, não é incomum encontrar doutrinadores que fazem referência, além das duas formas de descentralização acima mencionadas, à chamada *descentralização por colaboração*, feita para entes não integrantes da estrutura administrativa, como, por exemplo, os concessionários de serviço público. Note-se ainda que alguns autores não fazem alusão a tal expressão, embora reconheçam o fenômeno como forma de descentralização administrativa.[375]

A melhor orientação está com aqueles que diferenciam as três figuras, tendo em vista que *o direito positivo brasileiro atribui* ***regimes jurídicos distintos*** *a essas formas de transferência de competências administrativas*. Logo, é ***útil*** conferir denominações diferentes a tais fenômenos normativos.[376]

Carlos Cassagne (*Derecho administrativo*, t. I, p. 269) também só faz referência à descentralização territorial e funcional.

[372] BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*, v. II, p. 180.

[373] FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*, p. 85.

[374] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*, pp. 106-108; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*, pp. 18-20; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*, p. 101; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, pp. 447-448; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 232 e ss.; MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*, p. 133; MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, p. 67; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, pp. 636-637.

[375] ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*, pp. 170-176; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 151 e ss., *Prestação de serviços públicos e administração indireta*, pp 27-29, e *Natureza e regime jurídico das autarquias*, pp. 85-90; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, pp. 467-471, e *Parcerias na administração pública*, pp. 43-50; GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*, p. 368-370. No direito mexicano, Gabino Fraga (*Derecho administrativo*, p. 201) também indicava três formas de descentralização: por região, por serviço e por colaboração. Na Colômbia, Álvaro Tafur Galvis (*Las entidades descentralizadas*, p. 19) também faz referência à descentralização por colaboração.

[376] Vale anotar que o Decreto-lei 200/1967 inclui, dentre as formas de descentralização, a prestação de serviços públicos por concessionários e permissionários (art. 10, § 1°, "c"). Entretanto, tal diploma legal não foi citado no corpo do texto, porque também confunde a descentralização com a desconcentração (art.

Antes, porém, de tratar das três hipóteses de descentralização, vale observar que as modalidades de descentralização obedecem a critérios diversos de classificação. Enquanto a descentralização territorial e a funcional são realizadas para entes que *serão integrantes da Administração Pública indireta*, o mesmo não ocorre na descentralização por colaboração, pois a delegação de competências será realizada para *pessoas privadas*, *sem qualquer vínculo orgânico com o Poder Público descentralizador*.

Então, de um lado, há a descentralização feita a pessoas integrantes da Administração indireta e, de outro, a descentralização por colaboração. No primeiro grupo, é possível fazer outra distinção: aquelas que serão titulares de competências genéricas dentro de um território (descentralização territorial), as que serão titulares ou somente terão o exercício de competências administrativas específicas (descentralização técnica). A diferença se funda na generalidade ou especificidade das competências descentralizadas.[377] Convém abordar as três figuras em separado.

7.1. Descentralização territorial (ou geográfica)

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, descentralização territorial (ou geográfica) é aquela realizada a uma entidade local, geograficamente delimitada e dotada de personalidade jurídica de direito público, a qual possuirá "capacidade administrativa genérica".[378]

Tal forma de descentralização possui maior utilidade em Estados Unitários, tais como a França e a Itália. No Brasil, sua relevância é pequena. Só não se afirma que estudar essa forma de descentralização é uma tarefa inútil, porque a Constituição de 1988 admite a sua criação no seu art. 33, *caput*, ao estabelecer que a "lei disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos Territórios". Então, trata-se de um dado do direito positivo que não se pode desconsiderar.

Da leitura do dispositivo constitucional, fica claro que o território – que, uma

---

10, § 1º, "a"). Assim, como esse diploma é, em larga medida, aplicável apenas à Administração Pública federal, optou-se por citá-lo apenas nesta nota de rodapé.

[377] Também seria possível agrupar de forma distinta. De um lado, há os entes cuja descentralização envolvem a transferência de competências genéricas, e outros cuja competência será específica. No primeiro grupo, há a descentralização territorial. No segundo, a descentralização técnica e por colaboração, que se distinguem pelo fato de, na descentralização funcional, haver a criação de uma pessoa jurídica integrante da Administração Pública, o que não ocorre na descentralização por colaboração.

[378] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*, p. 44.

vez criado, será uma autarquia federal – terá competência administrativa genérica sobre o espaço geográfico previsto em lei. Ademais, a autarquia territorial também terá competência em matéria judiciária.

Como no Brasil não existem mais territórios, a descentralização geográfica não possui qualquer relevância prática. De todo modo, a Constituição a prevê.

7.2. Descentralização técnica (ou funcional)

A segunda forma de descentralização administrativa é denominada de ***técnica*** ou ***funcional***.[379] Nesse caso, a pessoa política *cria* uma *pessoa jurídica de direito público ou privado*, a qual será ***integrante da Administração Pública indireta***, com o propósito de descentralizar uma competência administrativa *específica*.

Como se pode perceber, essa forma de descentralização possui algumas características.

Primeiramente, a descentralização técnica ocorrerá sempre por meio de uma ***lei***. Caberá ao ato legislativo *arrolar as atribuições a serem executadas pela entidade administrativa e lhe conferir o conjunto de situações ativas e passivas referentes a tal atividade*.

Em segundo lugar, as competências administrativas descentralizadas serão *específicas*. Dizem respeito, pois, a uma atividade administrativa determinada, a qual a pessoa administrativa terá o dever de executar e da qual não poderá se afastar, sob pena de desvio de finalidade. Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro, trata-se do *princípio da especialidade*, aplicável tanto às pessoas jurídicas de direito público como às pessoas de direito privado.[380]

---

[379] Embora essa forma de descentralização também seja chamada de descentralização *por serviços*, opta-se por não utilizar essa denominação. Tal locução ("por serviços") não é adequada, já que remete a uma concepção ampla de serviço público, correspondente a todas as atividades administrativas. Como neste trabalho tal acepção ampla de serviço público é afastada (cfr. Cap. IV), mostra-se conveniente não utilizar a expressão "descentralização por serviços".

[380] "Quando o Estado cria pessoas jurídicas públicas administrativas – as autarquias – como forma de descentralizar a prestação de serviços públicos, com vistas à especialização de função, a lei que cria a entidade estabelece com precisão as finalidades que lhe incumbe atender, de tal modo que não cabe aos seus administradores afastar-se dos objetivos definidos na lei; isto precisamente pelo fato de não terem a livre disponibilidade dos interesses públicos.
Embora esse princípio seja normalmente referido às **autarquias**, não há razão para negar a sua aplicação quanto às demais pessoas jurídicas, instituídas por lei, para integrarem a Administração Pública Indireta. Sendo necessariamente criadas ou autorizadas por lei (conforme norma agora expressa no artigo 37,

Aliás, aqui reside a terceira característica da descentralização técnica: as competências poderão ser transferidas a uma *pessoa jurídica de direito público*, ou a uma *pessoa jurídica de direito privado*.

Há, aqui, uma diferença fundamental. Enquanto a autarquia (seja qual for a sua espécie), por ser uma pessoa jurídica de direito público, será ***titular*** da competência administrativa descentralizada, à pessoa jurídica de direito privado (empresa estatal ou fundação estatal de direito privado) será descentralizado apenas o ***exercício*** da competência administrativa.

7.3. Descentralização por colaboração

A ***descentralização por colaboração*** consiste na *transferência de competências administrativas a pessoas privadas, naturais ou jurídicas*, realizada sempre mediante *ato administrativo* (unilateral ou bilateral).[381]

Embora a transferência das competências ocorra mediante ato administrativo – unilateral (como a autorização de serviço público), bilateral (concessão e permissão de serviço público, convênio de delegação para gestão associada de serviços públicos) – o seu fundamento será sempre a ***lei***. Não é possível realizar essa forma de descentralização se não houver a autorização legal para tanto.

O segundo ponto a ser destacado reside no fato de que o ato administrativo não transfere a titularidade da competência pública, mas apenas o seu *exercício*. De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, neste caso "o que se transfere é pura e simplesmente o exercício da atividade. Há mera atribuição de função ou serviço a particular para o que o desempenhe *se, quando, como e enquanto* o Poder Público o

---

incisos XIX e XX, da Constituição), tais entidades não podem desvirtuar-se dos objetivos legalmente definidos. Com relação às sociedades de economia mista, existe norma nesse sentido, contida no artigo 237 da Lei nº 6.404, de 15-12-76, em cujos termos 'a companhia de economia mista somente poderá explorar os empreendimentos ou exercer as atividades previstas na lei que autorizou a sua constituição'. Significa que nem mesmo a Assembleia Geral de acionistas pode alterar esses objetivos, que são **institucionais**, ligados ao interesse público indisponível pela vontade das partes interessadas" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, pp. 69-70).

[381] Mário Masagão (*Curso de direito administrativo*, p. 77 e ss.) confere à expressão "descentralização por colaboração" uma acepção mais ampla, a fim de incluir até mesmo as autarquias. Como foi possível verificar, não é esse o sentido aqui adotado.

desejar".[382]

Até mesmo em função disso, a descentralização por colaboração não poderá ser realizada no âmbito de qualquer atividade administrativa, como será visto no item 8 abaixo.

Ademais, como lembra Maria Sylvia Zanella Di Pietro, nem toda forma de parceria na Administração Pública consiste em descentralização por colaboração, tal como ocorre na celebração de termos de parceria com as OSCIPs e na celebração de convênios com entidades de utilidade pública. Aqui, está em pauta a atividade de fomento administrativo. Para a autora, essencial ao conceito de descentralização é a ideia de transferência da gestão de serviço público ou de outra atividade própria do Estado, o que não ocorre no fomento à iniciativa privada.[383]

De fato, para que ocorra a descentralização por colaboração é preciso que esteja presente uma ***delegação de competências administrativas***. É interessante aprofundar esse tema.

7.3.1. A delegação de competências administrativas. A figura da "outorga"

O conceito de delegação de competências – se não chega a ser um dos mais complexos do direito público tal como afirma Gallego Anabitarte[384] – também não é um dos mais simples. Tal expressão é usada pelos textos normativos e pela doutrina de maneiras diversas.

A Constituição de 1988 faz menção ao termo delegação em alguns dispositivos. Convém citar alguns. No art. 49, V, prevê que o Congresso Nacional poderá "sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa". O art. 68 faz alusão às leis delegadas, em que o Congresso Nacional delega ao Poder Executivo a competência para elaborar leis, atendidos determinados requisitos e limites. O art. 93, XIV, possibilita que lei complementar disponha sobre a delegação dos magistrados aos servidores de atos de mero expediente, sem caráter decisório. O art. 84, parágrafo único, autoriza o Presidente

[382] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza e regime jurídico das autarquias*, p. 93. Em igual sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*, p. 46.
[383] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 47.
[384] ANABITARTE, Alfredo Gallego. Transferencia y descentralización; delegación e desconcentración; mandato y gestión o encomienda: teoría jurídica y derecho positivo. *RAP*, nº 122, p. 49.

da República a delegar aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República e ao Advogado-Geral da União (os quais observarão os limites traçados nas respectivas delegações) as seguintes atribuições: (i) dispor, mediante decreto, sobre a organização e funcionamento da Administração federal (quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos), bem como sobre a extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos (art. 84, VI); (ii) conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos por lei (art. 84, XII); e (iii) prover cargos públicos, na forma da lei. Por fim, vale destacar o art. 236, o qual prevê que os "serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público".

Como se pode perceber, a Constituição faz referência ao termo "delegação" para situações relativamente distintas. A delegação legislativa é um ato entre órgãos independentes e o seu objetivo é o de transferir a possibilidade de elaboração de leis. Então, trata-se de ato relativo ao exercício da função legislativa.

Além disso, o Texto Constitucional trata da delegação de atividades meramente instrumentais no âmbito do exercício de função jurisdicional, sem qualquer caráter decisório. Aqui, há relação entre dois órgãos/agentes em relação hierárquica.

Já a situação do art. 84 admite a delegação de competências do Chefe do Poder Executivo para dois subordinados (Ministro de Estado e Advogado-Geral da União), ou para o Chefe de outro órgão independente.

No âmbito infraconstitucional, interessa destacar o conceito de delegação previsto no art. 12, *caput*, da Lei 9.784/1999. Conforme tal dispositivo, um órgão administrativo e o seu titular poderão, não havendo impedimento legal, "delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial". Dessa forma, aqui há uma transferência da competência entre órgãos e titulares de cargos públicos. Pela LPAF, o ato de delegação – que não poderá versar sobre determinadas situações jurídicas previstas no art. 13 – especificará as matérias e poderes transferidos, os limites de atuação do delegado, a duração e os objetivos da delegação (art. 14, § 1º). O ato de delegação é discricionário, tanto que pode ser revogado a qualquer tempo (art. 14, § 2º).

Por sua vez, a Lei 8.987/1995 prevê que a concessão e a permissão de serviço

público são formas de delegação da sua prestação (art. 2º, II, III e IV).

Note-se que, na doutrina, é comum encontrar o conceito de delegação vinculado ao de hierarquia. A delegação de competências somente poderia ocorrer do órgão ou agente superior a órgão ou agente subordinado. Nesse sentido, a delegação é uma das consequências do poder hierárquico.[385]

Entretanto, na doutrina brasileira, já de algum tempo se tem entendido que a delegação pode ser realizada para órgãos ou agentes em relação de hierarquia (delegação vertical), ou que sejam "paralelos", isto é, não estejam na mesma linha hierárquica (delegação horizontal).[386] Com o art. 12 da LPAF, se poderia haver alguma discussão quanto a essa possibilidade, ela foi afastada.

Aliás, também é comum a doutrina admitir a delegação de competências não só entre órgãos, mas também entre pessoas distintas, inclusive para pessoas privadas.[387]

Ao se tratar do tema sob a ótica do direito administrativo (afastando-se a delegação de função legislativa), o ponto comum em todas as concepções acima é que a delegação envolve sempre a *transferência de uma competência administrativa de um sujeito ou órgão por meio de ato administrativo (unilateral ou bilateral) infralegal para outro sujeito ou órgão*. Este é o conceito amplo de ***delegação de competência administrativa***. Nesse sentido, é útil a distinção feita por alguns entre *delegação* ***interorgânica*** e ***intersubjetiva***.[388]

A *delegação interorgânica* já foi abordada acima, podendo ser vertical ou horizontal. É a hipótese do art. 12 da LPAF sobre a qual não convém tecer maiores considerações.

O que importa, no presente estudo, é *delegação intersubjetiva*, feita entre pessoas distintas, a qual pode ocorrer para pessoas públicas ou privadas.

---

[385] GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*, t. I, p. XII-14; KLOSS, Eudardo Soto. La delegación em El derecho administrativo chileno. *Revista de derecho público*, nº 1989, p. 115.

[386] BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*, v. II, p. 122; FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*, pp. 144-145; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 212; GASPARNI, Diogenes. *Direito administrativo*, p. 106; MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*, p. 261; MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, pp. 65-66.

[387] BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*, p. 104; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 360; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 637; OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Delegação e avocação administrativas*, p. 57.

[388] CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*, t. I, pp. 258-259; PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Princípios de derecho administrativo general*, v. I, pp. 356-357. Ressalte-se apenas que os dois autores, ao tratarem da delegação intersubjetiva, fazem alusão apenas à delegação entre sujeitos públicos.

A primeira forma de delegação intersubjetiva é a realizada entre entes federativos e suas pessoas administrativas. Isso ocorre com frequência, sendo normalmente instrumentalizada por meio de convênios, desde que exista interesse comum na atividade administrativa. Aliás, a delegação pode ter como objeto *qualquer atividade administrativa*, inclusive a ordenadora (é o caso dos convênios em matéria ambiental[389]). Em relação à atividade prestacional, também é possível delegação de competências por meio de convênios (a Lei 9.277/1996, por exemplo, autoriza os convênios de delegação para a exploração de rodovias federais e serviços públicos portuários).

Mas, além da delegação entre entes públicos, também é possível que a delegação intersubjetiva tenha como sujeito delegado uma pessoa privada, não integrante da Administração Pública indireta. Os exemplos são inúmeros. Há a delegação de atividade jurídica – prevista no art. 236 da Constituição (notários e registrados) – e há a *delegação de competência para a prestação de serviços públicos*.

Em relação a esse último aspecto, convém fazer menção à distinção feita pela doutrina entre ***delegação de competências*** e ***outorga***.

Celso Antônio Bandeira de Mello critica o art. 2º, II, III e IV, da Lei 8.987/1995, que prevê a concessão e a permissão de serviço público como formas de *delegação*. Para o autor, como o serviço público consiste em atividade material, o termo adequado teria sido "outorga". O vocábulo "delegação" se refere apenas às atividades jurídicas dos notários e registradores, por força do art. 236 da Constituição.[390]

Egon Bockmann Moreira também se posiciona pela não configuração da delegação no âmbito das concessões de serviço público, embora utilize outro fundamento. Com base nas lições de Régis Fernandes de Oliveira, entende que, como a delegação não pode ocorrer em virtude de convênio, já que quem delega, impõe (decide unilateralmente), o mesmo ocorre em relação às concessões. Assim, no caso da concessão, o que há é uma outorga.[391]

---

[389] Nos termos do art. 5º, *caput*, da Lei Complementar 140/2012, o "ente federativo poderá delegar, mediante convênio, a execução de ações administrativas a ele atribuídas nesta Lei Complementar, desde que o ente destinatário da delegação disponha de órgão ambiental capacitado a executar as ações administrativas a serem delegadas e de conselho de meio ambiente".

[390] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 722.

[391] MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995 (parte geral)*, pp. 79 e 92.

Por outro lado, há quem conceitue *outorga* e *delegação de serviços públicos* de modo completamente diferente. Hely Lopes Meirelles entende que a outorga consiste na hipótese em que o Estado cria pessoa e a ela transfere, por lei, determinado serviço público. Por sua vez, na delegação, o Estado transfere a execução do serviço a pessoas privadas por meio de contrato (de concessão) ou ato administrativo unilateral (autorização ou permissão). A diferença, segundo o autor, é útil, pois o serviço outorgado é o transferido por lei, razão pela qual só o ato legislativo pode modificar ou retirar tal atividade. Na delegação, isso não ocorre, porquanto realizada por ato administrativo. "A *delegação* é menos que *outorga*, porque esta traz uma presunção de definitividade, e aquela, de transitoriedade, razão pela qual os serviços *outorgados* o são, normalmente, por tempo indeterminado, e os *delegados*, por prazo certo, para que o seu término retornem ao delegante".[392] Alexandre Santos de Aragão, que segue a mesma linha, reputa que a delegação é gênero do qual a concessão, a permissão e a autorização de serviços públicos são espécies.[393]

Neste trabalho, a preferência reside na expressão "delegação". Isso porque, ao se celebrar um contrato de concessão de serviço público, por exemplo, transfere-se ao concessionário um conjunto de situações ativas e passivas concernentes ao serviço público. Trata-se, pois, de uma delegação. O mesmo ocorre em relação à delegação de atividade jurídica, no caso dos notários e registradores. O fenômeno é o mesmo: transferência de competências por meio de ato infralegal.

De outro lado, não se vê razão para utilizar o termo "outorga" no sentido exposto por Hely Lopes Meirelles. A expressão descentralização técnica é mais sedimentada na doutrina. Além disso, a palavra "outorga" tem sido usada para fazer referência a delegação de serviços públicos. Por isso, neste estudo, o termo "outorga" significa a *delegação de serviços públicos a pessoas privadas mediante concessão, permissão ou autorização.*

---

[392] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, pp. 297-298. Em igual sentido, cfr. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, p. 352; SILVEIRA, Raquel Dias da. *Regime jurídico dos serviços de telefonia fixa*, pp. 59-62.

[393] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, pp. 560-561.

8. Regime da descentralização das atividades administrativas

É útil, neste momento, identificar as formas de descentralização em relação às atividades administrativas, já que há diferenças, conforme seja o tipo de atividade desempenhada.

Desde já, convém apontar que a *descentralização territorial* será possível para quaisquer atividades administrativas, não sendo necessário aprofundar a questão. Lembre-se apenas que, nessa hipótese, será formada uma autarquia territorial, portanto, uma pessoa jurídica de direito público. Tendo em vista que tão somente as pessoas de direito público é que podem ***titularizar*** *interesses públicos*, evidente que qualquer tarefa administrativa poderá estar dentro do seu escopo.

Pela mesma razão, a *descentralização técnica a autarquias* (seja qual for a sua modalidade) será admitida em relação a qualquer atividade administrativa, *instrumental* ou *finalística*. A pessoa de direito público será sempre o meio normal de realização de atividades administrativas.

As diferenças residem na *descentralização técnica a pessoas jurídicas de direito privado* (empresas estatais e fundações estatais de direito privado) e na *descentralização por colaboração*.

8.1. Descentralização técnica a pessoas jurídicas de direito privado

A análise da questão exige que seja examinada a possibilidade desse tipo de descentralização, em primeiro lugar, no âmbito das atividades administrativas instrumentais em contraposição às atividades fins. Em seguida, quanto a cada atividade administrativa finalística.

Em relação às ***atividades instrumentais***, é necessário, em primeiro lugar, diferenciar aquelas tarefas relacionadas à *atividade financeira do Estado* e a de *gestão interna*. Embora seja possível a criação de empresas estatais para satisfazer necessidades referentes à gestão interna da Administração, não se pode falar tecnicamente em descentralização administrativa.

Não raro, a Administração cria entidades de suporte à sua atuação. É muito comum a criação de empresas estatais de processamento de dados, por exemplo,

existentes para lhes prestar os serviços de informática necessários ao seu desempenho. Nesse caso, nada impediria a Administração de celebrar um contrato administrativo de serviços de informática, mediante licitação pública. Porém, o Poder Público optou por criar uma empresa estatal. Não se trata, aqui, de descentralização, pois os serviços de informática não são uma atribuição administrativa; não se trata, pois, de descentralização de ***competência administrativa***. Os serviços de informática estão no domínio privado, e não no público. Nesses casos, o Estado está intervindo na ordem econômica, tendo o *dever de observar os requisitos exigidos pelo art. 173 da Constituição*. Por isso, José Eduardo Martins Cardozo está correto ao enquadrar as empresas estatais de suporte à Administração dentre as exploradoras de atividade econômica.[394]

No que se refere às ***atividades finalísticas***, a descentralização a empresas estatais e fundações estatais de direito privado será possível tanto no âmbito da *atividade promocional* como na *atividade prestacional*. Quanto a isso, não residem maiores dúvidas.

A questão que se coloca é em relação à ***atividade ordenadora***. Ao tratar do "poder de polícia" (que consiste numa das tarefas ordenadoras), Floriano de Azevedo Marques Neto entende ser possível a descentralização de atividades de fiscalização e monitoramento (fase preventiva) de condutas sujeitas ao poder de polícia. Contudo, em relação à função regulamentar e repressiva, por envolver poder de autoridade, não caberia a descentralização. Ademais, indica julgados do TJSP admitindo a descentralização da competência de polícia administrativa.[395]

Em verdade, *não há que se falar em descentralização técnica para pessoas privadas no âmbito da atividade ordenadora*. O STF já se pronunciou a esse respeito na

---

[394] José Eduardo Martins Cardozo diverge da posição de Marçal Justen Filho (*Curso de direito administrativo*, p. 257). Para Justen Filho, as empresas estatais de suporte à Administração Pública seguem o regime jurídico próprio das empresas estatais prestadoras de serviço público. Já Martins Cardozo entende que, como tais empresas não prestam serviços públicos, elas exercem atividade econômica, "só que voltada inteiramente para o benefício da Administração Pública. Atuam, portanto, fora do mercado, apesar de no sentido jurídico do termo atuarem no campo das atividades que em princípio competiriam às pessoas privadas" (As empresas estatais que exploram atividade econômica e seu dever de licitar. *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*, p. 358). Vale apenas acrescentar que, em alguns casos, essas empresas estatais de suporte à Administração acabam prestando serviços para outras pessoas públicas e privadas, atuando de forma incisiva na ordem econômica.

[395] MARQUES NETO, Floriano. Poderes da administração pública. *Novos rumos para o direito público: reflexões em homenagem à Professora Lúcia Valle Figueiredo*, pp. 234-235.

ADI 1.717, cujo relator foi o Ministro Sydney Sanches.

Neste julgado, o STF declarou inconstitucionais os dispositivos da Lei 9.649/1998 que permitiam a realização das atividades de fiscalização de profissões regulamentadas, por delegação do Poder Público, no regime de direito privado (art. 58). O § 2º do art. 58, inclusive, previa expressamente que os conselhos profissionais com personalidade de direito privado não teriam qualquer vínculo funcional ou hierárquico com a Administração Pública. Além disso, o § 5º do mesmo artigo afastava, ainda que implicitamente, o controle pelo Tribunal de Contas. A motivação utilizada pelo STF residiu no argumento de que, por força dos arts. 5º, XIII, 21, XXIV, 22, XVI, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição, não seria possível delegar a um ente privado "atividade típica de Estado", o que abrange "até poder de polícia, de tributar e punir no que concerne ao exercício de atividades profissionais".

A decisão do STF foi acertada. Entretanto, a argumentação utilizada merece alguns comentários.

Note-se que o Tribunal menciona não ser possível haver a delegação de "atividade típica de Estado". O problema aqui reside em saber o seguinte: *o que é uma atividade típica de Estado*?

A rigor, não é possível responder essa questão sem se partir de um pressuposto extrajurídico. Ora, seria possível dizer que "tarefas típicas de Estado" são apenas a defesa nacional, a legislação, a justiça e a tributação. As demais atividades seriam de titularidade privada, sendo que o Estado estaria sempre intervindo na esfera privada ao prestar um serviço público de telecomunicações ou de transporte urbano, por exemplo. De outro lado, alguém poderia dizer que o Estado deve ser sempre responsável por prestar serviços públicos, tenham conteúdo econômico, ou não. Até a atividade bancária poderia ser incluída nesse rol. Ou ainda, é possível defender que, além daquelas, apenas serviços públicos "essenciais" deveriam ser prestados.

Enfim, essa questão demanda uma definição prévia de "atividade típica de Estado", o que, certamente, não está previsto na Constituição.

A questão verdadeira por detrás do caso analisado pelo STF é a seguinte: *a atividade em questão é, de acordo com a Constituição, passível ou não de descentralização para pessoas de direito privado*?

Ou seja, o que deve ser analisado ***em cada caso*** é se a Constituição autoriza ou

não o legislador a transferir para sujeitos privados determinada competência administrativa. E a resposta para tal pergunta depende fundamentalmente da resposta a outra questão: ***a descentralização para pessoas privadas pode enfraquecer a posição jurídica dos administrados***?

No caso da ADI 1.717, a resposta era afirmativa. Ora, por se tratar de atividade ordenadora – em que o Estado, numa relação de sujeição geral, limita a autonomia privada dos indivíduos assegurada constitucionalmente – *é necessário que os agentes públicos sejam dotados de determinadas garantias que os protejam de interferências políticas*, *que lhe deem garantias* ***jurídicas*** *de um atuar imparcial*, conforme a ordem jurídica. Tais garantias – além do devido processo legal e demais princípios da Administração – residem no regime estatutário do servidor público, que confere ao agente estabilidade e disponibilidade remunerada. Não se pode imaginar que um agente da vigilância sanitária, por exemplo, não as possua. O mesmo vale para os agentes fiscalizadores de profissões.[396]

Sempre que o regime de direito privado enfraquecer a situação jurídica do administrado, não será cabível a descentralização técnica para pessoas jurídicas de direito privado. No âmbito da atividade ordenadora, em que há uma relação de sujeição geral entre Poder Público e administrados, o Estado sempre deverá aplicar o regime de direito público, sem exceções. Isso implica ser possível a descentralização técnica apenas para pessoas jurídicas de direito público. Mas a mesma regra pode ser utilizada para as demais atividades administrativas finalísticas.

8.2. Descentralização por colaboração

No que se refere à descentralização por colaboração, é preciso diferenciar duas situações: aquela em que a delegação de competências ocorre *entre pessoas administrativas*, e a que a colaboração ocorre com *pessoas de direito privado não integrantes da Administração Pública indireta*.

Quanto à descentralização por colaboração entre pessoas jurídicas de direito público, ela poderá ocorrer em quaisquer atividades administrativas, instrumentais ou

[396] Ressalte-se que, se nesse caso a decisão do STF foi acertada, no julgado referente à OAB (ADI 3.026), a argumentação jurídica, além de deficiente, não guardou qualquer lógica com relação aos demais conselhos.

finalísticas. Já foi feita referência aos convênios de delegação em matéria ambiental, por exemplo.

A segunda situação (delegação a pessoas de direito privado não integrantes da Administração Pública) é mais complexa.

Em relação às ***atividades instrumentais***, à ***atividade ordenadora*** e à ***atividade fomentadora***, não será possível haver a descentralização de competências administrativas. Poderá haver, isto sim, a celebração de contratos administrativos. Mas, aqui, serão contratos relacionados apenas à execução de atividades materiais (ex.: contratos de prestação de serviços de limpeza e conservação, contratos para instalação de mecanismos eletrônicos de aferição de velocidade, dentre outros). Nesses casos, o objeto do caso não será a transferência de uma competência pública. De igual modo, na atividade promocional, a celebração de convênios, termos de parceira com OSCIP e contratos de gestão com OS (desde que sem desvio de finalidade) não constituem descentralização; não há transferência do exercício de competência administrativa.

Porém, *será possível falar em* ***descentralização por colaboração*** *para pessoas privadas, situadas fora da estrutura administrativa, no âmbito das* ***atividades prestacionais***. O ato de delegação para notários e registradores, os contratos de concessão de serviço e obra pública, bem como os atos (unilaterais ou bilaterais, conforme o caso) de autorização e de permissão de serviço público são instrumentos de ***delegação de competências administrativas***.

Como se pode perceber, nas atividades prestacionais, serão possíveis todas as formas de descentralização administrativa, inclusive aquelas em que a transferência de competências administrativas ocorre para pessoas privadas não integrantes da Administração Pública indireta.

PARTE II

O Serviço Público

CAPÍTULO IV – DO CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO

1. Considerações iniciais

A doutrina tem apontado que o conceito de serviço público é algo difícil de ser definido. Carlos Roberto Martins Rodrigues, por exemplo, escreve que tal expressão, "no seu aspecto eminentemente técnico, é de difícil compreensão conceitual, dada a sua notória vinculação à problemática das finalidades do Estado".[397]

A rigor, há dificuldade quando se adota um critério material de serviço público, pois ele passa a ser definido com base em expressões abstratas e cujo conteúdo é controverso, o que não confere segurança ao aplicador do direito. Em verdade, o que há é uma ausência de consenso da doutrina e jurisprudência sobre um conceito de serviço público a ser adotado de modo uniforme a todos os casos que se apresentem.

Essa falta de consenso é natural, já que a teoria do serviço público se liga diretamente, como bem ressaltou o autor acima, com o modelo e as formas de atuação do Estado. Portanto, a teoria do serviço público guarda estreita conexão com a concepção política, econômica e social de como ***deve ser*** o Estado (mínimo, subsidiário, social).[398] É por isso que as concepções políticas e econômicas de alguns autores acabam influenciando nessa conceituação.

Tal como já destacado na Introdução, este trabalho é dogmático. Por isso, o objetivo do presente Capítulo reside em analisar o conceito ***jurídico*** de serviço público. O serviço público não será avaliado a partir de perspectivas diversas, como, por exemplo, a econômica. A análise econômica do direito pode ser útil para um cientista

---

[397] RODRIGUES, Carlos Roberto Martins. A crise e a evolução do conceito de serviço público. *RDP*, nº 57-58, p. 130.

[398] Como bem aponta Ruy de Souza (Serviços do Estado e seu regime jurídico. *RDA*, nº 28, p. 10), a noção de serviço público não se liga apenas às teses jurídicas sobre as características das atividades estatais, mas também se relaciona com a sociologia, a economia, as finanças e, principalmente, com a política. "As teorias geralmente aceitas com referência à dinâmica estatal – ou sejam as individualistas e as coletivistas, as liberais, as neo-liberais, e as intervencionistas, tôdas elas dão idéias profundamente diferenciadas a respeito da forma como pode e deve o Estado agir para cumprir suas finalidades. A noção de *serviço público* (ou, como prefere Montemartini, das *funções públicas* – "*Municipalizzazione dei pubblici servici*", 2ª ed., Milão, 1917, pág. 33) estará enredada na fórmula política escolhida". Vide também: ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*, p. 17; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*, p. 62.

econômico; porém, nunca para uma aplicação do direito positivo. O objeto de estudo da ciência econômica e da ciência do direito são radicalmente distintos, embora ambas sejam ciências sociais. O mesmo vale para outras perspectivas, como a política. Além disso, é preciso esclarecer que, por se tratar de um trabalho dogmático, o foco aqui residirá no *direito brasileiro*.

Em face disso, o primeiro passo será o de descrever: (a) de que modo ocorreu a formação da teoria do serviço público; (b) os critérios utilizados para conceituar o serviço público; (c) os sentidos em que a doutrina utiliza tal expressão; e as (d) as referências que a Constituição de 1988 faz dessa locução e com qual significado. Em seguida, serão analisados alguns julgados do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, a fim de verificar se esta Corte utiliza em seus julgados um conceito específico de serviço público. Por fim, e com base no que foi apresentado, será indicado o conceito a ser adotado neste trabalho.

2. Formação da teoria do serviço público

A teoria do serviço público nasceu na França e se espalhou por diversos países. Por isso, para entender como essa teoria se formou, convém avaliar a doutrina francesa acerca do tema. Contudo, como não são poucos os que tratam do assunto e por uma opção meramente didática, serão expostas as lições de Jacques Chevallier, ainda que com alguns acréscimos e esclarecimentos pontuais.[399]

2.1. O contexto para o surgimento da teoria do serviço público

De acordo com Jacques Chevallier, a teoria do serviço público nasceu ao final de um período de intensas mudanças na França. Em primeiro lugar, estava em cheque a concepção tradicional de Estado, já que uma nova forma de atuação estatal tendia a surgir, sendo necessário conferir-lhe legitimidade. Em segundo lugar, o direito público também estava à procura de novos fundamentos, a fim de justificar sua juridicidade e consolidar uma jurisprudência em pleno desenvolvimento.[400] Convém tratar desses

[399] CHEVALLIER, Jacques. *Le service public*, pp. 9-26.
[400] *Idem*, pp. 9-10.

assuntos em tópicos distintos.

2.1.1. As transformações do Estado

Chevallier escreve que, na França, o Estado sempre esteve presente na vida social. Mesmo no absolutismo, o Estado assumiu diversas funções de natureza cultural, social e econômica ("colbertismo").[401] No século XIX, apesar do primado da liberdade individual, essa presença não se enfraqueceu; entretanto, o Estado passou a apenas tutelar, a regular a vida social. A execução de atividades pelo Estado somente se justificava se o objetivo consistisse em proteger a ordem pública ou suprir a carência da iniciativa privada em determinado segmento.

No entanto, o autor francês explica que, no final do século XIX, houve uma mudança qualitativa. Em razão de dificuldades econômicas (industrialização e concentração dos meios de produção), sociais (aparecimento de novas necessidades) e políticas (o modelo republicano e a ideia de justiça social), o Estado passou a atuar de modo mais ativo na sociedade. Esse engajamento estatal passou a ser teorizado pelo *solidarismo*, cuja doutrina foi sistematizada por Léon Bourgeois, em 1898. O solidarismo construiu uma teoria dos direitos e deveres sociais, segundo a qual, pelo simples fato de se viver em sociedade, cada pessoa passa a ter uma "dívida". Esta, por sua vez, não é atribuída de igual modo a todos os membros do corpo social, já que as pessoas não auferem os mesmos benefícios. Segundo Chevallier, o solidarismo conferiu ao Estado republicano francês uma nova legitimidade, pois a solidariedade justificava uma intervenção crescente do Estado nas relações sociais, traduzida no desenvolvimento de um "direito social", que se apresentava como a aplicação prática da solidariedade.

Esse Estado intervencionista e garantidor da solidariedade social se diferenciava profundamente do Estado liberal clássico. A teoria tradicional do Estado, fundada na ideia de soberania, de "poder de autoridade" (*puissance publique*), era incapaz de acompanhar essa evolução. O Estado se manifestava menos sob a forma de "autoridade" e mais como "prestador de serviços", a fim de satisfazer as necessidades

---

[401] Sobre o tema, vide também: GUGLIELMI, Gilles J.; KOUBI, Geneviève. *Droit du service public*, pp. 26-33.

coletivas. Chevallier conclui que a teoria do serviço público veio justamente para explicar essa concepção, construindo uma teoria do Estado sobre bases novas e respondendo paralelamente à necessidade de fundamentar o direito público.[402]

2.1.2. As mutações do direito público no final do século XIX

Diante desse novo contexto, Jacques Chevallier aponta que os juristas passaram a ter um problema de natureza prática: estabelecer um critério capaz de delimitar o campo de aplicação do direito administrativo e, por consequência, fixar a esfera de competência do juiz administrativo.

O autor afirma que, até 1872, o desenvolvimento do direito administrativo foi obstaculizado pela ausência de critérios precisos e estáveis de delimitação do seu campo de aplicação. A dupla referência ao fim perseguido (o interesse público) e aos meios de ação utilizados pela Administração (suas prerrogativas) não se mostrava suficiente para afastar a incerteza. Aliás, isso favoreceu, prossegue Chevallier, a larga e anárquica expansão da competência judiciária em matéria de contratos, bens e coletividades locais. Se o empirismo cessou em 1872, a clarificação das regras de competência feitas pela jurisprudência e pela doutrina em torno do critério da *puissance publique* trazia o risco de redução do direito administrativo, tendo em vista as novas formas de intervenção estatal.[403]

---

[402] CHEVALLIER, Jacques. *Le service public*, pp. 10-13.

[403] Jacqueline Morand-Deviller (*Droit administratif*, pp. 22-24) descreve que, no Antigo Regime, havia o Conselho do Rei, que possuía atribuições governamentais, administrativas e jurisdicionais. A partir do século VIII, começa a se desenvolver jurisdições especializadas, como a Corte de Contas e os "Parlamentos", estes competentes para conhecer os litígios de ordem privada. Tais Cortes adquiriram uma autonomia crescente e interferiam nas ações administrativas, o que criava conflitos constantes, embora o Rei sempre pudesse avocar um litígio, com base no princípio de que "toda justiça emanava do Rei".
Com a Revolução Francesa, a Assembleia Constituinte proclamou a separação das funções administrativas e das funções judiciárias, proibindo os juízes de interferir nas ações dos corpos administrativos (Lei de 16 e 24 de agosto de 1790).
O Conselho de Estado foi, então, criado pelo art. 52 da Constituição do Ano VIII (1799), o qual possuía competência para elaborar projetos de lei, regulamentos da Administração Pública e para resolver dúvidas em matéria administrativa. Em 1806, foi criada, na estrutura do Conselho de Estado, a Comissão do Contencioso, responsável por elaborar as deliberações do Conselho. O Conselho de Estado era, nessa época, meramente consultivo, pois suas decisões demandavam a homologação do Chefe de Estado, embora fossem constantemente seguidas. Inclusive, segundo Morand-Deviller, Napoleão sempre homologava as decisões propostas pelo Conselho. Era a época da *justiça retida*.
Contudo, a Lei de 24 de maio de 1872 conferiu ao Conselho de Estado o poder de julgar de modo independente, "em nome do povo francês". Não mais se fazia necessária a homologação do Chefe de Estado. Tal lei também criou o Tribunal de Conflitos. Mas, ainda neste momento, a competência do

O esforço de clarificação se traduziu no *arrêt Blanco*, julgado pelo Tribunal de Conflitos em 1873.[404] Neste, o comissário David apontou que o Estado poderia agir de duas maneiras: como pessoa civil, submetida às normas do direito privado, e como pessoa pública, em que é afastado o direito privado e a jurisdição aplicável era a administrativa.

Quanto à contribuição doutrinária na matéria, ela veio na distinção entre atos de autoridade e atos de gestão, em que os primeiros são uma manifestação da soberania estatal, devendo ser julgados pela jurisdição administrativa. Os atos de gestão eram os mesmos dos particulares, cabendo o seu controle à jurisdição comum.[405] Chevallier escreve que essa teoria, fundada numa dupla personalidade administrativa, levava a uma decomposição do Estado, comprometendo as bases de sua legitimidade.

Desse modo, foi superada a concepção do direito administrativo como um "direito de privilégio", o qual justificava o particularismo do estatuto administrativo que exprimia a superioridade da Administração sobre os administrados. Com aquela teoria, o direito administrativo passou a ser visto não mais como um privilégio da Administração, mas sim como um meio de proteção dos administrados. Com a independência da justiça administrativa, em 1872 (justiça delegada), a referência à *puissance publique* se tornou anacrônica. O poder de autoridade não era mais o verdadeiro fundamento do direito administrativo, mas sim a limitação desse poder.

De todo modo, ao final do século XIX, os juristas passaram a questionar os fundamentos do direito público. Os publicistas passaram a buscar um critério capaz de

---

Conselho de Estado era recursal, razão pela qual se entendia que o sistema do administrador-juiz ainda persistia. Foi somente com o *arrêt Cadot* (1889) que esse sistema foi abandonado. Conforme Morand-Deviller (*Droit administratif*, pp. 22-24, p. 24), esta foi a "época de ouro" do contencioso administrativo, em que o Conselho de Estado – formado por comissários como David, Corneille, Cardenet, Romieu, Pichat e Léon Blum – definiu as noções fundamentais do direito público e criou os grandes princípios referentes às garantias dos administrados. Sobre o tema, no direito brasileiro, cfr. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, pp. 38-42.

[404] De acordo com Dinorá Adelaide Musetti Grotti, o *arrêt Blanco* é considerado por muitos como o marco inicial da noção de serviço público, embora a doutrina indique a existência de julgados anteriores (*arrêts Rothscild*, *Carcassone*, *Baudry* e *Dekeister* como precursores do *arrêt Blanco*). Este caso versava sobre um pedido de indenização formulado pelo pai da menina Agnès Blanco, a qual foi atingida por um vagonete da Companhia Nacional de Manufatura do Fumo, integrante da Administração francesa. O fundamento da decisão residiu no princípio de que o Estado é civilmente responsável pelos danos causados a terceiros em função de conduta danosa dos seus agentes. Sobre o impacto do *arrêt Blanco*, vide as considerações interessantes e a doutrina citada por Dinorá Adelaide Musetti Grotti (*O serviço público na Constituição de 1988*, p. 27 e ss.).

[405] De acordo com Berthélemy (*Traité elementaire de droit administratif*, p. 1088), até o fim do século XIX, o juiz administrativo era competente para julgar os atos de autoridade (ou "*actes de puissance publique*").

atestar a sua "juridicidade". O objetivo consistiu em fixar a submissão do Estado ao direito; com isso, o próprio direito administrativo passaria a ter uma nova legitimidade. *A teoria do serviço público foi elaborada justamente para responder a essas exigências*.[406]

2.2. A sistematização da teoria do serviço público

Tal como mencionado, a teoria do serviço público surgiu, de um lado, para conferir legitimidade a uma nova forma de atuação do Estado e, de outro, para fundamentar o direito público. Sobre esses temas, as concepções de Léon Duguit e Gaston Jèze, respectivamente, foram particularmente importantes.

2.2.1. A concepção de Duguit: o serviço público como fundamento da teoria do Estado

Chevallier aponta que a teoria do serviço público forneceu uma visão diferente do Estado. Este não seria mais dotado de um poder incondicional e irresistível, mas estaria subordinado ao direito e a serviço dos cidadãos. Isto é, seu papel era o de fornecer prestações, a fim de desenvolver a solidariedade social. A doutrina do serviço público se tornou, assim, um prolongamento do solidarismo que penetrou no direito público.

Com Duguit, a noção de serviço público adquiriu um papel diferente, servindo para fundamentar uma nova teoria do Estado. Duguit insere o serviço público como um dos elementos do Estado[407] e o coloca como um princípio de limitação objetiva do poder exercido pelos governantes. O poder não se mostra como um direito subjetivo dos governantes, mas como um dever, uma função.[408] Para Duguit, os governantes estão obrigados a exercer seus poderes em prol da solidariedade social. O único fundamento desses poderes são os seus deveres e a atividade dos governantes se liga aos encargos que são impostos pela disciplina social (isto é, pelas regras decorrentes da solidariedade

---

[406] CHEVALLIER, Jacques. *Le service public*, pp. 13-16.
[407] Escreve Duguit que, no interior do território ocupado pela nação, os governantes devem empregar a força que monopolizam para organizar e controlar o funcionamento dos serviços públicos. "*Ainsi, les services publics sont un des éléments de l'État*" (DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitucionnel*, t. II, p. 54).
[408] *Idem*, p. 57.

e da interdependência social). Por isso, o jurista francês afirma que o serviço público constitui o fundamento e o limite do poder dos governantes.[409]

Assim, Duguit define o serviço público como toda atividade cujo cumprimento é assegurado, regido e controlado pelos governantes, porque a sua execução é indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social e é de tal natureza que não pode ser realizada a não ser pela intervenção da força governante.[410]

Como se pode perceber, Duguit realmente buscou criar uma nova teoria do Estado.[411] Segundo Chevallier, a teoria do serviço público não modificou apenas as relações do Estado com o direito; ela alterou também a concepção das tarefas estatais. O Estado passava a ter a função de servir, não sendo mais uma instância destinada a obrigar e a dominar. O poder se transformou em função e o "direito de comandar", em "obrigação de gerir". Ele deixava de ser um árbitro e passava a atuar ativamente na gestão do social.[412]

Chevallier escreve ainda que Duguit construiu, a partir do serviço público, uma teoria do Estado que respondia às necessidades de fundamentação do direito público.[413] Sua concepção de serviço público condensava e mesclava um conjunto de elementos: partia da sociologia para construir uma teoria do direito e utilizava o direito positivo

---

[409] "*Le service public est le fondement et la limite du pouvoir gouvernemental. Et par là ma théorie de l'État se trouve achevée*" (*Idem*, p. 56).

[410] DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitucionnel*, t. II, p. 55. Como bem aponta Celso Antônio Bandeira de Mello, a concepção de Duguit de serviço público é mais sociológica do que jurídica. "O conceito de serviço público de Duguit não desentranha os elementos que o exteriorizam em face do Direito; esclarece apenas os que norteiam ou devem nortear o legislador. Daí a fluidez da noção" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza e regime jurídico das autarquias*, pp. 140-141).

[411] "Conquanto citado e recitado (mesmo quando sequer lido), mas principalmente seguido por uns e contestado por outros com uma veemência que somente têm as idéias de peso, Duguit demonstra em suas afirmativas sobre serviço público, pelo menos, que a sua preocupação era menos conceber uma teoria de Direito que propor um modelo de Estado: o Estado prestador de serviços estava inteiro na obra desse autor" (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*, p. 11).

[412] CHEVALLIER, Jacques. *Le service public*, p. 24.

[413] Quando se faz menção a "fundamento do direito público", é preciso ter em mente que se trata de uma concepção metajurídica. A análise realizada não é jurídico-dogmática, mas zetética. Trata-se de um exame sobre o que *deveria ser* o direito positivo. Nas precisas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (*Natureza e regime jurídico das autarquias*, p. 166): "Já quando procura um *fundamento* para dado regime 'ipso facto' está se norteando em função daquilo que se encontra *sob* as normas e daquilo que deverá se encontrar futuramente sob elas. Não procura o direito existente, mas o que existe por baixo do direito e aquilo que *deverá* existir. Não age como jurista porque persegue o embasamento de um sistema de normas. Age como sociólogo, moralista ou político, o que pode lhe ser de elevada utilidade para muitos fins, sem que lhe proporcione grande proveito para compreensão do direito. Mesmo quando supõe haver encontrado o que se acha por debaixo de um sistema jurídico, isto é, a razão pela qual se consagram tais ou quais regras, não se terá encontrado com as regras, mas simplesmente com as razões pelas quais se consagram e não é este o seu objeto, como jurista".

para sustentar uma teoria política.[414]

2.2.2. A concepção de Jèze e a consolidação do direito administrativo

Chevallier anota que a expressão "serviço público" já era conhecida no direito francês desde o Antigo Regime. E o *arrêt Blanco* explicitou a noção expressamente. Contudo, afirma que essa noção era secundária quando comparada com as noções de "interesse público" e de "*puissance publique*".

A referência ao "serviço público" no início do século XX, entretanto, trouxe um novo significado: foram estabelecidas novas implicações para a Administração Pública e novos direitos aos usuários. Ademais, com tal concepção, houve a superação da distinção entre atos de império e atos de gestão.

Explica Chevallier que a noção aparece inicialmente na jurisprudência. A fim de transferir o contencioso das coletividades locais para a jurisdição administrativa (antes a cargo dos tribunais judiciários), três julgados se fundaram no fato de um serviço público estar em jogo, rejeitando a teoria dos atos de império e de gestão. Foram os *arrêts Terrier* (1903)*, Feutry* (1908) e *Thérond* (1910).

De acordo com Chevallier, em 1906, G. Teissier (na obra ***La responsabilité de la puissance publique***) "redescobre" o *arrêt Blanco* e o interpreta no sentido de estabelecer a competência da jurisdição administrativa quando se tratasse de demandas de indenização dirigidas contra o Estado por conta do funcionamento do serviço público. Segundo Chevallier, o que não passava de uma menção a "serviço público" – como uma expressão de estilo para fazer referência ao critério da *puissance publique* – passou a ser o critério para distinguir a competência jurisdicional.

Em seguida, a doutrina passou a alçar a noção de serviço público à condição de pedra de toque do direito administrativo, sendo o fundamento do seu regime jurídico. Neste ponto, convém tecer algumas considerações sobre as lições de Gaston Jèze sobre o tema.

De acordo com Jèze, a realização de interesses gerais, mediante um procedimento de direito público, consiste no serviço público. Ou seja, para esse jurista, haverá serviço público sempre que, para a satisfação regular e contínua de necessidades

---

[414] CHEVALLIER, Jacques. *Le service public*, pp. 24-25.

de interesse geral, os agentes públicos devam aplicar um regime jurídico especial e que a organização do serviço possa ser modificada a qualquer instante pelas leis e regulamentos, sem que qualquer obstáculo jurídico invencível se imponha a tal fim.[415]

O procedimento de direito público presente no serviço público – que se destina a facilitar a sua execução – se fundamenta na ideia de que o interesse particular deve se curvar ao interesse geral. É justamente isso o que diferencia, conforme Jèze, o procedimento de direito público do procedimento de direito privado.[416]

Jèze aponta ainda que os agentes públicos nem sempre estarão obrigados a utilizar o procedimento de direito público. Por vezes, no desempenho de um serviço público, será facultado a tais agentes realizar atos de direito privado, como, por exemplo, a celebração de contratos de locação de serviços.[417] Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, Jèze não pretendeu afirmar que toda atividade de serviço público poderia ser realizada pelo direito privado, mas apenas alguns atos isolados.[418] De fato, Bandeira de Mello tem razão, pois o autor francês define o serviço público – diferenciando-o de outras atividades de interesse geral – justamente a partir do procedimento de direito público, que é um processo técnico caracterizado pela subordinação dos interesses privados ao interesse geral, bem com pela possibilidade de modificação da organização do serviço a qualquer tempo por ato unilateral do Poder Público, conforme as necessidades do interesse geral.[419]

Aliás, esse procedimento de direito público também é marcado por outras características, como, por exemplo, a possibilidade de ocupação temporária e expropriação de bens de particulares, bem como a natureza administrativa dos atos jurídicos praticados no âmbito do serviço público.[420]

Para a identificação de uma atividade como serviço público, Jèze adota um ponto de vista eminentemente *jurídico*. Ao divergir expressamente de Duguit, Jèze expõe que um serviço público será assim considerado conforme tenha sido a "intenção dos governantes". Assim, não importa o que entende o jurista por serviço público, mas

---

[415] JÈZE, Gaston. *Le príncipes généraux du droit administraif*, t. 2, p. 2.
[416] *Idem*, pp. 3-4.
[417] *Idem*, pp. 4-5.
[418] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza e regime jurídico das autarquias*, pp. 148-149.
[419] JÈZE, Gaston. *Op. cit.*, p. 15.
[420] *Idem*, p. 13.

sim o que prevê a ordem jurídica.[421]

Além de Jèze, outros autores alçaram a ideia de serviço público à posição de noção chave do direito administrativo e, por conseguinte, como critério capaz de delimitar a competência do juiz administrativo. Tratava-se da chamada "Escola do Serviço Público", que também teve como expoentes Roger Bonnard[422] e Louis Rolland.[423]

Como bem explica Chevallier, de uma parte, a noção conferiu coerência e unidade aos institutos de direito administrativo (seriam agentes públicos aqueles responsáveis por executar um serviço público; bens públicos seriam aqueles aplicáveis a um serviço público; etc.). De outro lado, sua existência justificava a intervenção do juiz administrativo. Com o critério do serviço público, houve um aumento no campo da jurisdição administrativa, e não mais uma extensão crescente da competência dos tribunais comuns. Os apologistas do serviço público passaram a ver a quase totalidade das ações administrativas como submetidas ao império do juiz administrativo.

Chevallier escreve que a ruptura com a ideia de *puissance publique* se traduziu na outorga ao administrado de garantias que não apenas o protegiam contra a arbitrariedade, mas também conferiam a ele o direito de zelar pelo funcionamento do serviço. As obrigações de serviço público nada mais eram do que o reverso de um estatuto positivo para os usuários, os quais detinham legitimidade para constranger judicialmente a Administração Pública. O núcleo do regime de serviço público, comum

---

[421] JÈZE, Gaston. *Le príncipes généraux du droit administraif*, t. 2, pp. 17-23. Ressalte-se que Duguit, em seu *Tratié de droit constitucionnel*, t. II, pp. 67-68, havia censurado Jèze em relação à identificação de uma atividade como serviço público. Duguit escreveu que Jèze adotou uma postura constantemente reprimida por ele (Duguit), qual seja, a de que o direito é uma pura criação do Estado. De acordo com Duguit, certamente, se a lei positiva atribui expressamente a característica de serviço público a uma atividade determinada, o juiz será obrigado a aplicar a disposição legislativa. Mas, completa Duguit, isso ocorrerá *porque na realidade* há um serviço público e que, cedo ou tarde, isso se impõe ao legislador. Além disso, Duguit expõe que o jurista falha em sua missão se não indica ao legislador o que é o direito, se não determina o dado social, isto é, a norma jurídica que o legislador simplesmente *constata e edita*. A norma jurídica, quando se trata de serviço público, é precisamente aquela que impõe aos governantes o cumprimento de certa atividade.
Na nota de rodapé 3 da página 17 da obra citada, Jèze rebate Duguit, reafirmando que o seu ponto de vista (de Jèze) é *jurídico*, e não sociológico (como o de Duguit). "*Avec lui [Duguit], je suis convaincu que le droit est une science sociologique. Tout ce qu'il dit à cet égard est tout à fait exact. Mais c'est le côté politique, social du Droit. Il y a d'autre part, les règles qui, dans un pays donné, à un moment donné, doivent être appliquées par les tribunaux. Ceux-ci on besoin d'un critérium précis pour dire si, dans tel cas, les agents publics sont autorisés à employer les procédés du droit public, s'il y a service public proprement dit. Ex.: grève des cheminots. Que doit faire le juge ? C'est toute la question que j'examine*".
[422] BONNARD, Roger. *Précis élémentaire de droit administratif*, pp. 15; 51-60.
[423] ROLLAND, Louis. *Précis de droit administratif*, pp. 1-2; 16-29.

a todas as atividades geridas pela Administração, foi "cristalizado" nos princípios da continuidade, igualdade e mutabilidade, posteriormente sistematizados por Rolland.[424]

Jacques Chevallier conclui que a promoção do critério do serviço público não se traduziu numa simples técnica jurídica, mas sim numa *mudança nos* ***fundamentos*** *do direito administrativo*. Este não aparecia mais como um prolongamento dos privilégios da Administração, mas como o ***corolário das responsabilidades*** *que lhe cabiam de promover a* ***melhoria da vida social***.[425]

Chevallier tem razão. Ao trazer um novo fundamento para o direito administrativo (e também para o direito público), a teoria do serviço público, para usar uma expressão de Celso Antônio Bandeira de Mello, inverteu o seu "eixo metodológico", antes centrado na ideia de poder de autoridade.[426] O direito administrativo, a partir de tal teoria, passou a se centrar na ***função pública***, no *dever de executar fins públicos*. Essa é a maior contribuição da teoria do serviço público para o direito público e, em especial, para o direito administrativo.

3. Critérios utilizados para definir "serviço público"

Para definir uma expressão, é preciso partir de um ou mais critérios. Em relação ao conceito de serviço público, três critérios têm sido apontados pela doutrina: subjetivo, material e formal.

Pelo *critério subjetivo* (ou *orgânico*), o serviço público é um complexo de

---

[424] ROLLAND, Louis. *Précis de droit administratif*, p. 18.
[425] CHEVALLIER, Jacques. *Le service public*, p. 27 e ss.
[426] Ao tratar das bases ideológicas do direito administrativo e, em especial, da teoria de Duguit, Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, pp. 45-46) ensina o seguinte:
"Veja-se que esta abordagem [de Duguit] contende a ideia de que o 'poder' seja o núcleo aglutinante do Direito Administrativo; rejeita a adoção de uma perspectiva autoritária, que assenta a base deste ramo jurídico sobre uma força oriunda do alto e imposta aos administrados, como que hierarquicamente. De revés, propõe uma visão supeditada na convicção de que o Direito Administrativo e seus institutos organizam-se em torno do dever de servir à coletividade, do encargo de atender a necessidades gerais, sendo elas – e só elas – as justificativas para o exercício da autoridade.
Cyr Cambier observa, com inteira propriedade, que tal concepção 'conduz a fazer do poder um dever, do comando, que é ordem dada (*jussus*), um ordenamento, que é medida adotada e adaptada (*ordinatio*)'. É natural que, concentrando-se no dever de servir, e não no poder de impor, suscita, com maior espontaneidade e coerência, todos os temas ligados ao controle do poder, às limitações à autoridade, à fiscalização dos atos da Administração.
Embora Duguit tivesse uma visão sociologística do Direito, transparente no conceito que formula de *serviço público* ou nas noções que propõe sobre o que é a *regra de Direito*, é desnecessário coincidir com tal perspectiva para apreciar os méritos e a rentabilidade teórica desta inversão que ele faz no eixo metodológico do Direito Administrativo".

entes, órgãos e agentes. Para Bonnard, os serviços públicos são as organizações que constituem a estrutura do Estado.[427] Em Portugal, pode-se citar Diogo Freitas do Amaral como defensor desse critério.[428]

Como bem anota Dinorá Grotti, a concepção subjetiva de serviço público é ampla: basta a atividade ser desempenhada pelo Poder Público, para que ela seja considerada como serviço público. A autora escreve ainda que o conceito subjetivo de serviço público se modificou ao longo do tempo por duas razões: primeiramente, em função da realização, pelo Estado, de tarefas de cunho econômico que não consistiam em serviço público; e, em segundo lugar, pela prestação, por pessoas privadas, de serviços próprios do Estado. "Operou-se, então, uma manifesta evolução dentro do critério orgânico: enquanto no princípio só se concebia o serviço público prestado por entes estatais, passou-se a admitir sua prestação por entes ou pessoas privadas (concessionários)".[429]

O serviço público, com base no *critério material* (também designado como *objetivo* ou *funcional*), consiste numa atividade voltada para a satisfação de necessidades coletivas. Alguns autores – como Ruy Cirne Lima – chegam até a dizer que serviços públicos são apenas os serviços essenciais à sociedade.[430] Independentemente disso, o que vale destacar é que, pelo critério material, pouco importa quem executa a atividade, se um ente público ou privado; se ela estiver voltada para a realização de um interesse geral, de uma necessidade coletiva ou utilidade

---

[427] BONNARD, Roger. *Précis élémentaire de droit administif*, p. 51.

[428] Conforme Diogo Freitas do Amaral, serviços públicos são "organizações humanas" criadas no âmbito de cada estrutura administrativa com o fim de desempenhar as atribuições desta (para o autor, "atribuições" são os fins conferidos à entidade), sob direção dos seus órgãos. Nas suas palavras: "os serviços púbicos são *organizações humanas*, isto é, são estruturas administrativas accionadas por indivíduos, que trabalham ao serviço de certa entidade pública" (AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*, v. I, p. 792).

[429] GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 44.

[430] "Serviço público é todo o serviço existencial, relativamente à sociedade ou, pelo menos, assim havido num momento dado, que, por isso mesmo, tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa" (LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*, p. 82). Em igual sentido, Juarez Freitas (*O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, p. 288) escreve que serviço público (ou universal) é "todo serviço considerado normativamente como essencial para a realização dos objetivos fundamentais do Estado Democrático, devendo, por isso, ser prestado sob o regime publicista (no campo dos princípios, não necessariamente no plano das regras)". E, mais à frente, ressalta que tudo o que extrapolar da "essencialidade" não pode ser considerado como "serviço público". Qualquer atividade que for mera conveniência do Estado não poderá ser reputada como tal (*Op. cit.*, pp. 289-290). Também parece ser essa a linha de Phillip Gil França (*O controle da administração pública*, p. 192), embora o autor aponte que os serviços essenciais são aqueles "assim considerados pelo ordenamento jurídico".

pública, será um serviço público.

Um aspecto relevante do conceito material é que, como ***consequência*** da natureza de serviço público de uma dada prestação, esta se submete ao regime de direito público. O regime de direito administrativo é, com base nessa linha, *mera* ***decorrência*** *da caracterização de uma tarefa como sendo serviço público*. É a postura adotada por Eros Roberto Grau[431] e Marçal Justen Filho.[432]

Não são poucos os autores que, ao conceituar o serviço público, partem de um critério material. Além dos autores brasileiros acima citados,[433] pode-se fazer menção a José Guimarães Menegale, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Ruy de Souza, Caio Tácito, Celso Ribeiro Bastos, Toshio Mukai, Marcos Juruena Villela Souto, Lucas Rocha Furtado, Cesar Guimarães Pereira, Emerson Gabardo e Vitor Rhein Schirato.[434]

---

[431] De acordo com Eros Roberto Grau (*A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 119), é "inteiramente equivocada a tentativa de conceituar-se *serviço público* como atividade sujeita a *regime jurídico de serviço público*. Ao afirmar-se tal – que *serviço público* é atividade desempenhada sob 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 porque *é* serviço público; não o inverso, como muitos propõem, ou seja, passa a ser tida como serviço público porque assujeitada a regime de serviço público". E, mais à frente, define o serviço público como sendo a atividade indispensável à consecução da coesão social. "Mais: o que determina a caracterização de determinada parcela da atividade econômica em sentido amplo como *serviço público* é a sua vinculação ao *interesse social*" (*Op. cit.*, p. 130).

[432] Após discorrer sobre os aspectos subjetivo, material e formal de serviço público, Marçal Justen Filho (*Curso de direito administrativo*, p. 692) escreve:

"O aspecto material ou objetivo é mais relevante do que os outros dois, sob o ponto de vista lógico. Os outros dois aspectos dão identidade ao serviço público, mas são decorrência do aspecto material. Certa atividade é qualificada como serviço público em virtude de dirigir-se à satisfação direta e imediata de direitos fundamentais. Como consequência, essa atividade é submetida ao regime de direito público e, na maior parte dos casos, sua titularidade é atribuída ao Estado.

Em síntese, um serviço é público porque se destina à satisfação de direitos fundamentais e não por ser de titularidade estatal, nem por ser desenvolvido sob regime de direito público. Essas duas são consequências da existência de um serviço público".

[433] Dentre os autores estrangeiros, é possível indicar, a título exemplificativo, os seguintes: DUGUIT, Léon. *Traité de droit administratif*, t. II, p. 55; CHAPUS, René. *Droit adminsitratif*, t. 1, p. 578-582; IRELLI, Vincenzo Cerulli. *Lineamenti del diritto amministrativo*, pp. 237-238; CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*, v. II, p. 1067.

[434] Ao se analisar a obra de J. Guimarães Menegale (*Direito administrativo e ciência da administração*, pp. 414-417), o autor parece se filiar ao critério formal. Escreve que se o serviço, voltado para a generalidade dos indivíduos, for regido pelo direito público, o serviço será público (ou serviço público administrativo); se pelo direito privado, serviço privado. Porém, escreve que esse critério não é apriorístico, porque é a vida que impõe as formas do direito, e a norma exprime uma inferência. Para ele, toda vez que o objeto do serviço (ou o serviço em si) transcender o comércio jurídico individual, pertencendo à comunidade, dar-se-á a intervenção do Estado e o regime não será de direito privado, mas de direito público. O serviço público é instituído nos casos em que não bastaria, para mantê-lo de modo regular e eficiente, a iniciativa privada. E, ao final, define o serviço público como sendo a "*ordenação de elementos e atividades para a realização de um fim do Estado, que tem como um dos sujeitos o Estado e como objeto um interêsse geral*" (sic). Sobre a definição dos demais autores, cfr.: BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Do serviço público. *RDA*, nº 21, pp. 5-6; SOUZA, Ruy de. Serviços do

O terceiro critério é o *formal*.[435] Aqui, será serviço público a atividade à qual corresponder um regime jurídico específico, qual seja, o de direito público. É a concepção, no Brasil,[436] de Diogo Figueiredo Moreira Neto, Adilson Abreu Dallari, Weida Zancaner, Romeu Felipe Bacellar Filho, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Cristiane Derani, Diogenes Gasparini, Antônio Carlos Cintra do Amaral, Sílvio Luís Ferreira da Rocha, Joana Paula Batista, Alexandre Mazza, Ricardo Marcondes Martins[437] e, principalmente, Celso Antônio Bandeira de Mello.

Estado e seu regime jurídico. *RDA*, nº 28, pp. 17-20; TÁCITO, Caio. *Direito administrativo*, pp. 197-201; *Temas de direito público (estudos e pareceres)*, v. 1, pp. 637-642; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*, pp. 254-257; MUKAI, Toshio. *Direito administrativo sistematizado*, pp. 71-85; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatatização: privatização, concessões e terceirizações*, p. 79; FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*, p. 609; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*, p. 294 e 306-308; GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*, p. 136; SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*, pp. 136-137.

[435] Embora a doutrina costume identificar o critério objetivo com o critério material, é importante destacar que o critério formal também é *objetivo*. Isso porque o critério objetivo leva em consideração características referentes à atividade em si, e não ao sujeito que a exerce. Logo, o critério formal é objetivo, já que tem como foco as características jurídicas da atividade.

[436] Dentre os autores estrangeiros, vale citar, exemplificativamente, os seguintes: JÈZE, Gaston. *Le príncipes généraux du droit administraif*, t. 2, p. 2 e ss.; CHENOT, Bernard. *Organisation économique de l'État*, pp. 78-90; CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervencion administrativa*, p. 36.

[437] Diogo de Figueiredo Moreira Neto escreve que o critério do qual parte para conceituar o serviço público é *funcional*. Nestes termos, trata-se da "*atividade administrativa, assegurada ou assumida pelo Estado*, que se dirige à satisfação de *interesses coletivos secundários*, de fruição individual, considerados por lei como de interesse público". E, mais à frente, frisa que o critério funcional, que é eminentemente jurídico, é o melhor, pois independe das flutuações conceituais e "se apresenta, como acréscimo, como *a mais consentânea com a ideia de Estado de Democrático de Direito*, que supõe, por definição, que toda atividade administrativa pública há de estar *formal, funcional e integralmente* submetida à *Constituição* e, por isso, à sua missão de *realização dos direitos fundamentais das pessoas*" (MOREIRA NETO, Digo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, pp. 473-474). Ressalte-se, porém, que o autor, em outro trabalho (Mutações nos serviços públicos. *REDAE*, nº 1, p. 15) aduz que, dentre as tendências em matéria de serviços públicos, está a diminuição da importância da titularidade do serviço e, como consequência, a abertura de espaços de competência aos entes da sociedade, a fim de que o maior número de prestadores possível possa concorrer, em benefício dos usuários. A terceira tendência que se delineia em longo prazo consiste no enfraquecimento do instituto da concessão, pois grande parte dos serviços públicos objeto de concessão poderá ser executado, sob o conceito de serviços de interesse geral, mediante licenças e autorizações, sem caráter contratual.

Em relação à definição apresentada pelos autores citados, cfr.: DALLARI, Adílson Abreu. Empresa estatal prestadora de serviços públicos – Natureza jurídica – Repercussão tributária. *RDP*, nº 94, p. 95; ZANCANER, Weida. Responsabilidade do Estado, serviço público e os direitos dos usuários. *Responsabilidade civil do Estado*, p. 342; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*, pp. 174-175; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, pp. 105-106; DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica*, p. 63; GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*, p. 348; AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de serviço público*, pp. 17-18; Sílvio Luís Ferreira da Rocha (Breves considerações sobre a intervenção do Estado no domínio econômico e a distinção entre atividade econômica e serviço público. *Intervenção do Estado no domínio econômico e no domínio social: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*, pp. 22-24; BATISTA, Joana Paula. *Remuneração dos serviços públicos*, pp. 35-37; MAZZA,

De acordo com este último autor – que desde longa data defende o critério formal –, ao cientista do direito (bem como aos aplicadores das normas jurídicas, como o juiz e o advogado) interessa apenas identificar as normas que são ou serão suscitadas à vista de determinado evento. Assim, compete-lhe verificar: (i) se ocorreu algo que tem relevância para o direito; e, (ii) se afirmativa a resposta, quais são as consequências que o direito atribui ao evento. Por tal razão, cabe-lhe apenas se ocupar dos problemas da existência jurídica, da validade dos atos e dos efeitos jurídicos oriundos dos fatos e atos jurídicos. Com base nesses pressupostos, o autor escreve ser evidente que "a noção *jurídica* de 'serviço público' *só poderá consistir no isolamento de uma certa realidade cuja presença é correlata a um bloco homogêneo de regras e princípios*".[438]

Por fim, em relação ao conceito de serviço público, convém ainda destacar que alguns autores (brasileiros e estrangeiros[439]), por reputarem que os três aspectos (subjetivo, material e formal) são relevantes, acabam definindo o serviço público com base em todos os critérios. No Brasil, pode-se citar Lúcia Valle Figueiredo, Luís Roberto Barroso, José dos Santos Carvalho Filho e Augusto Dal Pozzo.[440]

Apresentados os critérios geralmente utilizados para conceituar o serviço público, convém agora indicar os sentidos que a expressão tem assumido na doutrina.

Alexandre. *Manual de direito administrativo*, p. 603; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*, pp. 211-212.

[438] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes temas de direito administrativo*, pp. 270-271. Em outro trabalho (*Natureza e regime jurídico das autarquias*, p. 169), o jurista escreve que "é ilusório supor que alguma noção substancial possa manter perfeita correlação com um determinado regime jurídico. Por isso mesmo em nenhum momento se pode crer que uma determinada noção extrajurídica possa servir de causa e de parâmetro para o direito administrativo". E conclui que "uma realidade jurídica só pode ser igual a si mesma. Portanto, serviço público, como conceito jurídico, só pode ser igual a um 'regime jurídico'. Neste sentido nunca esteve em crise e jamais poderá estar. Haverá serviço público quando o legislador atribua um regime especial – o administrativo – a determinadas atividades".

[439] Na doutrina francesa, cfr.: GAUDMET, Yves. *Traité de droit administratif*, t. I, p.737; MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Droit administratif*, p. 455. Ressalte-se, porém, que a autora designa o critério material de "finalístico" e o critério formal de "material".

[440] "Em nosso conceito de serviço público agregam-se o *critério orgânico* – o Estado ou quem esteja no exercício da função administrativa –, o *critério material* – atividade intitulada como pública – e, também, o do *regime jurídico* (sob regime prevalecente de Direito Público, caso a atividade possa ser executada por pessoas privadas, quer sejam empresas estatais, quer concessionários, permissionários ou prestadores de serviço público mediante autorização, quando isso for possível)" (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*, p. 81). Para examinar a definição dos demais autores, vide: BARROSO, Luís Roberto. Loteria. Competência estadual. Bingo. *RDA*, nº 220, p. 263; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, p. 321; DAL POZZO, Augusto Neves. *Aspectos fundamentais do serviço público no direito brasileiro*, p. 78.

4. Sentidos da expressão "serviço público" na doutrina

Além dos critérios acima, a doutrina também costuma indicar os sentidos em que a expressão "serviço público" é utilizada. É comum haver a indicação de um sentido amplo e de outro restrito de serviço público.[441] Mas há também quem faça alusão a três[442] e até quatro sentidos.[443]

A primeira concepção é a mais ampla (designada neste estudo de "***amplíssima***"). Aqui, *serviço público corresponde a* ***toda atividade do Estado***, inclusive as desempenhadas no exercício das funções legislativa e jurisdicional. É a concepção de Duguit (vide item 2.2.1 deste Capítulo) e, no Brasil, de Mário Masagão, José Cretella Júnior, Eduardo Lobo Botelho Gualazzi e Edmir Netto de Araújo.[444]

Em sentido menos amplo do que o acima (neste trabalho, chamada apenas de "***sentido amplo***") está aquele que *identifica o serviço público com* ***toda atividade administrativa***. É o caso de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Themistocles Brandão Cavalcanti e Hely Lopes Meirelles.[445]

---

[441] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, pp. 99-104.

[442] De acordo com Roberto Dromi (*Derecho administrativo*, p. 529), há uma interpretação negativa e positiva dos conceitos de serviço público. Pela primeira, tal noção está em crise e deveria ser substituída. Pela interpretação positiva, há a aceitação da concepção de serviço público, mas com variantes, quais sejam: (i) máxima: o serviço público corresponde a toda atividade estatal; (ii) média: o serviço público corresponde a toda atividade administrativa; e (iii) mínima: o serviço público é uma parte da atividade administrativa. No Brasil, Paulo Modesto (Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parceiras público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas. *REDAE*, nº 2, p. 11) faz alusão à lição de Dromi sobre o tema.

[443] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, pp. 144-149.

[444] Ao tratar do tema, Mário Masagão (*Curso de direito administrativo*, pp. 266-268) critica os autores que restringem a expressão "serviço público" a determinadas atividades. Para o autor "é serviço público toda atividade que o Estado exerce para cumprir seus fins", existindo o serviço público judiciário e o serviço público administrativo. Este consiste em toda atividade que o Estado exerce para cumprir seus fins, exceto a judiciária. Ou seja, a definição de Masagão de serviços públicos administrativos inclui a atividade legislativa, como ele próprio admite. Sobre a concepção amplíssima, cfr.: CRETELLA JUNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*, t. IV, p. 39; GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Serviços comerciais, industriais e internacionais do Estado*, pp. 80-84; ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*, pp. 120-123.

[445] Segundo Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (Do serviço público. *RDA*, nº 21, p. 7), os serviços públicos podem corresponder à atividade jurídica e à atividade social do Estado. No primeiro caso, estão as atividades de defesa externa e manutenção da ordem interna, para efetivação da paz na sociedade política e tutela do direito. As ações jurídicas são indelegáveis.

Já a atividade social, que pode ser exercida em conjunto com particulares, corresponde a duas modalidades: (a) as que o particular concorre com a Administração na sua execução; e (b) as que são atribuídas à Administração. No primeiro caso, o Poder Público apenas zela pela sua execução, fomentando a ação dos privados. São os "serviços públicos impróprios", ou "serviços de utilidade

Em ***sentido restrito***, o serviço público consiste apenas ***em parte das atividades administrativas***. Neste sentido restrito, há *três variações*.

A partir das lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, seriam reputados serviços públicos apenas aqueles *fruíveis singularmente pelos administrados* (serviços *uti singuli*), tais como energia elétrica, transporte urbano, dentre outros. Os serviços *uti universi* seriam atividades administrativas, mas não estariam inseridas no conceito de serviço público. O argumento do autor é que incluir os serviços *uti universi* poderia resultar em diminuição ou perda da utilidade do conceito jurídico de serviço público, o qual passaria a abranger realidades distintas.[446] Também é essa a posição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Celso Ribeiro Bastos, Weida Zancaner, Alexandre Santos de Aragão, Fernando Herren Aguillar, Cesar Guimarães Pereira, Emerson Gabardo, Alexandre Mazza, Carolina Zancaner Zockun, Ricardo Marcondes Martins, Augusto Neves Dal Pozzo, Rafael Valim e Sílvio Luís Ferreira da Rocha.[447]

Por outro lado, há autores que inserem no conceito de serviço público tanto os serviços *uti singuli* como os *uti universi*. Após citar o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que a concepção daquele

---

pública". Em relação à segunda hipótese, o particular atua em substituição ao Estado, mediante concessão. São "serviços públicos próprios do Estado" (*Op. cit.*, p. 8).
Sobre o conceito amplo, vide também: CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*, v. II, pp. 46-60; e, MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 289.

[446] Nas palavras do autor, "deve-se reportar a noção de 'serviço público' aos chamados 'serviços *uti singuli*', ou seja, individual e singularmente fruíveis pela pessoa de cada um (postergando o *sentido amplo de 'serviço público'*, que abrigaria também os serviços *uti universi*), para enquadrar seu exame no âmbito da teoria das chamadas prestações administrativas da Administração aos administrados, como bem anotou Renato Alessi. Nisto, de resto, estar-se-ia atendendo ao teor evocativo mais comum da expressão 'serviço público', pois, ao se pensar nele, o que vem de imediato à mente são serviços tais como o transporte coletivo de passageiros, o fornecimento domiciliar de água, de luz, de gás, de telefone etc., os quais se referem a prestações materiais e efetuadas *uti singuli*" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes temas de direito administrativo*, p. 273).

[447] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 474; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*, p. 257; ZANCANER, Weida. Responsabilidade do Estado, serviço público e os direitos dos usuários. *Responsabilidade civil do Estado*, p. 342; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, p. 157; AGUILLAR, Fernando Herrem. *Serviços públicos: doutrina, jurisprudência e legislação*, pp. 25-27; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*, pp. 23-34; GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*, p. 137; MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*, pp. 602-603; ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da intervenção do Estado no domínio social*, p. 167; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luza da Constituição Federal*, pp. 204-209; DAL POZZO, Augusto Neves. *Aspectos fundamentais do serviço público no direito brasileiro*, p. 89; VALIM, Rafael. As condições de validade do artigo 11 da Lei nº 11.445/2007 e as concessões de serviços de saneamento básico vigentes. *Estudos sobre o marco regulatório de saneamento básico no Brasil*, p. 304; ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de direito administrativo*, pp. 525-526.

autor restringe demais o conceito de serviço público, pois há serviços públicos que não são fruíveis diretamente pela coletividade, como os serviços diplomáticos e os trabalhos de pesquisa científica.[448] Caio Tácito, Odete Medauar, Diogenes Gasparini, Paulo Modesto, Marçal Justen Filho, Lucas Rocha Furtado e Joana Paula Batista também incluem os serviços *uti universi* na categoria do serviço público.[449]

Por fim, Alexandre Santos de Aragão faz alusão a um conceito ainda mais restrito de serviço público. Com base no art. 145, II, e no art. 175 da Constituição, seriam serviços públicos apenas os que pudessem ser financiados por taxa ou tarifa, devendo ainda ser de titularidade exclusiva do Estado, passíveis de exploração privada apenas mediante concessão ou permissão. Ou seja, desse conceito estariam afastados os serviços *uti universi* e os serviços sociais (em que há titularidade tanto do Estado como da sociedade, como saúde e educação).[450] Em certa medida, Paulo Modesto adota essa concepção (ressalvado o fato de incluir os serviços *uti universi* no conceito de serviço público), ao diferenciar os serviços públicos dos "serviços de relevância pública".[451]

Indicados os critérios utilizados e os sentidos de serviço público apresentados pela doutrina, convém agora indicar de que modo a Constituição se refere a tal expressão.

---

[448] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 103.

[449] TÁCITO, Caio. *Direito administrativo*, p. 201, e *Temas de direito público (estudos e pareceres)*, p. 642; MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, pp. 347-351; GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*, p. 348; MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parceiras público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas. *REDAE*, nº 2, pp. 10 e 12; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 688; FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*, p. 616; BATISTA, Joana Paula. *Remuneração dos serviços públicos*, pp. 35-37.

[450] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, p. 149.

[451] Paulo Modesto (*Op. cit.*, pp. 15-16) define serviço público como sendo "a **atividade de prestação administrativa material, direta e imediatamente a cargo do Estado ou de seus delegados, posta concretamente à disposição de usuários determinados ou indeterminados, sob regime de direito público, em caráter obrigatório, igualitário e contínuo, com vistas a satisfazer necessidades coletivas, sob titularidade do Poder Público**". Já os serviços de relevância pública são "as **atividades consideradas essenciais ou prioritárias à comunidade, não titularizadas pelo Estado, cuja regularidade, acessibilidade e disciplina transcendem necessariamente à dimensão individual, obrigado o Poder Público a controlá-las, fiscalizá-las e incentivá-las de modo particularmente intenso**. Não há aqui exigência de aplicação obrigatória de todas as obrigações de serviço público tradicionalmente reconhecidas na legislação. Nem titularidade exclusiva desses interesses pelo Estado, admitindo-se a livre atuação privada. Mas a lei ordinariamente impõe que a fiscalização e regulação dessas atividades pelo Poder Público seja minudente e tutelar, sendo assegurado ainda o respeito a princípios constitucionais, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana" (*Op. cit.*, p. 19).

5. Sentidos da expressão "serviço público" na Constituição de 1988

A Constituição de 1988, ao contrário do que ocorre no texto de diversas constituições estrangeiras,[452] faz várias referências a "serviço público".

Em sentido subjetivo, isto é, como sinônimo de entes e órgãos do Estado, a expressão "serviço público" consta no art. 37, XIII, art. 39, § 7º, art. 40, §§ 1º, III, e 16. No ADCT, ela está no art. 8º, § 4º, art. 19 e no art. 53, I.

Em sentido objetivo, isto é, enquanto *atividade*, o Texto Constitucional utiliza expressamente a expressão "serviço público" em diversos dispositivos. Em *sentido amplíssimo*, como sinônimo de atividade *estatal*, pode-se citar o art. 20, IV, e o art. 21, XIV. Em *sentido amplo* (isto é, como atividade *administrativa*), vale mencionar os seguintes: art. 37, §§ 3º e 6º, art. 61, § 1º, II, "b", art. 139, VI, art. 241. Em *sentido estrito* (em qualquer das suas variações), há o art. 30, V, art. 34, VII, "e", art. 35, III, art. 145, II, art. 167, IV, art. 175, art. 198, *caput* e § 2º, art. 202, § 5º; no ADCT, art. 2º, § 1º, art. 66, art. 77, *caput*, I, "a", e § 3º.[453]

Além desses dispositivos, há aqueles em que o constituinte não utilizou expressamente a expressão "serviço público". Porém, ao fazer alusão à concessão e permissão de serviços, evidentemente estava fazendo referência ao serviço público. Isso porque, no âmbito da atividade privada (econômica ou social), de titularidade privada, tais institutos não são cabíveis, pois os agentes privados exercem a atividade por direito próprio. Como será visto no Capítulo VII, a concessão e a permissão de serviço público se destinam a delegar a atividade administrativa em questão a sujeitos privados. No âmbito da atividade privada, não há que se falar em delegação, mas apenas, quando a lei o exigir, em mera liberação para o seu exercício pelo Poder Público, mediante a autorização ou a licença (art. 170, parágrafo único, da CF). Os dispositivos que fazem alusão à concessão e à permissão de serviço público são os seguintes: art. 21, XI, XII, XXIII, "b" e "c", art. 25, § 2º, art. 49, XII, art. 223, *caput* e §§ 2º e 5º.

Além dessas referências, não se pode esquecer que a Constituição prevê, em seu art. 21, X, que é competência da União manter o serviço postal e o correio aéreo

---

[452] A Constituição Francesa de 1958 é um exemplo. Vide: JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 693.

[453] Em relação aos serviços de saúde, a Constituição é clara ao estabelecer que, quando prestados pelo Poder Público, eles são serviços públicos. Os arts. 34, VII, "e", 35, III, 167, IV, 198, *caput* e § 2º, são expressos. Por isso, a concepção de Paulo Modesto de que tais serviços não são públicos, mas de "relevância pública" não encontra amparo na Lei Maior.

nacional, e o art. 22, V, que confere a tal ente político a competência para legislar sobre o serviço postal.

Essas referências mostram a importância e a utilidade em se definir serviço público. Em face do direito positivo brasileiro, não é possível substituir tal locução por outras como "serviços de interesse econômico geral", "serviços de interesse geral" ou "serviço universal", muito em voga na Europa por conta de disposições referentes à União Europeia.[454]

Contudo, a Constituição não define expressamente a locução "serviço público". Diante disso, cabe analisar se o Supremo Tribunal Federal, órgão competente por interpretar o Texto Constitucional, utiliza um conceito de serviço público em seus julgados.

6. O Supremo Tribunal Federal e o conceito de serviço público

Neste tópico, serão analisados alguns julgados do STF que envolvem o tema "serviço público". Diante da pluralidade de julgados existentes, foram escolhidos os mais recentes e que, expressa ou implicitamente, dizem mais respeito ao conceito de serviço público e da sua distinção em face das atividades privadas. Há outras decisões que têm relação com o tema, mas o seu objeto reside em outras questões (exemplo: julgados sobre o regime das empresas estatais prestadoras de serviços públicos) e, por isso, não serão aqui analisadas.

---

[454] Como bem anota Dinorá Grotti (*O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, pp. 88-89), independentemente de a noção de serviço público ter ou não significado no direito administrativo atual, "para o ordenamento pátrio a noção não é despicienda, sobretudo pelo tratamento constitucional conferido ao tema". E, depois de arrolar diversos dispositivos constitucionais que disciplinam a matéria, conclui: "A amostra é bem expressiva de que a Constituição brasileira acolhe a categoria de serviço público, e de que inspira a atuação do Poder Público também na idéia de prestação de um sistema de serviços. Trata-se de atividades de titularidade do Poder Público, que não se desnaturam quando sua execução é delegada a particulares, pois a Constituição fixa um vínculo orgânico com a Administração, ao dispor, no *caput* do art. 175, que incumbe ao Poder Público a prestação de serviços públicos, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão".
Dessa forma, não se pode acolher a concepção de Carlos Ari Sundfeld (Introdução às agências reguladoras. *Direito administrativo econômico*, p. 32), de que tal noção de serviço público é inútil, devendo ser superada pelo conceito de regulação.

6.1. RE 220.999-7/PE, 2ª Turma, Rel. para o acórdão Min. Nelson Jobim, DJ de 24.11.2000

O primeiro julgado a ser examinado é o RE 220.999-7. O caso dizia respeito a pedido de indenização contra a União, formulado por determinada sociedade empresária (a Inove S.A.). Esta alegou que, em função do fim das atividades da empresa estatal federal "Franave", responsável pela exploração do tráfego fluvial do Rio São Francisco, sofrera prejuízos, cabendo responsabilidade objetiva do Estado. Isso porque, com o fim da Franave, a Inove teve que paralisar a atividade de processamento de soja em grãos, a qual era transportada pelo Rio São Francisco pela Franave, com a qual possuía um contrato de prestação de serviços. Sem o transporte aquaviário, o empreendimento ligado à soja se tornara inviável, levando a Inove a explorar outros produtos. Com isso, ela teve que desmobilizar todos os ativos referentes à soja e, ao final, acabou tendo suas atividades comerciais inviabilizadas.

Em primeiro grau, a sentença foi procedente ao pedido do autor, tendo o TRF da 5ª Região mantido a decisão. Por isso, a União interpôs Recurso Extraordinário alegando que a extinção da Franave não havia causado prejuízos à Inove, inexistindo nexo causal entre a ação estatal e o dano sofrido por essa sociedade empresária.

O relator original, o Min. Marco Aurélio Mello não havia conhecido do recurso, por envolver reexame de matéria probatória. O Min. Nelson Jobim pediu vista e elaborou o voto condutor da decisão do STF. O ponto central da argumentação constante no voto do Min. Jobim consistiu na *ausência de obrigação constitucional da União* de "oferecer transporte fluvial às empresas situadas à margem dos rios". De acordo com o voto, o art. 21, XII, "d", da Constituição seria mera norma de competência, não tendo criado qualquer dever ou obrigação de prestar tal serviço. E, com base no *conceito* ***material*** *de serviço público* proposto por Ruy Crine Lima e Eros Grau, concluiu que o transporte fluvial não era existencial para a sociedade ou indispensável para o desenvolvimento da interdependência social. Por tal razão, não haveria dever de indenizar por parte da União.

Assim, por maioria, o STF conheceu do recurso e lhe deu provimento, afastando a responsabilidade objetiva do Estado.

Dois aspectos merecem ser aqui destacados. Em primeiro lugar, o STF se

valeu, nesse caso, de um *conceito material* de serviço público. Em segundo, é equivocada a ideia de que a União não tem a obrigação de prover transporte aquaviário fluvial. O argumento de que o art. 21, XII, "d", é uma mera norma de competência, em vez de afastar esse dever (tal como colocado no julgado), ***reforça essa obrigação***. Isso porque as competências públicas são deveres impostos aos entes públicos. Quando o constituinte ou o legislador fixam uma competência para determinado ente, ele obriga tal entidade a executar aquela tarefa.[455] Esse fundamento não se mostra coerente com a teoria das competências públicas (vide item 3 do Cap. III).

6.2. ADI 1.221-5/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 31.10.2003

Na ADI 1.221, o Procurador-Geral da República impugnou dispositivo da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, bem como lei estadual que dispunham sobre a gratuidade de sepultamento e dos procedimentos a ele necessários. O argumento utilizado foi o de que tais normas estaduais são contrárias ao art. 30, V, da Constituição Federal, que conferem ao Município a competência para dispor sobre serviços públicos de interesse local, dentre eles, o serviço funerário.

Em seu voto, o relator, Min. Carlos Velloso, expôs que os serviços funerários constituem serviços municipais, sendo esse um posicionamento tradicional no STF. Fez alusão ao RE 49.988/SP, rel. Min. Hermes Lima, cuja ementa é a seguinte: "Organização de serviços públicos municipais. Entre estes estão os serviços funerários. Os municípios podem, por conveniência coletiva e por lei própria, retirar a atividade dos serviços funerários do comércio comum".

Diante disso, o STF, por decisão unânime, julgou procedente o pedido feito pelo Ministério Público Federal.

Neste julgado, é interessante destacar que o STF concluiu, sem maiores considerações, que os serviços funerários são serviços municipais. A partir disso, seria possível concluir que o Supremo, nesta oportunidade, fez uso do conceito material de serviço público. Porém, ao utilizar o RE 49.988/SP – que claramente utilizou um

[455] Ressalte-se que Eros Roberto Grau (*A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 132) se vale do julgado comentado para dizer que "a afirmação isolada de que o texto constitucional eleva determinadas parcelas da *atividade econômica em sentido amplo* à categoria de *serviço público* (os chamados *serviços públicos por definição constitucional*) é equívoca, pois inúmeras vezes ocorre incluírem-se tais parcelas na categoria das *atividades econômicas em sentido estrito*".

critério formal para configurar o serviço funerário como serviço público, pois conferiu ao Município o dever de prever tal característica em lei – é possível dizer que o STF apenas estabeleceu que, se previsto em lei *municipal*, os serviços funerários seriam públicos. Isto é, determinou que o Estado não pode transformar o serviço funerário em serviço público, por não se tratar de matéria de interesse regional. Porém, o Município estará autorizado a fazê-lo, desde que mediante lei.

6.3. ADI-MC 1.668-5/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 16.04.2004

Na ADI-MC 1.668, discutiu-se, *ainda em caráter* ***preliminar*** (por se tratar de decisão sobre a emissão de medida cautelar), sobre a constitucionalidade de diversos dispositivos da Lei 9.472/1998, a Lei Geral das Telecomunicações. A ADI foi ajuizada por quatro partidos políticos: o Partido Comunista do Brasil (PC do B), o Partido dos Trabalhadores (PT), o Partido Democrático Trabalhista (PDT) e o Partido Socialista Brasileiro (PSB).

Para os fins deste estudo, interessa apenas tratar do pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 65, III, e §§ 1º e 2º, e do art. 66 da LGT.[456] Basicamente, o fundamento para o pedido é o mesmo. O PC do B, o PT, o PDT e o PSB alegaram que a LGT, ao admitir a prestação do serviço de telecomunicações em regime público e privado, violou a Constituição Federal. Isso porque teria havido ofensa ao princípio da

---

[456] A LGT estabelece que os serviços de telecomunicações podem ser classificados como sendo de interesse coletivo e de interesse restrito, sendo que estes serão organizados de forma a não prejudicar o interesse coletivo (art. 62). Prevê ainda que os serviços de telecomunicações poderão ser prestados no regime de direito público ou de direito privado (art. 63, *caput*). Os serviços de telecomunicações prestados no regime de direito público, que serão aqueles de interesse coletivo (incluindo a telefonia fixa comutada), dependerão de concessão e permissão, havendo deveres de universalização e continuidade (art. 63, parágrafo único, e art. 64).
Na citada ADI, foram impugnados os seguintes dispositivos:
"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.
§ 1° Não serão deixadas à exploração apenas em regime privado as modalidades de serviço de interesse coletivo que, sendo essenciais, estejam sujeitas a deveres de universalização.
§ 2° A exclusividade ou concomitância a que se refere o caput poderá ocorrer em âmbito nacional, regional, local ou em áreas determinadas.
Art. 66. Quando um serviço for, ao mesmo tempo, explorado nos regimes público e privado, serão adotadas medidas que impeçam a inviabilidade econômica de sua prestação no regime público."

isonomia, porquanto o regime prestado no direito privado seria outorgado mediante simples autorização, sem licitação pública (art. 131 da LGT). Por outro lado, o serviço prestado no regime de direito público seria precedido de licitação pública (art. 88 da LGT). Com a concomitância na prestação do serviço em regime público e privado, teria havido uma distorção, já que a relação do prestador em regime privado seria precária, em prejuízo aos usuários. Os autores da ADI apontam ainda desrespeito ao art. 37, XXI, e ao art. 175 da Constituição, bem como aos princípios da moralidade e da impessoalidade.

O Min. Marco Aurélio, relator da ADI, votou pela suspensão da eficácia dos dispositivos citados. De acordo com o Min. Marco Aurélio, sendo o direito uma ciência, os institutos e expressões têm um sentido próprio, havendo maior segurança jurídica se eles forem empregados de forma fiel. Assim, a LGT se afastou da melhor técnica, tendo em vista que os princípios constitucionais não foram considerados. A autorização do serviço de telecomunicações de interesse restrito, ao não prever licitação pública, ofende o princípio da licitação. Quanto à concomitância de regimes, afirma o Min. Marco Aurélio que ela se distancia do preceito contido no art. 175 da Constituição.

O Min. Nelson Jobim divergiu do Relator ao afirmar o seguinte: "(...) 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". Assevera que a ANATEL poderá definir que o serviço será privado e, portanto, aberto ao público. Como exemplo, cita o sistema de comunicação usado nos rios da Amazônia.[457]

Tal como os demais Ministros da Corte, o Min. Carlos Velloso acompanhou o voto do Min. Jobim. No entanto, ele aduziu que, como *bem esclareceu* o Min. Jobim, "a questão é mais técnica, e essa tecnicalidade não interfere com a constitucionalidade ou não da norma".

O Min. Sepúlveda Pertence, por sua vez, entendeu que, em função do art. 21,

---

[457] É interessante transcrever o restante do voto do Min. Jobim sobre essa importante questão:
"Em países como o nosso, com imensa dimensão territorial, podemos citar como exemplo o sistema de comunicação usado nos rios da Amazônia. Há um sistema de comunicação usado pela Polícia Federal, no Alto Juruá, no Amazonas, ao qual tem acesso o público. Então, temos que a Agência poderá estabelecer essa forma de comunicação.
Não vejo inconstitucionalidade alguma em relação à concomitância, razão pela qual divirjo do eminente Ministro-Relator, e, no que diz respeito ao inciso III do art. 65, peço vênia para indeferi-lo".

XI, da Constituição, não havia impossibilidade essencial de que o serviço, por ser de interesse coletivo, fosse prestado em regime de direito público e, concomitantemente, em regime de direito privado. "É esta, boa ou má, a inspiração da revisão constitucional".

Com o devido respeito, os argumentos apresentados pelos Ministros Jobim, Velloso e Pertence não têm como base os conceitos jurídicos. Pode-se até mesmo dizer que os Ministros chegam a conclusões a partir de critérios meramente subjetivos. Apenas afirmam que não veem inconstitucionalidade alguma, sem qualquer argumentação jurídica racional. A assertiva do Min. Velloso que a questão é técnica e que isso não interfere na constitucionalidade não possui qualquer base na Constituição ou na ciência do direito. Vale destacar que não houve qualquer discussão sobre a teoria das competências públicas.

Por tal razão – até mesmo por se tratar de decisão em caráter cautelar –, *não se pode atribuir a tal julgado uma importância muito grande*. Não se pode simplesmente afirmar, com base no exposto acima, que o Supremo Tribunal Federal ***possui o posicionamento*** *de que é possível a prestação de serviço público em regime de direito privado*, ou ainda que um serviço previsto no art. 21 voltado para a coletividade possa ser transferido para o domínio privado, ou seja, possa se transformar em atividade privada (e, portanto, submetida ao regime de direito privado). Tal julgado não permite inferir tal conclusão.[458]

6.4. ADI 2.649-6/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 17.10.2008

Nesta ADI, ajuizada pela Associação Brasileira das Empresas de Transporte Interestadual (ABRATI), foi questionada a Lei Federal 8.899/1994. Esta lei conferia, no âmbito do sistema de transporte coletivo interestadual, passe livre às pessoas portadoras de deficiência comprovadamente carentes (art. 1º).

---

[458] Alexandre Santos de Aragão (*Direito dos serviços públicos*, pp. 229-230) parece ter entendimento diverso. Segundo o autor, as "leis que privatizaram atividades previstas nos incisos XI e XII do art. 21 da Constituição, revogando leis que as qualificavam como serviços públicos para transformá-las em atividades privadas regulamentadas, já foram chanceladas pelo STF. O exemplo mais eloquente, por ser o que mais polêmicas gerou, foi a classificação dos serviços de telecomunicações através de variados índices de publicização (de serviços públicos a atividades privadas regulamentadas), realizada pela Lei Geral de Telecomunicações (arts. 18, I, c/c arts. 62 a 64, Lei nº 9.472/97), considerada constitucional no julgamento da liminar requerida na ADIN nº 1668".

De acordo com a ABRATI, foi criada pela União uma ação de assistência social sem que tivesse sido indicada a correspondente fonte de custeio (art. 195, § 5º, da CF). Ao não indicar a fonte de recurso por conta do qual correria tal despesa, o Poder Público teria deixado para as empresas de transporte tal encargo, havendo uma "investida confiscatória", em ofensa aos princípios da ordem econômica (art. 170), ao princípio da livre iniciativa (art. 1º, IV) e ao direito de propriedade (art. 5º, XXII). Teria havido um intervenção inconstitucional no domínio privado das empresas de transporte, já que tal medida implicava uma redução da plena capacidade da sua frota sem qualquer contraprestação.

Superadas questões preliminares (que não serão aqui abordadas), a Min. Cármen Lúcia, em seu bem fundamentado voto, expôs que os princípios da isonomia e da solidariedade foram os fundamentos constitucionais que levaram a União a propor a política pública consubstanciada na Lei 8.899/1994.

Mas, para os fins deste estudo, o trecho de maior interesse consiste nas suas considerações sobre serviço público. Segundo a Min. Cármen Lúcia, *a **titularidade** do serviço público de transporte coletivo é do Poder Público*. Por isso, tal atividade *se volta para o bem estar da sociedade*. Aponta que, *mais do que o interesse particular, o que marca o regime jurídico da prestação dos serviços públicos é o interesse público*, pois é o Estado que está atuando, diretamente ou sob o regime de concessão ou de permissão. "O que define, portanto, o regime de prestação dos serviços públicos é a necessidade da sociedade, a demanda que com eles busca o Estado responder, a fim de aperfeiçoar os fins afirmados no sistema".

Mais à frente, consta no voto que o empresário, ao constituir uma empresa voltada à prestação de serviço público de transporte coletivo, ampara-se no princípio da livre iniciativa. Entretanto, ele não dispõe de ampla liberdade na prestação de tal serviço, já que é concessionário ou permissionário de um serviço público.[459] E, em relação a tal serviço, sequer o Poder Público possui liberdade, já que ele tem o *dever de prestá-lo*. "A decisão sobre esse serviço, a sua qualidade de serviço público está na Constituição (art. 21, inc. XII, al. e)".

[459] Conforme consta no item 19 do voto da Min. Cármen Lúcia: "A livre iniciativa presta-se, em sua extensa mais plena, à garantia de *liberdade empresarial* para atividades desta natureza. Para os concessionários e permissionários de serviço público o regime não é de *livre iniciativa*, mas de iniciativa de liberdade regulada nos termos da lei, segundo as necessidades da sociedade. Menos ainda se tem, no caso, o livre desempenho de atividades-fins da empresa".

Por fim, a Min. Cármen Lúcia rechaça o argumento de que a Lei 8.899/1994 implica violação ao art. 195, § 5º, da Constituição. Isso porque tal dispositivo diz respeito aos benefícios e serviços que oneram os cofres públicos, com impacto no orçamento, o que não é o caso.

Diante desses argumentos, o STF julgou, por maioria de votos, a ADI em questão improcedente.[460]

Da ADI 2.649, interessa destacar o seguinte: (i) há a clara afirmativa de que os serviços públicos seriam os de titularidade do Estado (o que afastaria concepções de que haveria serviços públicos de titularidade privada); (ii) o regime de serviço público decorre da necessidade da sociedade, o que leva a entender que foi utilizado um conceito material de serviço público; e (iii) o princípio da livre iniciativa não é aplicável aos serviços públicos, mas apenas em relação à autonomia das pessoas privadas de constituírem empresas voltadas à prestação de serviço público.

6.5. ADPF 46-7, Tribunal Pleno, Rel. para o acórdão Min. Eros Grau, DJe de 26.02.2010

A ADPF 46 talvez seja o julgado do STF em que mais tenha sido debatida a distinção entre serviço público e atividade econômica, sendo bastante interessante para os fins deste trabalho.

A ADPF foi proposta pela Associação Brasileira das Empresas de Distribuição (ABRAED), sob o argumento de que a conduta da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) levou à violação de uma série de preceitos fundamentais. A ABRAED afirmou que a ECT, sob o argumento de monopólio do serviço postal, teria iniciado uma cruzada para banir do mercado todas as empresas privadas de movimentação de materiais, manuseio, distribuição de malotes, revistas, periódicos, pequenas encomendas, leitura e entrega de conta de luz e gás e outras atividades relacionadas. A ABRAED alegou que o objetivo único da ECT era o de eliminar a livre concorrência e o primado da iniciativa privada (art. 1º, IV, e art. 170, *caput*, IV, e

[460] Todos os membros do STF presentes acompanharam o voto da Min. Cármen Lúcia, com exceção do Min. Marco Aurélio, o qual entendeu que, mesmo diante da possibilidade de ser ajuizada ação para se promover o reequilíbrio econômico-financeiro, estava em pauta medida de assistência social sem a correspondente fonte de custeio, em violação ao art. 195, § 5º, da Lei Maior.

parágrafo único, da CF). A autora da ADPF asseverou ainda que não havia autorização constitucional para a exclusividade na prestação do serviço postal pela União, já que tal atividade não consta no art. 177 da CF, não sendo possível confundir a previsão do art. 21, X, e do art. 22, V, com o monopólio.

O Min. Marco Aurélio, relator da ADPF 46, em extenso voto, escreveu que o modelo do Estado interventor vem sendo alvo de duras e acertadas críticas, já que ele se mostrou ineficiente, paternalista e incompetente. Assim, mostra-se necessário retornar o pêndulo para a iniciativa privada, de modo a lhe assegurar o papel de protagonista na sociedade. As razões que levaram a União a estabelecer o monopólio do serviço postal para a União não permanecem em face do atual Texto Constitucional. O serviço postal estaria enquadrado no terceiro setor (ou na categoria dos "serviços não-exclusivos"), devendo ser prestado em regime de competição com as demais pessoas privadas.[461] Em face disso, o Min. Marco Aurélio entendeu que os dispositivos da Lei 6.538/1978, que disciplinavam a prestação do serviço postal como monopólio da União, não foram recepcionados pela Constituição de 1988.

O Min. Eros Grau divergiu do Min. Marco Aurélio, afirmando que, no caso, não se tratava de atividade econômica em sentido estrito, mas sim de serviço público. Assim, a argumentação do autor da ADPF de que teria havido ofensa aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência teriam caído no vazio. A Lei 6.538/1978, conforme o Min. Eros Grau, utiliza a expressão "monopólio" de modo equivocado. No âmbito do serviço público, que é espaço do Estado, não se trata de monopólio, mas sim de privilégio.[462] *O serviço postal é um serviço público por determinação constitucional*.

---

[461] Nas palavras do Min. Marco Aurélio: "No caso concreto, melhor alcança o interesse da coletividade a garantia de que o serviço postal, em suas diversas modalidades, possa ser prestado em regime de concorrência entre as diversas empresas que disputam o mercado consumidor, porquanto tal modelo induz à busca constante de melhorias tecnológicas, redução dos custos operacionais e conseqüente queda dos preços oferecidos pelo serviço. Os serviços postais enquadram-se, desse modo, no Terceiro Setor, hipótese em que a atividade pode e deve ser prestada por particulares, sem que isso signifique a diminuição da alta relevância social do desempenho de tais misteres. Ao revés, ocorrerá até uma maior intervenção estatal por meio da regulação, ao lado dos já regulados serviços de educação, saúde, telecomunicações, energia elétrica".

[462] Em seu voto, com base em Ruy Barbosa, o Min. Eros Grau desenvolve a ideia de "privilégio" nos seguintes termos: "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. É justamente a virtualidade desse privilégio de exclusividade na prestação, aliás, que torna atrativo para o setor privado a sua exploração, em situação de concessão ou permissão". Essa concepção também consta na sua obra acadêmica (*A ordem econômica na Constituição de 1988*, pp. 140-142).

Para que fosse atividade econômica em sentido estrito, a Constituição deveria ter sido expressa ao prever que ela seria livre à iniciativa privada, tal como fizeram os arts. 199 e 209 em relação à saúde e à educação.

De igual modo, o Min. Joaquim Barbosa também entendeu que o serviço postal é um serviço público por força do art. 21, X, da CF. Escreveu que há diferenças entre a atividade econômica e o serviço público, a começar pela sua titularidade (no caso do serviço público, ela pertence ao Estado). Ademais, anotou que o serviço público é informado pelo princípio da supremacia do interesse público, da igualdade, da universalidade, da continuidade, da adaptabilidade, da transparência, da motivação, da modicidade das tarifas e do controle, devendo ser prestado pelo Estado para atender às necessidades e interesse de toda a coletividade, em todo território nacional. Para ele, a quebra do privilégio da União em relação ao serviço postal somente poderia ser realizada pelo legislador ordinário, a quem caberia estabelecer as hipóteses de concessão e permissão do serviço.

O Min. Carlos Britto também aludiu à natureza pública do serviço postal, embora tenha ressaltado que, no seu entendimento, sequer seria possível a sua concessão ou permissão para a iniciativa privada.

Os Min. Cezar Peluso e a Min. Ellen Gracie acompanharam a divergência inaugurada pelo Min. Eros Grau.

Já o Min. Gilmar Mendes, após fazer menção a alguns julgados do STF sobre serviço público, pontuou que o critério utilizado para a definição do serviço postal como público decorre de comando expresso na Constituição. O art. 21, X, retirou da iniciativa privada tal atividade. E afirmou que o reconhecimento do ***critério legislativo*** (norma legal ou constitucional) para definir certa atividade como serviço público "resulta do respeito à própria iniciativa privada, a qual é, em regra, livre para exercer suas atividades". O Ministro concluiu ainda que a expressão "manter" constante no art. 21, X é mais abrangente do que "explorar diretamente ou mediante autorização, permissão ou concessão", prevista no inc. XII do art. 21. Isso possibilitaria, na sua concepção, a delegação do serviço postal por instrumentos diversos da concessão e permissão (art. 175 da CF), desde que previstos em lei.

Acima foi feito um breve resumo das concepções dos membros da Corte sobre a distinção entre atividade econômica e serviço público (em especial, o serviço postal)

quando do julgamento da ADPF 46. Ressalte-se, porém, que a leitura integral dos votos (os quais possuem maiores detalhes) é valiosa para o pesquisador. Por ora, o que importa destacar é que a ADPF 46 revela que o STF tem levado em conta que o serviço público é aquele de ***titularidade do Estado****, não incidindo, aqui, os princípios da ordem econômica*. Embora os seus membros não estejam de acordo quanto ao conceito (ou quanto ao critério de reconhecimento de uma atividade como serviço público), ficou claro que se reconheceu a *existência de serviços públicos por determinação constitucional*.

Por fim, convém frisar a abertura que o Min. Joaquim Barbosa e o Min. Gilmar Mendes deram à concessão e permissão do serviço postal, embora a Constituição não preveja expressamente tal possibilidade. Aliás, o Min. Gilmar Mendes foi até mais longe ao afirmar que outros modos de delegação (diversos da concessão e permissão) poderiam ser criados pelo legislador.

6.6. ADI 3.944/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJe de 01.10.2010

O Partido do Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou ADI com o objetivo de ver declarada a inconstitucionalidade de dispositivos do Decreto Federal 5.820/2006, o qual tratava da implantação do sistema brasileiro de televisão digital. O principal dispositivo impugnado era o art. 7º do citado Decreto, o qual "consignava" para as concessionárias e autorizadas do serviço de radiodifusão de sons e imagens um canal de radiofrequência de seis *megahertz*, a fim de permitir a transição para a tecnologia digital sem interrupção da transmissão de sinais analógicos. Ou seja, para cada canal analógico conferido ao concessionário, a União também outorgava um canal para a transição para o sistema digital. Neste canal digital, deveria haver a veiculação simultânea dos mesmos programas transmitidos pela tecnologia analógica (art. 10, § 1º, do Decreto 5.820/2006).

De acordo com o PSOL, a televisão digital era um novo serviço de radiodifusão de sons e imagens, e não a continuidade do serviço atual. Dessa forma, teria havido ofensa ao art. 223 da Constituição, porquanto a "consignação" feita consistia em concessão nova não apreciada pelo Congresso Nacional. Ademais, tal medida aumentaria o cenário de concentração dos meios de comunicação, o que violaria

o art. 220, § 5º, da CF.[463]

O Min. Carlos Britto parte, para fundamentar seu voto, da premissa de que os serviços de radiodifusão de sons e imagens são serviços públicos. Em vista disso, entendeu que a "consignação de canal de radiofrequência" não se confundia com nova concessão de serviço público. Diante da evolução tecnológica, fez-se imprescindível a outorga temporária de mais um canal às atuais concessionárias (tanto que elas deveriam veicular a mesma programação), a fim de preservar a continuidade do serviço público, em atenção ao princípio da eficiência (art. 37, *caput*, da CF).

Ressalte-se que a Min. Cármen Lúcia, além de acompanhar o relator, acrescentou que o caso dizia respeito à alteração do contrato administrativo, feita para atender o art. 175 da Constituição, que consagra a ideia de "serviço adequado".

Vale destacar que o Min. Marco Aurélio divergiu do relator. Para ele, tratava-se de nova concessão de serviço público sem apreciação do Congresso Nacional (art. 223, *caput*, da CF).

Assim, por maioria, o STF julgou improcedente a ADI 3.944.

O que vale ser destacado do julgado é que o STF, *partindo da premissa de que os serviços de radiodifusão sonora de sons e imagens são serviços públicos*, entendeu que, diante do *princípio da eficiência* e do *serviço adequado*, era possível determinar que as concessionárias procedessem à atualização do serviço. Isso mostra que o *regime* de prestação dos serviços públicos tem fundamento direto na Constituição.

6.7. Conclusão: o STF não utiliza um critério para definir serviço público

A análise da amostra de julgados acima indica que o STF, em seus diversos pronunciamentos, não utiliza um critério para definir serviço público. Na motivação dos julgados – e outros poderiam ter sido aqui citados[464] –, a definição de serviço público tem sido utilizada de forma tópica, apenas para resolver o problema concreto que se apresentou para a Corte em dado momento.[465] Mais do que isso, as concepções sobre

[463] Nos termos do art. 220, § 5º, os "meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio".
[464] Como, por exemplo, os seguintes: RE 89.217-6/SC, RE 172.816-7/RJ, RE 229.696-7/PE; RE 424.227-3/SC; MS 27.516-2/DF.
[465] Também é essa a posição de Alexandre Santos de Aragão (*Direito dos serviços públicos*, p. 149): "A jurisprudência do STF não possui uma sistematização bem elaborada do conceito de serviço público,

serviço público também variam conforme a posição de cada julgador. Isso mostra que ***o STF não fixou um conceito de serviço público a ser aplicado de modo indistinto a todos os casos que se apresentam***.

Ademais, embora o Tribunal tenha, ao longo do tempo, admitido que a Constituição e as leis podem qualificar uma atividade como serviço público (havendo, inclusive, serviços públicos por determinação constitucional), *não fica claro qual é o seu posicionamento em relação ao espaço de discricionariedade do legislador* quanto à possibilidade ou não: (i) *de que parcela dos serviços previstos no art. 21, XII, prestados para coletividade em geral sejam explorados no regime de direito privado, isto é, de atividade econômica ("em sentido amplo", como prefere Eros Grau), sujeitos apenas à autorização*; (ii) *de concessão ou permissão para serviços públicos em relação aos quais Constituição não previu essas formas de delegação de modo expresso* (ex.: serviço postal, saúde e educação).

Entretanto, apesar de o STF não ter sedimentado um critério para identificar uma atividade como serviço público e não ter definido o espaço de discrição legislativa sobre o tema, o que se pode perceber é que *a Corte tem identificado o serviço público como sendo uma atividade de* ***titularidade do Estado***, como sendo um ***espaço próprio do Poder Público***, isto é, como uma atividade estatal. Por isso, como também ficou claro, ***não há que aplicar, aqui, os princípios da ordem econômica***, como livre iniciativa e livre concorrência.

De igual modo, o Supremo tem atribuído ao serviço público, um regime ***constitucional*** específico, marcado pela isonomia, universalidade, adaptabilidade (ou atualidade), continuidade, dentre outros.

7. Definição de serviço público

Neste tópico, o objetivo consiste em indicar o conceito jurídico de serviço público a ser adotado neste estudo. Para tanto, será necessário, em primeiro lugar, optar por um dos critérios acima citados (item 4). Feita a escolha, serão apresentados os elementos do conceito e, ao final, a definição de serviço público.

---

havendo apenas menções esparsas ao conceito ao longo de alguns votos, que variam de acordo com a situação concreta apresentada".

7.1. Critério a ser adotado: formal

Neste estudo, será adotado o *critério* ***formal***, isto é, aquele que leva em consideração o *regime jurídico aplicável à atividade*. Para justificar essa opção, convém inicialmente mostrar a inutilidade dos critérios subjetivo e material.

O critério subjetivo não é útil para identificar uma atividade como serviço público. Isso porque, conforme tal critério, o serviço público é um conjunto de entidades e órgãos. É uma estrutura organizacional. Nesse sentido, confunde-se o sujeito (a Administração Pública, o concessionário, o permissionário e o autorizatário) com a atividade desempenhada (o serviço público). São situações distintas.

Por sua vez, o critério material também não possui utilidade. Aliás, mais do que isso, *ele leva a confusões e a debates desnecessários*. Dizer que o serviço público possui uma "natureza em si", como, por exemplo, dizer que é um "serviço essencial", ou que é aquele que se destina a "atender a necessidades coletivas", ou "ao interesse coletivo", ou que é aquele que se liga diretamente aos "direitos fundamentais", traz mais confusão do que clareza. Convém exemplificar.

A atividade realizada pelos bancos é um serviço essencial para a sociedade? Ele atende a necessidades coletivas? Evidente que sim. Os efeitos da crise financeira de 2008, originada nos Estados Unidos da América, são um bom exemplo disso. O sistema financeiro é algo extremamente importante para a sociedade, tanto que a Constituição de 1988 prevê que ele será "estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem" (art. 192). Se o critério material fosse o adotado, então tal atividade deveria estar submetida ao regime de serviço público, pois, segundo escrevem Eros Grau e Marçal Justen Filho (vide item 3 deste Capítulo), uma tarefa está sujeita ao regime de direito público por ser um serviço público, e não o contrário. Ora, apesar da manifesta importância da atividade bancária, ela ***não é serviço público****, pois a* ***Constituição***: (i) *não a atribuiu ao Estado, como sendo uma atividade de sua titularidade* (é a chamada "*publicatio*"); e, (ii) *não lhe submeteu ao regime jurídico de direito administrativo*. Outras atividades poderiam ser aqui aventadas, como, por exemplo, a produção de medicamentos.

De igual modo, também não é útil dizer que uma tarefa é um serviço público por estar ligada diretamente aos direitos fundamentais, ou à dignidade da pessoa humana. É claro que muitos serviços públicos se destinam diretamente a concretizar os direitos fundamentais. A saúde, a educação e a assistência social são excelentes exemplos. Mas nem todo serviço público se vincula diretamente aos direitos fundamentais.[466] É o caso das loterias.[467] Ademais, há atividades que se vinculam a um direito fundamental, mas que não são serviços públicos (ex.: farmácias).

Dessa forma, *o critério material, além de* ***inútil*** *para identificar uma tarefa como serviço público, traz* ***riscos à própria esfera privada***. Atividades que hoje são reputadas como privadas (isto é, de titularidade dos sujeitos privados) poderiam ser consideradas serviço público e, portanto, serem submetidas ao regime jurídico respectivo.

Além disso, o critério material traz ***insegurança*** ao aplicador do direito positivo, porquanto a definição do que se entende por "serviço essencial" ou "necessidade coletiva", além de se fundar numa concepção sociológica, política ou econômica,[468] acaba ficando ao sabor da subjetividade do julgador.[469]

O ***único critério*** *que confere* ***segurança jurídica****, pois delimita claramente o*

---

[466] Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito administrativo*, p. 103) escreve que essa vinculação do serviço público à satisfação de um direito fundamental "é discutível, quando se pensa em serviços como o de navegação aérea e o de portos, dentre outros".
Alexandre Santos de Aragão (*Direito dos serviços públicos*, p. 163) também faz essa crítica: "É muito comum a associação entre o interesse coletivo a ser atendido pelos serviços públicos e a preservação da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), o que, na grande maioria das vezes, realmente procede. Há, contudo, alguns serviços públicos mais ligados à infra-estrutura (ex., fornecimento de energia elétrica a grandes indústrias, transporte hidroviário de minério), cujo liame com a dignidade da pessoa humana é apenas indireto, como decorrência do desenvolvimento da sociedade como um todo".

[467] "É possível afirmar, assim, em linha de coerência com a posição doutrinária prevalecente acima explicitada, que no Brasil a atividade de exploração de loterias é qualificada desde muito tempo, e até o presente, como serviço público. Desse modo, mesmo não se tratando de atividade vital ou indispensável para a comunidade, as loterias são tratadas pelo ordenamento jurídico e exploradas pelo Estado como serviço público" (BARROSO, Luís Roberto. Loteria. Competência estadual. Bingo. *RDA,* nº 220, p 264).

[468] Celso Antônio Bandeira de Mello (*Natureza e regime jurídico das autarquias*, p. 167) ensina que o "sentido material de serviço público é um conceito extrajurídico. Pretender que certas atividades são 'em si mesmas' serviço público significa que, consagradas ou não legislativamente como tal, assim devem ser havidas. Um conceito desta ordem não serve para o jurista. Reconhecer a existência de uma 'natureza' de serviço público em certas atividades, pelo fato de que correspondem a necessidades coletivas e que via de conseqüência, devem estar afetadas ao Poder Público ou submetidas a um regime especial não quer dizer que lhe estejam realmente afetas ou que se desenvolvam nos têrmos do direito administrativo. Noção desta ordem pode servir como diretriz programática para o legislador e nada mais. O intérprete, juiz ou doutrinador, tem que examinar o que a lei determina e não o que a lei deveria determinar".

[469] Sobre as críticas ao critério material, vide: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, pp. 49-51.

campo público e privado, é o ***formal***. Contudo, o mais importante é que esse modo de encarar o tema segue um método coerente e seguro de análise do fenômeno jurídico, isto é, aquele que tem como objeto o conjunto de normas jurídicas vigentes num dado tempo e espaço. *É a melhor forma de* ***analisar e controlar a racionalidade*** *das decisões produzidas pelos magistrados e demais agentes públicos*.[470]

Note-se que a adoção de um critério formal não significa pura e simplesmente privilegiar a forma, como criticou Eros Grau (vide item 3 deste Capítulo). Trata-se, isto sim, de avaliar o que a Constituição e as leis dispõem sobre o tema, evitando que a subjetividade de um intérprete (bem ou mal intencionado) influa de forma tão intensa na tomada de decisão jurídica. O importante para o intérprete é saber o significado que determinado vocábulo ou expressão possui para o direito positivo.

Adotar um critério formal não implica dizer que o intérprete desconsidera a realidade circundante. Muito pelo contrário: o próprio direito obriga esse exame pelo intérprete inteligente, já que as normas jurídicas incidem sobre suportes fáticos e procuram alterar a realidade ao obrigar, permitir e vedar condutas. Mesmo fatos e efeitos contrários à ordem jurídica têm que ser levados em consideração pelo aplicador e a eles ser atribuída alguma consequência jurídica. A modulação dos efeitos da sentença no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade e a manutenção dos efeitos em caso de atos administrativos inválidos (convalidação, conversão e saneamento) são exemplos do que se afirma. *A segurança jurídica impõe ao aplicador*

---

[470] Mais uma vez, é importante transcrever a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (*Grandes temas de direito administrativo*, pp. 271-272):
"Ressalve-se que leigos (e, infelizmente, não só estes) poderão utilizar a expressão 'serviço público' com sentido inteiramente diverso. Ninguém é dono das palavras. Assim, ninguém poderá impedir que pessoas alheias à Ciência do Direito (e até mesmo aficionadas deste ramo do conhecimento) sirvam-se desta locução para designar alguma realidade estranha ao significado que poderá possuir em face do Direito. Ou seja: poderão valer-se dela para exprimir algo que não representará *coisa alguma em Direito, por não fornecer a quem juridicamente o estude ou opere o interesse único que o justificaria: a ciência antecipada de uma dada unidade de princípios e normas que deverão regê-lo.*
Anote-se, de passagem, que um conceito extrajurídico – vale dizer, alheio aos pressupostos racionais indicados –, sobre ser inútil em Direito, é, demais disto, nocivo para seus estudiosos ou aplicadores quando dele se pretendam servir. Deveras, o pior erro em que pode incidir um cultor de qualquer ciência é o de *desencontrar-se com o próprio objeto de estudo*, é o de distrair-se daquilo sobre o qual o seu espírito imaginava e pretendia estar focalizado. Assim, um conceito extrajurídico produz nos estudiosos do Direito menos atentos a suposição de que estão a tratar com algo juridicamente relevante e os conduz a produzir especulações que não abicam em nada de aproveitável para o Direito, do mesmo passo em que tal absorção os leva a deixar de lado a tarefa de arrecadar e organizar mentalmente os dados que permitiriam enfrentar os tópicos e questões dos quais teriam que se ocupar. De seu turno, os operadores do Direito, se trabalharem com noção padecente de tão profundo equívoco, expor-se-ão, como é óbvio, a aportarem em conclusões e decisões rotundamente erradas".

uma solução que se mostre adequada em face do ordenamento jurídico-positivo. Adotar o critério formal não significa ser um "formalista", numa conotação negativa da palavra. *Apenas um intérprete pouco inteligente e com desconhecimento da técnica jurídica não leva em consideração os fatos que ocorrem na sociedade e a eles aplica uma consequência razoável em vista do direito positivo*.

Uma vez justificada a opção pelo critério formal, convém destacar que, ao se afirmar que o serviço público equivale a um regime jurídico, isso leva o intérprete a identificar: (i) o *sujeito titular da atividade*; (ii) a *hipótese de incidência* desse regime; e (iii) as suas *consequências jurídicas*. Vale tratar dessas situações separadamente.

7.2. O titular do serviço público: o Estado

A primeira característica do regime jurídico dos serviços públicos consiste no seu ***titular***. Nos Capítulos anteriores, foram realizadas algumas considerações importantes, que convém agora retomar.

Primeiramente, *o serviço público é uma das atividades estatais*. Isto é, o serviço público é uma *tarefa pública* conferida pela Constituição e pelas leis ao Estado. Note-se, aliás, que a afirmação da ***titularidade do Estado*** *tem se mostrado* ***frequente*** nos julgados do STF acerca do serviço público, tal como foi visto acima (item 6 deste Capítulo).

Em segundo lugar, o serviço público é uma atividade *administrativa*. Portanto, o serviço público é um dos conteúdos possíveis da *função administrativa*. Mais especificamente, o serviço público é *modalidade de atividade administrativa* ***prestacional***.[471] Assim, é uma tarefa pública caracterizada pelo oferecimento de utilidades aos administrados. Consiste numa atribuição administrativa em relação a qual o seu titular possui um plexo de situações jurídicas ativas e passivas. É, pois, o elemento de uma ***competência administrativa***.

Uma das características dessa competência administrativa reside na possibilidade de haver a sua ***delegação*** para pessoas privadas mediante ato infralegal (descentralização por colaboração). Isso significa que, na atividade administrativa prestacional (ao contrário do que ocorre nas demais), haverá a *possibilidade de*

[471] Cfr. Cap. II, item 4.2.

delegação de competências administrativas aos sujeitos privados, que atuarão na qualidade de agentes públicos.[472] Ao atuarem nessa qualidade, *a relação jurídica firmada entre tais sujeitos privados com os administrados será, pois, de* ***direito administrativo***.

Em relação ao tema, há dois aspectos que precisam ser tratados. O primeiro diz respeito ao *título jurídico* que faz com que uma atividade seja reputada como serviço público. O segundo se refere ao *equívoco* em ver o serviço público como atividade econômica.

7.2.1. A identificação dos serviços públicos: Constituição e leis

A questão que se coloca aqui é a seguinte: quando uma atividade será considerada como serviço público? A resposta a essa questão já foi dada no Capítulo I deste estudo (item 1.2). Ao contrário do que ocorre no âmbito das atividades privadas, em que vige o princípio da liberdade, no âmbito das atividades públicas vigora o ***princípio da competência***. Uma atividade – seja ela qual for – somente poderá ser reputada como tarefa pública ***quando a Constituição e as leis assim definirem***.

O mesmo vale para o serviço público, que é modalidade de atividade estatal. ***Uma atividade somente será serviço público quando a Constituição assim o definir***.[473] Há, como reconhece o STF em alguns julgados, serviços públicos *por determinação constitucional*. Como exemplo, pode-se citar os seguintes serviços públicos de competência da União previstos na Constituição: serviço postal (art. 21, X), serviço de radiodifusão sonora de sons e imagens (art. 21, XII, "a", e art. 223), serviço de transporte aéreo (art. 21, XII, "c") e o serviço portuário (art. 21, XII, "f"). Dentre os serviços públicos estaduais, vale destacar o serviço local de gás canalizado (art. 25, §

---

[472] Vide Cap. III, item 8.2.

[473] "Por que uma determinada atividade está incluída, na Constituição, na categoria de serviço público? Simplesmente porque o constituinte assim decidiu.
Tome-se um exemplo bastante elucidativo. O serviço de gás canalizado é considerado pela Constituição como 'serviço público', de titularidade dos Estados, que podem explorá-lo diretamente ou mediante concessão (§ 2º do art. 25). Já o fornecimento de gás liquefeito de petróleo (GLP) inclui-se na categoria geral de 'atividade econômica', simplesmente regulada pelo Poder Público. É possível averiguar-se o que levou o constituinte a essa distinção, identificando-se as razões de caráter *histórico, econômico* ou *político* que a motivaram. *Juridicamente*, porém, a distribuição de gás canalizado é 'serviço público' e o fornecimento de GLP é 'atividade econômica'. Revogue-se o § 2º do art. 25 da Constituição, e gás canalizado passa a ser 'atividade econômica'" (AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de serviço público*, pp. 17-18).

2º). Como serviço público municipal por determinação constitucional, destaca-se o transporte coletivo de passageiros prestado nos limites do Município (art. 30, V).

Mas, além da Constituição, também é conferido ao legislador ordinário (federal, estadual, distrital ou municipal) a possibilidade de transformar uma atividade econômica em serviço público. Foi o que ocorreu com as operações realizadas em estações aduaneiras (também denominadas de "portos secos"), que antes da Lei 9.074/1995 eram qualificadas como atividade econômica submetidas a autorização. Com o advento desse diploma legal, tal serviço passou a ser de titularidade da União, a ser explorado pela iniciativa privada mediante concessão ou permissão (art. 1º, VI). Ou ainda, em âmbito municipal, é muito comum que os serviços funerários e de táxis sejam qualificados por lei como serviços públicos.[474]

Há limites para a transformação de atividades privadas em serviços públicos. Estes limites serão expostos no item 2.2.1 do Capítulo V. Por enquanto, basta salientar que, se tais balizas forem respeitadas, como bem apontou o Min. Gilmar Mendes, em seu voto na ADPF 46, o "critério legislativo" é o mais seguro para se identificar uma atividade como serviço público (vide item 6.5 acima).

Em suma, não existe um serviço público por natureza. Para identificar uma atividade como sendo serviço público, é preciso avaliar o que prescrevem a Constituição e as leis. Se elas atribuírem tal atividade ao Estado, atendidos os pressupostos materiais a serem citados abaixo (item 7.3), então ela será reputada como serviço público, incidindo todo o regime constitucional daí decorrente.[475]

---

[474] Luis Manoel Fonseca Pires (*O Estado Social e Democrático e o serviço público: um breve ensaio sobre a liberdade, igualdade e fraternidade*, p. 105) entende que nem mesmo as medidas provisórias podem criar um serviço público. "O nosso atual modelo de Estado, sob os enunciados da Constituição Federal de 1988, primeiro anuncia a liberdade. É Estado de Direito comprometido com a *liberdade* – mas não só – porque serviço público apenas o é o que a própria Constituição e as leis formais definem como tal. Não pode a medida provisória, o regulamento ou qualquer outro ato normativo circunscrever alguma atividade como pública, extraí-la da livre atividade econômica e publicizá-la". A assertiva parece ser um pouco forte e talvez derive da utilização inadequada que o Poder Executivo faz das medidas provisórias. Se, numa situação específica, houver relevância e urgência na qualificação de uma atividade como serviço público, juridicamente, nada impedirá a sua transformação em serviço público por medida provisória, cabendo ao Poder Legislativo convertê-la ou não em lei. A situação é difícil de ocorrer na prática, mas não é teoricamente impossível.

[475] Nesse sentido, Sílvio Luís Ferreira da Rocha (Breves considerações sobre a intervenção do Estado no domínio econômico e a distinção entre atividade econômica e serviço público. *Intervenção do Estado no domínio econômico e no domínio social: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*, pp. 22-23) pontua que, materialmente, não há diferença entre "atividade econômica" e "serviço público". A distinção ocorre no âmbito formal, isto é, no âmbito da pessoa que possui legitimidade pelo ordenamento jurídico para exercer tal atividade. Ainda conforme o autor, à distinção estabelecida pelo critério da

7.2.2. O serviço público não é, sob o ponto de vista jurídico, uma atividade econômica. A distinção entre usuário e consumidor

Atualmente, há uma corrente no direito administrativo, inaugurada por Eros Roberto Grau, que vê no serviço público uma modalidade de atividade econômica. O autor citado entende não haver incompatibilidade entre atividade econômica e serviço público. Como o serviço público está voltado para a satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de recursos escassos (bens e serviços), então se trata de atividade econômica. Assim, há a atividade econômica em sentido amplo, a qual se classifica em atividade econômica em sentido estrito e serviço público.[476] Esse argumento seria reforçado pelo fato de o art. 175 estar situado dentro do Capítulo I do Título VII da Constituição, que dispõe sobre os "princípios gerais da ordem econômica".

É importante avaliar essa classificação, pois ela possui diversos adeptos de renome.[477]

Em primeiro lugar, é preciso destacar que, sob a perspectiva apresentada pelo autor, praticamente qualquer atividade estatal poderá ser reputada como "econômica". Todas as atividades do Estado se voltam para a satisfação de "necessidades" e, além disso, ele sempre se utiliza de "recursos escassos" para atendê-la. Na atividade jurisdicional, por exemplo, o Estado-Juiz procura satisfazer diretamente necessidades das partes (já que todos os que buscam a tutela jurisdicional visam a realizar um interesse específico) e, para tanto, utiliza-se de bens e recursos humanos escassos para promover a paz social mediante a aplicação do direito positivo. Outro exemplo: o Estado, para ordenar a vida privada, vale-se por vezes de instrumentos coativos para atingir fins públicos. Assim, o Poder Público instala mecanismos eletrônicos para evitar

---

titularidade segue-se outra, referente ao regime jurídico de prestação da atividade. A atividade econômica segue o regime privado; o serviço público, por sua vez, observará, dentre outros, o princípio da adequação e da continuidade. Isto é, o serviço público é regido pelo direito público.

[476] GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, pp. 105-106.

[477] Por exemplo: AGUILLAR, Fernando Herren. *Serviços públicos: doutrina, jurisprudência e legislação*, p. 19; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, pp. 158-159; GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*, p. 132; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Concessão de serviço público*, p. 64; JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*, pp. 18-19; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulamentação dos serviços públicos. *REDAE*, nº 1, p. 10; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*, p. 252.

que os motoristas transitem acima da velocidade permitida nas vias públicas, aplicando, observado o devido processo administrativo, multas e outras sanções (suspensão do direito de dirigir, cassação etc.). Está-se, aqui, perante recursos escassos para satisfazer necessidades (públicas). Seria até possível cogitar de exploração econômica das atividades mencionadas. Se essas atividades fossem livres, em tese, um agente econômico poderia (se reputasse conveniente) levá-las a cabo, obtendo lucro.

O que se pretende demonstrar é que, de plano, o argumento de que o serviço público lida com recursos escassos para satisfazer necessidades – *que é a base do raciocínio de Eros Grau para classificar o serviço público como modalidade de atividade econômica* – não é útil. A partir daquele conceito, *praticamente todas as atividades estatais poderiam ser reputadas como sendo econômicas*.

Mas o fato é que, *sob o ponto de vista* ***jurídico-dogmático***, a classificação não tem fundamento. Como visto no Capítulo I deste trabalho, é preciso diferenciar as atividades públicas das pertencentes ao domínio privado. São situações distintas, às quais são aplicáveis regimes diferentes. No âmbito das atividades públicas, vige o princípio da competência; no privado, o da liberdade. O campo das atividades privadas, inclusive, é maior do que o da esfera pública, justamente em razão de, nesse caso, ser necessário que a ordem jurídica defina uma tarefa como *pública*. O critério para delimitar uma atividade privada é *residual*.

Utilizar conceitos de outras disciplinas para sustentar o enquadramento de uma atividade como pública, além de resultar em erro metodológico do intérprete, confunde os aplicadores e pode levar a um aumento inadequado da esfera pública.[478]

---

[478] "Com efeito, como o suporte empírico do trabalho do jurista são os textos normativos, como o que importa ao cientista do direito é o conjunto de normas jurídicas que rege dado instituto, não há sentido em dizer que o serviço público é uma espécie de atividade econômica. Os seus regimes jurídicos são distintos.
Ora, sob o ponto de vista econômico, é evidente que o serviço público (notadamente aqueles cujo exercício foi outorgado a particulares) consiste numa atividade econômica. Aliás, dentro dessa perspectiva econômica, várias atribuições estatais poderiam ser consideradas como tal. Bastaria que um sujeito privado inteligente o transformasse em algo passível de exploração lucrativa.
Porém, essa realidade econômica não se confunde com o fenômeno jurídico, que é completamente distinto. As teses jurídicas devem ser fundadas na análise do fenômeno normativo, do direito positivo, e não em teorias fundadas em outros ramos do saber científico (economia, ciência política etc.). Não se está defendo que o jurista deve desconhecer teorias econômicas, políticas e sociológicas; muito pelo contrário. Contudo, ao trazer fundamentos de outros ramos do saber para o direito, não raro, o cientista acaba trazendo confusão, pois se utiliza técnica diversa da jurídica, o que leva a resultados incompatíveis com as normas constitucionais" (FREIRE, André Luiz. A crise financeira e o papel do Estado: uma análise jurídica a partir do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e do serviço público. *Revista de direito administrativo e constitucional – A & C*, nº 39, p. 159).

Porém, ainda assim, seria possível cogitar se tal classificação traria alguma utilidade jurídica. Ou seja, poderia ser questionado se a invocação dessa classificação do serviço público como atividade econômica traria alguma consequência jurídica. ***E, mesmo aqui, não há***. Como foi destacado acima, o STF tem constantemente afastado a aplicação dos princípios da ordem econômica (art. 170) no âmbito do serviço público.[479]

A livre iniciativa (art. 170, *caput*) é um princípio que não tem qualquer cabimento aos serviços públicos, *como admitem os próprios autores que defendem a tese do serviço público como atividade econômica*.[480] Há, como consta no voto da Min. Cármen Lúcia, na ADI 2.649, livre iniciativa para a formação de uma empresa cujo objeto se volte para a prestação de serviços públicos (ex.: sociedade cujo objeto consiste na prestação do serviço de transporte aéreo). Porém, para que ela possa efetivamente atuar nessa área, será necessário um ato do Estado que delegue, mediante concessão ou permissão, tal competência pública. Não há que falar, portanto, em livre iniciativa no âmbito dos serviços públicos.

O mesmo vale para a livre concorrência (art. 170, II). Esta pressupõe o *mercado*, isto é, espaço livre aos particulares. Isso não ocorre na prestação de serviços públicos.[481]

É preciso diferenciar livre concorrência da possibilidade de coexistirem vários prestadores do mesmo serviço público, atuando em regime de competição. É o que ocorre, por exemplo, no setor portuário, em que os diversos "arrendatários" de terminais portuários (que são verdadeiros concessionários de serviço público) prestam o serviço público portuário (as operações portuárias) em regime de liberdade de preços. Os "arrendatários" competem dentro do mesmo porto organizado. Essa concorrência entre prestadores de serviços públicos será possível apenas se: (i) for tecnicamente possível; e

---

[479] Odete Medauar (Nova crise do serviço público? *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*, pp. 536-537) também reputa não ser adequado considerar o serviço público como modalidade de atividade econômica. Afirma que o art. 175 atribuiu de modo claro ao Poder Público a prestação de serviços públicos, podendo ser realizado pelo setor privado mediante concessão e permissão. "Vê-se que a Constituição Federal fixou um vínculo de presença do Poder Público na atividade qualificada como serviço público – presença, esta, que pode ser forte ou fraca, mas que não pode ser abolida. Esta presença expressa-se na escolha do modo de realização da atividade, na sua destinação ao atendimento de necessidades da coletividade". E, mais à frente, conclui que alguns princípios contidos no art. 170 não se aplicam ao serviço público, como, por exemplo, a livre iniciativa.

[480] Por todos, cfr.: AGUILLAR, Fernando Herren. *Serviços públicos: doutrina, jurisprudência e legislação*, pp. 19 e 36; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, p. 159.

[481] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes temas de direito administrativo*, p. 302; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*, p. 198.

(ii) tal concorrência proporcionar uma a prestação de um serviço "mais adequado" do que se houvesse apenas um prestador. Essa será uma escolha política do Estado titular do serviço, tendo em vista o princípio da adequação (art. 175, parágrafo único, IV, da CF), que tem, como uma de suas decorrências, a eficiência e a modicidade tarifária (art. 6º, *caput* e § 1º, da Lei 8.987/1995).[482]

Em relação ao art. 170, V (defesa do consumidor), é preciso destacar que *"consumidor" e "usuário" são figuras distintas*. Cesar Guimarães Pereira deixa isso claro. O conceito de consumidor pressupõe a sua hipossuficiência, a sua fragilidade diante de relações contratuais massificadas. O usuário não precisa ser hipossuficiente. Ao contrário do consumidor, o usuário não precisa ser destinatário final do serviço público. A relação entre usuário e prestador é de direito público, a qual não será, necessariamente, onerosa, o que já não ocorre na relação de consumo. A situação jurídica do consumidor é contratual, enquanto a situação do usuário é total ou predominantemente estatutária.[483]

Ademais, o usuário tem ***direito ao serviço público***, tendo em vista que o Estado tem o ***dever de prestá-lo***. O mesmo não ocorre com o consumidor, que não pode constranger um agente econômico a empreender uma atividade econômica. Imagine, por exemplo, que, num pequeno Município, não há farmácias. O consumidor não tem como obrigar tal Município a instalar uma farmácia, já que não se trata de serviço público; de igual modo, não poderá obrigar qualquer empresário a abrir um estabelecimento para esse fim.[484]

Há ainda outro ponto a ser frisado. Conforme aponta Paulo Motta, a principal diferença nas figuras é que o cidadão-usuário tem, com base no art. 37, § 3º, da Constituição, o ***direito de participar da administração do serviço***, o que já não ocorre com o consumidor. Este tem o direito de reclamar para consumir com qualidade; se isso não ocorrer, pode buscar uma indenização pelo dano (econômico ou moral) que

---

[482] Nos termos da Lei de Concessões:
"Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.
§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas."

[483] Cfr. item 4.1 do Cap. V.

[484] PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*, pp. 56-57; 137 e ss. (Capítulo IV). Vide também: AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de serviço público*, p. 113 e ss.; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*, p. 198.

eventualmente sofreu. Já o cidadão-usuário é um sujeito ativo, pois pode até mesmo interferir no processo da produção material do serviço público, por ter direito ao acesso aos registros administrativos e às informações sobre atos do governo (art. 37, §, 3º, II, da CF). O usuário, "*consumindo*" *ou não o serviço público*, tem o direito de reclamar perante os órgãos e entes públicos (art. 37, § 1º, I, da CF), de representar contra o exercício negligente ou abusivo de agente no âmbito da prestação de um serviço público. "Quando comparece ao Executivo, Legislativo ou Judiciário, como abstrato cidadão-usuário, não cabe, a ninguém, perguntar-lhe quem é, mas sim, educadamente, o que deseja. Não necessita carregar consigo a nota fiscal, o recibo de compra, o certificado de vigência da garantia, mas simples documento, ou mero testemunho que compre o seu *status* de cidadão".[485]

Para arrematar a questão da distinção entre usuário e consumidor, vale mencionar que o STF, na ADI 3.343/DF (Plenário, rel. Min. Ayres Britto, redator do Acórdão Min. Luiz Fux, DJe 22.11.2011), já conferiu efeitos diversos com base em tal diferença. No caso, o Distrito Federal havia editado lei afastando a obrigação do "consumidor" dos serviços de energia elétrica, telecomunicações e fornecimento de água de pagar tarifas e taxas de consumo mínimo ou assinatura básica. Nesse caso, por maioria (vencido o relator, Min. Carlos Ayres Britto), o STF reputou que o Distrito Federal não poderia invocar a competência concorrente para legislar sobre "produção e consumo" (art. 24, V, da CF). Nos termos do voto condutor do Min. Luiz Fux, "a relação entre o usuário e a prestadora do serviço público possui natureza específica, informada por princípios próprios, notadamente o da solidariedade social (CF, art. 3º, I), que não pode ser simplesmente aproximada da corriqueira relação consumeirista, na qual prepondera a ótica individualista". E, mais à frente, conclui que "descabe a referida ilação de que todo serviço federal que faça nascer uma relação jurídica na qual figure, de um lado, o prestador de serviço e, de outro, o usuário seja necessariamente uma relação de consumo, capaz de ser regulada pela legislação estadual".[486]

Quanto à questão da localização do art. 175 no Capítulo I do Título VII da Constituição, ele consta ali justamente para ressalvar que os serviços públicos não se

---

[485] MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Regulação e universalização dos serviços públicos: análise crítica da regulação da energia elétrica e das telecomunicações*, p. 163.
[486] Em igual sentido, vide: STF, ADI 4.478/AC, Plenário, rel. Min. Ayres Britto, redator para o Acórdão Min. Luiz Fux, DJe 30.11.2011.

confundem com as atividades econômicas, as quais pertencem aos sujeitos privados.[487] A localização do art. 175 não é um argumento forte o suficiente para concluir que o serviço público pode ser visto, juridicamente, como atividade econômica.[488]

Essa concepção do serviço público como espécie de atividade econômica leva a equívocos. Dentre eles, há o de imaginar que o Estado – ao prestar serviços públicos – *intervém na economia*, que é um campo destinado à iniciativa privada. Ora, só se intervém em setores em relação aos quais não se é titular. *Ao promover a prestação de serviços públicos, o Estado* ***atua no seu campo próprio de ação***. *Logo, não se trata, juridicamente, de intervenção*.

Ao se defender que o Estado, ao prestar serviços públicos, "intervém" na ordem econômica, explícita ou implicitamente se sustenta a tese de que, sempre que os particulares puderem satisfatoriamente prestar tais serviços, então o Estado deverá outorgá-los. É a ideia do princípio da subsidiariedade da intervenção estatal na ordem econômica: se os particulares têm condições de prestar o serviço público, então o Estado não pode – caso repute mais adequado – executar tais serviços públicos de modo direto. *Essa concepção de "intervenção" claramente* ***encobre um pressuposto ideológico*** *(logo, metajurídico): o de que todas as atividades, por definição, são privadas, e o Estado as suprime das mãos dos particulares*. Sob o ponto de vista jurídico-dogmático, em que as atividades são "públicas" ou "privadas" conforme o direito positivo, essa questão não se põe. Ela é impertinente para o debate jurídico.[489]

---

[487] "A diferença entre atividade econômica (art. 173) e serviço público (art. 175) somente se justifica porque a Constituição previu que a primeira estaria sujeita ao regime próprio da iniciativa privada, inclusive quanto às obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias, como deixam claro o § 1º, II, e § 2º do artigo 173 da Carta, de modo a evitar a concorrência desleal em relação aos competidores privados" (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 139).

[488] De acordo com Ricardo Marcondes Martins (*Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*, p. 199), essa localização do art. 175 é coerente. Isso porque, como o rol de atividades econômicas é muito maior do que o dos serviços públicos, "faz sentido existir um capítulo sobre a ordem econômica e nele um dispositivo sobre o serviço público, e não o contrário: um capítulo sobre o serviço público e nele um dispositivo sobre a ordem econômica".

[489] Esse debate ideológico se liga com a chamada "morte do serviço público". Tal concepção é defendida pelo jurista espanhol Gaspar Ariño Ortiz. Para o autor, o serviço público cumpriu a sua função histórica. Porém, a situação atual é inversa, pois os fatos mandam mais que a ideologia ou a política. Alteram-se radicalmente os pressupostos políticos e culturais sobre os quais o serviço público nasceu. O triunfo do neoliberalismo, de acordo com o jurista, decorreu da imposição dos fatos. A consequência disso é que o velho conceito de serviço público (monopólico, igualitário, uniforme) já não mais atende às necessidades sociais, devendo ser aberto um caminho a novas realidades, mais competitivas; "*hay que se desideoligizar la política económica*, hay que mejorar los servicios y las prestaciones".

Bem se vê que o chamado princípio da subsidiariedade, ainda que se admita a sua vigência no direito positivo brasileiro,[490] certamente não se aplica em relação aos serviços públicos. E isso por uma razão simples: ***juridicamente, serviço público não é atividade econômica, mas sim campo de atuação próprio do Estado***.

Logo, por mais que um serviço público possa ser eficientemente desempenhado por particulares (mediante outorga), cabe apenas ao Estado decidir se é mais conveniente para os interesses da sociedade que ele seja prestado pelo Estado de forma direta (ou por meio de sua Administração indireta), ou que seja outorgado a terceiros mediante concessão ou permissão.[491]

Neste tópico, convém apenas mencionar que a tese do serviço público enquanto modalidade econômica tem servido para justificar a transferência da titularidade de serviços previstos no art. 21 da Constituição à iniciativa privada. Este tema não será

Jorge Luis Salomoni fez duras críticas a essa concepção. Após trazer a argumentação de Ortiz (que foi acima sumarizada), escreve o jurista argentino:
"*Ahora bien, el principio que subyace en la argumentación explicitada es el de la contradicción entre el tradicional concepto de servicio público y el libre mercado. Pero, ¿existe contradicción entre esos términos? La contradicción es clara si se la plantea: Globalización igual Mercado igual Neoliberalismo. Se identifica la globalización, que constituye un hecho, — una serie de hechos —, con la ideologia que pretende ser exclusiva: el neoliberalismo.* El concepto de igualiación de la sociedad ya no se daria por la intervención del Estado sino por las reglas del mercado. *Pero esta igualación no será de bienes y servicios, sino de seguridad. Con ello se justifica que existirá una parte de la sociedad que no podrá integrarse al mercado. Para ellos no existirán mecanismos institucionales de igualación económica y social. Éstos serán para los que estén dentro del mercado.* Esto es lo que la concepción de Ariño no dice. *Y ello porque se oculta la concepción filosófico política de la cual se parte*." (SALOMONI, Jorge Luis. *Teoría general de los servicios públicos*, pp. 330-331.)

[490] Emerson Gabardo (*Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*, pp. 119-120) levanta uma questão relevante: se o princípio da subsidiariedade reclama pela atuação do Estado apenas quando os particulares não puderem executar uma tarefa, isso significa que os cidadãos não podem optar democraticamente pela intervenção do Estado em alguma área da vida social, mesmo que não seja imprescindível a atuação do Estado? Pelo princípio da subsidiariedade, a resposta é negativa, não sendo possível essa atribuição ao Estado. Por outro lado, com base no princípio democrático, a resposta seria afirmativa, inexistindo qualquer vedação constitucional a que tal escolha pública fosse realizada, seja no exercício da democracia direta, seja na representativa. "Aliás, esta é a essência da idéia de efetiva participação popular no contexto de um Estado social e democrático de Direito. O cidadão deve ser entendido como sujeito de decisão e não de mera prestação terceirizada de serviços em substituição dos agentes estatais. Como bem descreve Adriana da Costa Ricardo Schier, a atuação dos cidadãos como agentes ativos do Estado é incentivada pela criação de mecanismos institucionais que em nada se relacionam à necessidade de redução do aparelho do Estado. Não há qualquer ligação necessária entre subsidiariedade e participação, apesar de a retórica gerencial, a todo tempo, procurar tal imbricação. (...) Ampliar a esfera da sociedade civil não exprime, como aparenta crer o projeto de reforma gerencial levado a efeito a partir da década de 1990 (e ainda vigente na idéia de construção artificial de um terceiro setor no Brasil), uma negativa à atuação do Estado ou entendê-lo como organismo acessório".

[491] FREIRE, André Luiz. A crise financeira e o papel do Estado: uma análise jurídica a partir do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e do serviço público. *Revista de direito administrativo e constitucional – A & C*, nº 39, pp. 159-160.

aprofundado neste tópico, mas sim no item 2.2.2 do Capítulo V, ao qual se remete o leitor.

Em síntese, o ***primeiro traço do regime jurídico dos serviços públicos*** consiste na sua ***titularidade***, que é ***exclusiva ao Estado*** (e, neste ponto, o STF tem sido coerente). Entretanto, conforme prevê o art. 175, a sua prestação pode ser objeto de delegação para sujeitos privados, sempre precedida de licitação pública, por meio da concessão e da permissão. Ressalte-se ainda que será possível a autorização de serviço público em hipóteses específicas, aprofundadas no Capítulo VIII deste estudo.

7.3. A hipótese de incidência do regime jurídico do serviço público: prestações voltadas aos administrados em geral. A questão dos serviços *uti singuli* e *uti universi*

O serviço público é uma atividade submetida a um regime jurídico específico. Esse conjunto de normas somente incide sobre determinadas modalidades de tarefas, e não em relação a todas. É preciso, pois, identificar o suporte fático sobre o qual o regime de serviço público é aplicado.

Convém retomar um ponto, já tratado no Capítulo II deste trabalho: o serviço público é modalidade de atividade administrativa ***prestacional***. Assim, ela foi inserida na mesma categoria de outras prestações administrativas, como a realização de atos que conferem certeza e segurança a atos privados (serviços notariais e de registro) e a realização de obras públicas a serem desfrutadas pela sociedade.[492]

Em primeiro lugar, o serviço público difere das atividades notariais e de registro. Estas, como já destacado no item 4 do Capítulo II, são *prestações **jurídicas**, isto é, consistem em atividades voltadas para a produção de atos administrativos*.[493] Já os serviços públicos *são atividades **materiais**, por se destinarem a oferecer utilidades e comodidades aos administrados*. Aliás, essa distinção consta no voto do Min. Carlos

---

[492] As obras públicas a serem desfrutadas apenas pela própria Administração estão dentro de suas atividades administrativas instrumentais.

[493] ALESSI, Renato. *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, pp. 37-38; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes temas de direito administrativo*, p. 278. Nos termos do art. 1º da Lei 8.935/1994, os serviços notariais e de registro "são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos". Sobre os serviços notariais e de registro, vide: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Reflexões sobre direito administrativo*, pp. 145-159.

Britto no âmbito da ADI 2.602/MG.[494]

Dentre as atividades materiais, é preciso distinguir o serviço público das obras públicas destinadas ao público. Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que a diferença reside no fato de que o serviço público é uma "atividade", ou seja, consiste no desenvolvimento de um *comportamento contínuo*, *seguidamente disponibilizado*. Já a obra é *o produto* de uma atividade, é o fruto acabado dela. E destaca que, em alguns casos, a distinção será complexa. Isso ocorrerá nas situações em que não se trata apenas de construir algo, mas sim de realizar reformas ou simples reparos naquilo que está construído. Em se tratando de reforma, haverá obra.[495] Porém, em se tratando de uma "atuação *contínua*, permanente, de *conservação* ou *reparação* de uma obra o que há é *um serviço e não uma obra*, pois, em tal caso, o que se quer é uma *atividade a perlongar-se sem intermitência*, e não a conclusão de uma obra".[496]

Enfim, na concepção do jurista, a questão reside na *continuidade* da realização dos atos materiais. Para haver serviço é preciso que os comportamentos ocorram ao longo do tempo e sem interrupções. De fato, não pode ser considerado um serviço público a realização de um parque público ou de uma praça pública, posta a serviço de todos. São situações distintas, embora seja possível a concessão de obras públicas, ao lado da concessão de serviços públicos.

Desse modo, o regime de serviço público apenas *incidirá sobre* ***atividades materiais***. As prestações qualificadas como serviço público serão "de fazer" ou "de dar", desde que ocorra de modo ***contínuo***. É o caso, por exemplo, do fornecimento de água. Ou, como aponta Marçal Justen Filho, o fornecimento de cestas básicas. Aliás, para esse autor, o serviço público também pode se traduzir em prestações imateriais. "As atividades de rádio e de televisão se configuram como serviço público, sem que se

---

[494] Nos termos do voto do Min. Carlos Britto, as atividades notariais e de registro são "atividades jurídicas do Estado, e não atividades simplesmente materiais".

[495] Lembre-se que, nos termos do art. 6º, I, da Lei de Licitações, obra é "toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta".

[496] Ainda de acordo com o jurista, "pode haver casos em que o Poder Público efetue por si próprio ou demande de outrem (por um só instrumento) *ambas as atividades*, como ocorre em certas concessões nas quais encomenda, como compreendido no objeto da relação jurídica, de um lado, a realização de certas obras entregues ao uso comum de todos – cuja utilidade coletiva, portanto, *deriva delas próprias* (o que é próprio das obras, como averbado) – e, de outro lado, serviços *complementares*, quais os de manutenção e conservação delas, ou *paralelos*, como a assistência e atendimento aos usuários, como ocorre no caso de certas concessões de construção, manutenção de rodovias e apoio aos que delas se servem" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes temas de direito administrativo*, pp. 277-278).

traduzam na oferta de utilidades materiais".[497]

De fato, o serviço público pode igualmente resultar em prestações imateriais. É o que ocorre em relação aos serviços relacionados à cultura (espetáculos realizados em parques públicos, museus etc.). De todo modo, a conceituação de "atividades materiais" está em oposição a de "atividades jurídicas". Nas atividades materiais, o objeto é o oferecimento de comodidades ou utilidades; nas atividades jurídicas, a produção de atos jurídicos. *Dentro desse critério de classificação*, as atividades imateriais estão inseridas no grupo das tarefas materiais. Por isso, não há problema em qualificar o serviço público como o oferecimento de prestações materiais.

Outra característica importante é que tais prestações sejam voltadas aos ***administrados em geral***. Não se pode falar em serviço público que não se volta para terceiros. No setor portuário, há terminais que são criados por proprietários de cargas que, para melhor gerir seus negócios, criam terminais destinados a exportar sua própria carga. Eram os denominados, pela revogada Lei 8.630/1993, de terminais de uso exclusivo. Se uma indústria da celulose possui um volume de carga suficiente para implantar um terminal, não se pode dizer que há serviço público. A operação de movimentação e armazenagem dessa mercadoria não se volta para o atendimento do interesse da coletividade, mas sim para atender ao interesse apenas dessa indústria. Mesmo com o regime instaurado pela MP 595/2012 (que não diferencia mais os terminais de uso exclusivo dos terminais de uso privativo), não se poderá falar em serviço público nessas situações.

Além de ter que se destinar aos administrados em geral, o serviço deverá ser um ***meio para atingir uma finalidade pública***. É preciso que aquela atividade seja importante para a sociedade, o que será avaliado pelos ***fins definidos na ordem jurídica***. Se o serviço não for um instrumento para se realizar um interesse público (***devidamente positivado no ordenamento jurídico***), não estará completo o suporte fático para a incidência do regime de serviço público.[498]

Um ponto que merece destaque consiste em saber se, para a composição do suporte fático de uma atividade como serviço público, é necessário que o serviço seja fruível singularmente pelos administrados. Ou seja, o serviço deverá ser apenas *uti*

---

[497] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, pp. 688-689.
[498] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes temas de direito administrativo*, p. 279.

singuli?

Celso Antônio Bandeira de Mello defende que os serviços públicos são apenas os *uti singuli*. Para o jurista, quando se fala em "serviço público", o que vem à mente são os serviços fruíveis singularmente, tais como transporte coletivo de passageiros, fornecimento domiciliar de água, de luz, de gás, de telefone, dentre outros. Somente em relação a esses haveria utilidade jurídica em designar como serviços públicos.[499]

Note-se que as lições do autor brasileiro se fundamentam em Renato Alessi, o qual formula a teoria das prestações administrativas, a qual corresponderia substancialmente à teoria das obrigações do direito privado.[500] Alessi parte do que denomina "conceito técnico de *prestação*", isto é, a atividade pessoal de um sujeito que constitui o objeto de uma ***concreta relação jurídica***, de natureza obrigatória. São, portanto, dois os elementos da prestação: (i) atividade pessoal de um sujeito; e (ii) objeto de uma relação jurídica obrigatória.[501]

Dentro da concepção do autor italiano, apenas os serviços públicos *uti singuli* consistem em prestações administrativas aos administrados. Somente nesses casos o Poder Público se encontra numa concreta relação jurídica com o administrado. É importante destacar que Alessi reconhece a existência dos serviços *uti universi*; ele apenas entende que esse fenômeno não pode ser analisado sob a perspectiva da teoria das prestações administrativas.[502]

Já foi destacado acima (item 4 deste Capítulo) que diversos autores acolhem essa teoria. Dentre eles, convém destacar Cesar Guimarães Pereira. De acordo com o jurista, a previsão do art. 145, II, da CF[503] não leva à consagração constitucional dos serviços *uti universi*. Significa apenas que há serviços públicos que não são específicos e divisíveis, "mas em que se pode razoavelmente – ainda que por meio de presunções – identificar um usuário determinado e uma relação jurídica concreta de prestação. Ou seja, o campo dos serviços *uti singuli* é mais amplo que o setor abrangido pelos

---

[499] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes temas de direito administrativo*, pp. 272-273.
[500] ALESSI, Renato. *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, p. 10.
[501] *Idem*, p. 13.
[502] *Idem*, p. 14.
[503] O art. 145, II, da Constituição prevê que os entes políticos poderão instituir "taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição".

conceitos tributários de *especificidade* e *divisibilidade*".[504] Porém, Cesar Guimarães Pereira entende que não se pode extrair da interpretação do art. 175 do Texto Constitucional que os serviços públicos seriam apenas aqueles prestados diretamente, ou mediante concessão ou permissão. Contra isso, seria possível dizer que os requisitos para a concessão e permissão (a assunção de riscos pelo concessionário ou permissionário) são externos à definição de serviço público. Ademais, o autor entende que outras formas de delegação são constitucionalmente admitidas, desde que criada por meio de lei. Por fim, o jurista sustenta que os serviços de radiodifusão sonora de sons e imagens são serviços públicos apesar de não haver uma relação concreta com o usuário. Para ele, isso consiste numa exceção e que, nem mesmo, trata-se de serviço *uti universi*.[505]

Ricardo Marcondes Martins segue a mesma linha de Guimarães Pereira, ainda que com algumas divergências. Para ele, todo serviço *uti singuli* é específico, embora nem sempre seja divisível. A divisibilidade é necessária apenas para a cobrança de taxa, mas não para a remuneração do serviço por meio de tarifa.[506] Conforme Marcondes Martins, a partir do art. 30, V, e do art. 175 da Constituição, os serviços públicos são, por definição, *uti singuli*. O núcleo essencial dos conceitos de concessão e permissão compreende a remuneração do prestador pela exploração do serviço, concessionário ou permissionário.[507]

Neste estudo, adota-se a concepção de que ***os serviços*** **uti universi** ***também estão na categoria dos serviços públicos***. Em primeiro lugar, o art. 145, II, da CF leva à conclusão de que serviços *uti universi* não podem ser custeados por meio de taxas, mas por impostos ou outros meios. É verdade que o serviço *uti singuli* não precisa ser divisível; porém, ele precisa ser específico, conforme consta no dispositivo constitucional. Ou seja, o constituinte, com a previsão do art. 145, II, reconheceu – a

---

[504] PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*, p. 28.
[505] *Idem*, pp. 32-33.
[506] Fundado nas lições de Paulo de Barros Carvalho, Ricardo Marcondes Martins (*Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*, pp.207-209, nota de rodapé 19) afirma que a divisibilidade diz respeito à possibilidade de mensurar o custo do serviço relativo à sua específica utilização, a qual poderá ser real ou potencial. Isto é, deve ser possível indicar o custo da comodidade ou utilidade usufruída singularmente pelo usuário, ou posta à sua disposição. Contudo, em relação aos serviços públicos concedidos, estes poderão ser divisíveis ou indivisíveis. Assim, nada impede que haja tarifas diferenciadas tendo em vista qualificações específicas dos usuários (ex.: usuários com maior poder aquisitivo pagam mais).
[507] *Idem*, pp. 204-205.

partir de uma interpretação *a contrario sensu* – a existência da figura dos serviços *uti universi*.

Ademais, é preciso destacar que o art. 175 prescreve que os serviços públicos poderão ser delegados por meio de concessão e permissão. Porém, não é possível afirmar que o legislador não possa criar outras formas de concessão e permissão diversas das tradicionais. A concessão administrativa, criada pela Lei 11.079/2004 é o exemplo a ser dado. Este tema será abordado com maior profundidade no Capítulo VII deste trabalho, em que será analisado o conceito de concessão de serviço público.

Além desses dados do direito positivo brasileiro, há outro aspecto relevante para não se utilizar o conceito restrito de serviço público: é preciso manter uma coerência teórica. Diante do *conceito amplo de relação jurídica aqui acolhido* (cfr. item 3.5 do Cap. III), não se pode dizer que apenas nos serviços *uti singuli* será instaurada uma relação jurídica (esse é o pressuposto de Alessi ao falar em "relação jurídica concreta"). É verdadeiro que, nos serviços *uti universi*, os sujeitos ativos do serviço são *indeterminados*: são todos os administrativos a quem se volta a prestação. Realmente, nos serviços *uti universi*, não há uma relação jurídica "concreta" (no sentido de haver sujeitos determinados). No entanto, há relação em sentido amplo: nos serviços públicos *uti universi*, é possível identificar uma estrutura relacional disciplinada pelo direito. Há dois sujeitos, um ativo (administrados) e outro passivo (o Estado). Aqueles possuem direitos subjetivos em face do Estado e, na relação conversa, este possui um dever em face de todos os administrados. Existe relação jurídica.

Note-se que Celso Antônio Bandeira de Mello foi coerente ao acolher a teoria de Renato Alessi, tendo em vista que sua concepção sobre relação jurídica e as situações ativas tem como base as lições de Santi Romano (já comentadas no item 3.5 do Cap. III). Neste estudo, procura-se adotar igual postura: ser coerente com os conceitos jurídicos fundamentais previamente adotados e, desse modo, se aproximar do fenômeno normativo. Por tal razão (somada às demais acima citadas), inclui-se no suporte fático da incidência do regime de serviço público, as prestações fruíveis indiretamente pelos administrados (os serviços *uti universi*).

Em síntese, *o* ***suporte fático*** *sobre o qual* ***incide*** *o regime de serviço público consiste nas atividades administrativas prestacionais*, concernentes a ***prestações materiais*** voltadas aos ***administrados em geral*** e destinadas a atender ***fins públicos***.

7.4. As consequências jurídicas: o regime de serviço público

Neste trabalho, foi destacado que o serviço público é uma modalidade de atividade estatal, portanto, de titularidade do Estado. Como consequência, a atividade do Estado de prestação de serviço público é uma *função pública*.[508] Então, a sua prestação aos administrados consiste num *dever jurídico* imposto ao Poder Público, o qual exercerá suas situações jurídicas ativas (e, dentre eles, os seus poderes de autoridade) na medida em que isso se mostre legítimo para a satisfação do fim público visado em concreto e previsto na ordem jurídica.

Quando se fala que o serviço público é uma espécie de atividade estatal, fica revelado o seu regime jurídico: o de ***direito público***. Afinal, o direito público é aquele que disciplina o exercício das atividades estatais, das funções estatais.

Assim, o serviço público é informado pelos princípios do direito público, sintetizados na consagração dos *princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade dos interesses públicos*. Ademais, *os princípios fundamentais do direito público citados no Capítulo I (item 3), estão aqui presentes: Estado Democrático e Social de Direito, República e Federação*. Como consequência, todo "estado de coisas" decorrente desses princípios deverão ser observados: solidariedade social, isonomia, segurança jurídica, devido processo legal, moralidade, eficiência, responsabilidade, proporcionalidade, dentre outros.

Além disso, também foi frisado que o serviço público é uma atividade *administrativa*. Portanto, o serviço público é um dos conteúdos possíveis da função administrativa, cujo regime jurídico é caracterizado pela submissão ao ***princípio da***

---

[508] Ressalte-se que é comum haver a distinção entre função pública e serviço público, a partir principalmente da doutrina italiana. De acordo com as lições de Giannini (*Diritto amministrativo*, p. 449), função pública é aquela em que há a manifestação da autoridade do Estado, sendo uma manifestação da sua soberania. O poder legislativo e jurisdicional é sempre uma função pública, enquanto que na atividade administrativa haverá função pública quando houver uma manifestação autoritativa. É o caso da atividade de polícia, militar, tributária. As demais atividades administrativas seriam serviços públicos. Sobre o tema, vide: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição de 1988*, pp. 107-116. Neste estudo, o conceito de função pública não envolve necessariamente a figura do poder de autoridade. Aliás, essa noção de função tem estreita ligação com o conceito de direito público fornecido pela teoria da subordinação (e que aqui foi rechaçada – cfr. item 2 do Cap. I). Função pública é, em última análise, uma situação jurídica em que o Estado tem o dever de atingir os fins públicos definidos na ordem jurídica, manejando suas posições jurídicas ativas de modo instrumental. Nesse sentido, a prestação de serviço público nada mais é do que o exercício de uma função pública.

legalidade e ao ***controle de juridicidade pelo Poder Judiciário***. Dessa forma, além do regime geral do direito público aplicável à atividade administrativa, também são de aplicação obrigatória os ***princípios de direito administrativo***.

Como já foi anteriormente destacado (item 4 do Cap. I e item 5.3 do Cap. II), não se concorda com a assertiva do ilustre Almiro do Couto e Silva no sentido de que há serviços públicos prestados no regime de direito privado, ou, mais especificamente, de direito privado administrativo.[509] Em primeiro lugar, porque, por se tratar de atividade estatal, o serviço público está sujeito ao direito público. *Quando se concorda com esse conceito de direito público (exposto no Capítulo I, item 2.4), não é possível negar essa assertiva*. Não é possível, por conseguinte, defender a prestação de serviço público no regime de direito privado. Em segundo, como destacado no item 2 do Capítulo II, esta categoria surgiu na Alemanha para combater a "fuga para o direito privado", o que trazia, inclusive, repercussões em matéria de competência jurisdicional. No caso brasileiro, não é necessário importar essa categoria. O direito privado poderá incidir na prestação de serviços públicos; todavia, há limites claros para isso (item 5.4 do Cap. II), como, por exemplo, a impossibilidade de se afastar os princípios constitucionais do serviço público, que nada mais representam do que ***situações jurídicas ativas para os usuários***.

Ademais, o serviço público é *modalidade de atividade administrativa prestacional*. Uma das características dessa atividade reside na possibilidade de haver a sua ***delegação*** para pessoas privadas mediante ***ato infralegal*** (descentralização por colaboração), o que não ocorre nas demais atividades administrativas. Isso significa que, nesta atividade administrativa (ao contrário do que ocorre nas demais), haverá a *possibilidade de* ***delegação*** *de competências administrativas aos sujeitos privados*.[510] Ao atuarem nessa qualidade, a ***relação jurídica de prestação***, ou seja, aquela firmada entre tais sujeitos privados com os administrados será, pois, de *direito administrativo*.

Outro aspecto destacado é que, no serviço público, ao contrário do que ocorre

---

[509] "De outra parte, o regime jurídico a que se submete a prestação de serviço público ou é inteiramente de direito público, como sucede com os serviços administrativos ou é, em se tratando de serviços de natureza comercial ou industrial, um regime híbrido, predominantemente de direito privado, mas mesclado com normas de direito público, caracterizando o que Hans Julius Wolff denominou de Direito Privado Administrativo" (COUTO E SILVA, Almiro. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público "à brasileira"? *Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]*, v. 27, nº 57, p. 211).

[510] Vide Cap. III, item 8.2.

em outras atividades administrativas prestacionais, são executadas ***prestações materiais*** (em oposição às prestações jurídicas) – isto é, são obrigações jurídicas de dar ou de fazer – destinadas aos ***administrados em geral*** e realizadoras de um fim público assim definido pela ordem jurídica.

O serviço público, enquanto modalidade de atividade administrativa prestacional, está informado por princípios constitucionais específicos, próprios dessa atividade, que ***não poderão ser afastados pelo legislador ordinário***, sob pena de inconstitucionalidade.

A doutrina encontra alguma dificuldade em identificar esses princípios específicos. Isso porque, de modo geral, eles são decorrências do regime geral de direito público e de direito administrativo. Alexandre Santos de Aragão chega a dizer que não há uma peculiaridade do regime jurídico dos serviços públicos (*uti singuli* ou *uti universi*) que os diferencie das demais atividades estatais.[511] Também é essa a linha de Roberto Dromi.[512]

Celso Antônio Bandeira de Mello, por seu turno, depois de arrolar dez princípios específicos do serviço público,[513] escreve que tal rol, "obviamente, nada mais representa senão o realce dado a alguns princípios *dentre os que compõem o regime jurídico administrativo*, tendo em vista sua ressonância evidente nos serviços públicos ou por se constituírem em especificações deles perante tal temática, mas, como é claro a todas as luzes, em nada excluem quaisquer outros não mencionados".[514]

De fato, os princípios específicos do serviço público nada mais são do que meras decorrências do regime geral de direito público. Aliás, nada mais natural, já que essa relação dos princípios do serviço público com o regime geral de direito público decorre da própria natureza da norma-princípio (cfr. item 3.1 do Cap. I). Dado o seu caráter fundamental, os princípios dão base axiológica a outras normas do sistema

---

[511] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, pp. 155-156.
[512] "*En suma, el llamado régimen jurídico de los servicios públicos no tiene nada de especial; es el propio, común y ordinario, a toda actividad en gestión pública; es el que corresponde a la función administrativa pública*" (DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*, p. 531).
[513] Os princípios arrolados pelo autor são os seguintes: (1) dever inescusável do Estado de promover-lhe a prestação (direta ou indiretamente); (2) princípio da supremacia do interesse público; (3) princípio da adaptabilidade; (4) princípio da universalidade; (5) princípio da impessoalidade; (6) princípio da continuidade; (7) princípio da transparência; (8) princípio da motivação; (9) princípio da modicidade das tarifas; (10) princípio do controle (interno e externo) sobre as condições de sua prestação. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, pp. 694-695.
[514] *Idem*, p. 695.

jurídico.[515] Estranho seria se não houvesse essa "relação de decorrência", por assim dizer, entre os princípios do serviço público e o regime de direito público.

De todo modo, é possível identificar princípios específicos do serviço público, que lhe delineiam seu perfil. Vale destacar dois, que dão identidade a tal regime de serviço público: o ***princípio da universalidade*** e o da ***adequação***.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, pelo *princípio da universalidade*, o serviço deve ser "indistintamente aberto à generalidade do público".[516] Conforme Dinorá Grotti, o princípio da universalidade (ou generalidade) decorre do princípio da isonomia e significa que o serviço deverá atender "a todos que dele necessitem, indistintamente, independentemente do poder aquisitivo, satisfeitas as condições para sua obtenção".[517]

Weida Zancaner tem razão quando escreve que o serviço público tem sua razão de existir no princípio da universalidade, enquanto norma concretizadora do princípio da igualdade.[518] O serviço público existe para ser prestado a todos os que dele necessitem, para alcançar à generalidade das pessoas. Concorda-se com Paulo Motta, para quem *a universalidade condensa os valores da civilização, dá unidade sistêmica ao serviço público e condiciona a atividade do intérprete*.[519]

Com efeito, um dos objetivos do Estado brasileiro reside em construir uma "sociedade livre, justa e solidária" (art. 3º, I, da CF). A Lei Maior visa, portanto, a construir uma sociedade solidária, fraterna. Ora, ***o serviço público se liga diretamente à solidariedade social***.[520] A consagração da solidariedade social enquanto *princípio constitucional* implica dizer que se trata de *norma jurídica*; logo, sua incidência sobre os fatos resulta em ***efeitos jurídicos***, isto é, em ***situações jurídicas ativas*** e ***passivas***

---

[515] GUASTINI, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, pp. 74-75, e *La sintassi del diritto*, pp. 74-75.
[516] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. cit.*, p. 694.
[517] GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição de 1988*, p. 288.
[518] ZANCANER, Weida. Responsabilidade do Estado, serviço público e os direitos dos usuários. *Responsabilidade civil do Estado*, p. 345.
[519] MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Regulação e universalização dos serviços públicos: análise crítica da regulação da energia elétrica e das telecomunicações*, p. 149.
[520] "A idéia de serviço público relaciona-se diretamente com a de solidariedade social. Alude-se, especialmente, no direito europeu, ao serviço público como instrumento para a construção da coesão social e territorial" (PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*, pp. 7-8).

para os sujeitos da relação de serviço público.[521]

Nesse sentido, a universalização dos serviços públicos se mostra fundamental. *Os serviços públicos deverão estar **disponíveis** para todos os seus usuários (**universalização formal**) e deverão ser **usufruídos** por todos que dele necessitem (**universalização material**).*[522]

Paulo Motta ensina que a regulação, no âmbito do serviço público, está voltada para a universalização; já na atividade econômica, para a eficiência.[523] Na sua concepção, somente mediante a universalização – que é um princípio decorrente da democracia, legalidade, dignidade da pessoa humana, moralidade, impessoalidade, eficiência, dentre outros – dos serviços públicos é que se poderá promover o desenvolvimento e eliminar a exclusão social.[524]

Ademias, Paulo Motta leciona que é o princípio da universalização que confere ***ao cidadão o direito subjetivo de exigir a sua prestação pelo Estado***. "De modo diverso, seria interpretar a Lei Magna em desconformidade com seus princípios mais

---

[521] Conforme expõe a Min. Cármen Lúcia, em seu voto na já comentada ADI 2.649-6/DF: "O princípio constitucional da solidariedade tem, pois, no sistema brasileiro, expressão inegável e efeitos definidos, a obrigar não apenas o Estado, mas toda a sociedade. Já não se pensa ou age segundo o ditame de 'a cada um o que é seu', mas 'a cada um segundo a sua necessidade'. E a responsabilidade pela produção destes efeitos sociais não é exclusiva do Estado, senão que de toda a sociedade".

[522] MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Op. cit.*, p. 144.

[523] A rigor, a assertiva de que a regulação das atividades econômicas está voltada para a eficiência deve ser tomada de modo relativo. Isso porque o art. 170 da Constituição estabelece que a ordem econômica está fundada na *valorização do trabalho humano* e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos *existência digna*, conforme os ditames da *justiça social*. Então, a eficiência é, sem dúvida, um norte da regulação; mas, além dela, a valorização do trabalho humano, a existência digna e a justiça social deverão ser necessariamente levadas em consideração na regulação econômica. Por tal razão, Ricardo Marcondes Martins (*Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*, p. 120) afirma que a finalidade da regulação administrativa consiste, em primeiro lugar, na equidade econômica e, em seguida, na eficiência econômica.

[524] De acordo com o autor paranaense, ninguém é ingênuo a ponto de achar que a universalidade será atingida num panorama de economia ineficiente e de desperdício, a qual produz uma legião de carentes. Mas a riqueza pode produzir dois resultados distintos: se bem distribuída, mais riqueza; se mal distribuída, mais miséria. Nesse sentido, sustenta que o processo de desenvolvimento de qualquer nação passa, necessariamente, pela universalização dos serviços públicos. O acesso das populações à energia elétrica, telecomunicações, aeroportos etc., é o único modo de promover o desenvolvimento e, por consequência, distribuir de modo equivalente os resultados desse desenvolvimento. "Ora, a eliminação da exclusão do processo econômico não tem outra forma de se realizar se não através do serviço público. Este fato não pode ser tido como ideologia. Aliás, pensar assim, é demonstrar, induvidosamente, total e absoluto, descompromisso com os seres humanos. É através, basicamente, mas não só, da escola pública e dos hospitais públicos, universalizados e presentes em cada povoado de um país, por mais distante que esteja dos grandes centros urbanos, que começa o longo, e penoso, caminho da eliminação da exclusão social. Este itinerário pode ser, bem mais rapidamente, desbravado, se nestes mesmos locais houver um mínimo indispensável de estruturas (estradas, telecomunicações, energia, água, saneamento) que permitam que as riquezas ali produzidas possam adentrar no mercado e servir de meio para aquisição de outras riquezas necessárias à sustentação econômica dos grupos sociais" (MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Op. cit.*, p. 141).

fundamentais, eis que não haveria sentido em obrigar o Estado a prestar, ou promover, a prestação de serviços públicos de modo excludente".[525]

Enfim, um princípio próprio do serviço público – decorrente do regime geral de direito público, em especial, da isonomia e da solidariedade social – é o ***princípio constitucional da universalidade (formal e material)***. Trata-se de princípio que incide na criação, na organização e na prestação do serviço.

Outro princípio específico do serviço público é o ***princípio da adequação***. O art. 175, parágrafo único, IV, da Constituição prescreve que a lei disporá sobre "a obrigação de manter o serviço adequado".

O serviço adequado foi explicitado no art. 6º, § 1º, da Lei 8.987/1995: "Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas".

Tais subprincípios, evidentemente, também decorrem do regime constitucional. A Lei de Concessões apenas consagrou algo que decorre do princípio do serviço adequado e de outros princípios constitucionais. Como bem expôs Dinorá Grotti, após citar tais princípios, todo "serviço público, simplesmente por sê-lo, deve ser prestado adequadamente, o que significa, basicamente, na tradição doutrinária, ser dotado das características acima referidas".[526]

Os princípios da universalidade e da adequação têm *status* constitucional. Portanto, incidem sobre *todos os serviços públicos*, não cabendo ao legislador ordinário afastar tais normas. ***No exercício da sua competência público-legislativa, ele não possui disponibilidade sobre isso***. O que o legislador poderá fazer – até mesmo em razão do caráter principiológico dessas normas – é estabelecer ***medidas distintas de concretização***, de acordo com as características de cada serviço público. Porém, em hipótese alguma, caberá afastá-los.[527]

Em suma, *o serviço público – além de ter que observar o regime de direito público-administrativo – submete-se aos* ***princípios constitucionais da universalidade*** *e* ***da adequação****, dos quais decorrem outras normas. Esse regime informa não apenas a prestação do serviço, mas também a sua criação e organização pelo Estado*.

---

[525] MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Regulação e universalização dos serviços públicos: análise crítica da regulação da energia elétrica e das telecomunicações*, p. 154.
[526] GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição de 1988*, p. 258.
[527] Cfr. Cap. V, item 4.2.

Por fim, é importante destacar que esse regime do serviço público, que *obriga* o Estado a prestar, direta ou indiretamente, o serviço em tais condições, confere – como relação conversa – ***direitos subjetivos (em sentido amplo)*** aos administrados-usuários desses serviços.[528]

7.5. A definição de serviço público

Em vista do exposto, define-se serviço público como sendo a ***atividade administrativa de realização de prestações materiais voltadas aos administrados em geral, sempre como meio de atingir um fim público positivado na ordem jurídica e sujeita ao regime jurídico de direito público-administrativo e, em especial, aos princípios da universalidade e da adequação***.

[528] Sobre os direitos (em sentido amplo) dos usuários, vide Cap. V, item 4.2.

CAPÍTULO V – DA CRIAÇÃO, ORGANIZAÇÃO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

1. Considerações iniciais

Para encerrar a Parte II deste estudo, convém discorrer sobre três aspectos do serviço público: sua criação, sua organização e sua prestação. Esses pontos têm ligação direta com a descentralização de serviços públicos e com o desenvolvimento da Parte III.

Lembre-se que o serviço público é uma tarefa estatal. Falar na descentralização de serviços públicos consiste em dizer que haverá a transferência de competências administrativas, isto é, de situações jurídicas ativas e passivas a ela concernentes. Essa transferência não ocorre de igual modo. Neste ponto, os conceitos de ***criação***, ***organização*** e ***prestação*** de serviços públicos serão úteis, pois eles representam as três dimensões do serviço público.

A ***criação*** *envolve a previsão em lei do serviço público*. A ***organização***, a sua *disciplina administrativa*.[529] Já a ***prestação***, no *oferecimento concreto das utilidades aos administrados*.

Essas dimensões do serviço público envolvem uma série de questões relevantes, que merecem um aprofundamento maior. É o que será realizado nos itens abaixo.

2. A criação de serviços públicos

2.1. O significado, no direito brasileiro, da expressão "criação de serviços públicos". Serviços públicos por determinação constitucional

Tal como foi colocado acima, a ***criação de serviços públicos*** é a *previsão em **lei** de tais serviços*. Sobre esse assunto, é preciso ressaltar a diferença que tal expressão

[529] Como coloca Cesar Guimarães Pereira (*Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*, p. 251), a "criação é *legislativa* e a organização, *administrativa*".

assume no direito brasileiro quando comparado com o direito francês.

Na doutrina francesa, é comum encontrar referências ao tema da *criação de serviços públicos*. A Constituição francesa de 1958 não arrolou – tal como o fez a Lei Maior brasileira de 1988 – uma série de tarefas administrativas e as conferiu ao Estado. Não há, na Lei Fundamental da França, um dispositivo semelhante ao art. 21 do Texto Constitucional de 1988, por exemplo.

Entretanto, o art. 34 da Constituição da França de 1958 estabelece os temas que são do *domínio da lei*, como, *v.g.*, os seguintes: (i) liberdades públicas; (ii) criação de estabelecimentos públicos; (iii) nacionalização de empresas e transferência da propriedade de empresas para o setor privado; (iv) organização da defesa nacional; (v) organização das coletividades territoriais; (vi) ensino; (vii) seguridade social.

Como dentre as situações arroladas no citado art. 34 não se encontra a criação de serviços públicos, a doutrina francesa discute se essa é uma matéria relegada ao *domínio do regulamento*. O que se tem entendido – em consonância com posicionamento já consolidado antes de 1958 – é que cabe ao legislador criar (e, por igual modo, suprimir) serviços públicos. Além das referências no art. 34 da Constituição francesa à criação de estabelecimentos públicos e nacionalização de empresas privadas, costuma-se apontar que a criação de serviços públicos resulta numa limitação às liberdades individuais. Ademais, a defesa nacional, educação e seguridade social estão previstas no domínio da lei. Ainda, é interessante frisar que se tem afirmado que alguns serviços decorrem de princípios e valores constitucionais, havendo até mesmo pronunciamento do Conselho Constitucional francês nesse sentido.[530]

No direito brasileiro, essas dúvidas não se colocam. Isso porque a Constituição Federal de 1988 foi muito clara em qualificar determinadas atividades como serviços públicos, principalmente no que tange às tarefas da União. Quando o art. 21, X, da CF prescreve caber a este ente político "manter o serviço postal e o correio aéreo nacional", fica evidente – e isso foi reconhecido pelo STF na ADPF 46 (vide item 6.5 do Cap. IV) – que o serviço postal tem natureza de *serviço público*. De igual modo, há essa qualificação quando a Lei Maior submete um serviço a concessão ou a permissão,

[530] Vide: BRANCONIER, Stéphane. *Droit des services publics*, p. 251 e ss.; CHAPUS, René. *Droit administraitif général*, t. 1, pp. 623-626; CHEVALLIER, Jacques. *Le service public*, pp. 58-60; GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*, t. 1, pp. 739-741; GUGLIELMI, Gilles J.; KOUBI, Geneviève. *Droit du service public*, pp. 160-164; MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Droit administratif*, pp. 470-471.

porquanto somente se concede ou se permite a prestação de serviço do qual se é titular.[531] Por vezes, a Constituição é explícita, tal como ocorre com os transportes coletivos de passageiros de interesse local previstos no art. 30, V. Aliás, esse dispositivo atribui ao Município o dever de organizar e prestar outros serviços públicos de interesse local. Em relação aos Estados e ao Distrito Federal, a regra é a competência residual; logo, os serviços de interesse regional – ressalvados alguns já qualificados pela Lei Maior (distribuição de gás canalizado, saúde, educação) – poderão receber a *publicatio*.

Enfim, no Brasil, ***a expressão "criação de serviços públicos" tem um sentido semelhante, porém, não idêntico àquele verificado na França***. Neste país europeu, compete somente à lei qualificar uma atividade como sendo serviço público (e mesmo lá, a jurisprudência e a doutrina reconhecem, tal como já comentado, a existência de serviços públicos de natureza constitucional, mesmo sem previsões tão incisivas quanto as da Constituição Federal de 1988). Na França efetivamente se dá a *publicatio* por via legal. No direito brasileiro, isso *pode ocorrer*, mas, em grande medida, *já há serviços assim qualificados pela Lei Maior do Brasil*.

É por isso que a doutrina brasileira faz alusão aos ***serviços públicos por determinação constitucional***, categoria que foi acolhida pelo STF na ADPF 46.[532]

Evidentemente, não é necessário que o Texto Constitucional expressamente utilize a expressão "serviço público", tal como o faz com o serviço de saúde em diversas passagens (*v.g.*, art. 35, III, e art. 198, *caput* e § 2º). ***Basta que o ente político seja, de acordo com a Constituição, titular de uma prestação material voltada aos administrados em geral***. *A indicação constitucional que a atividade pode ser submetida a concessão, permissão e autorização apenas reforça essa qualificação*.

Não cabe afirmar que, para ser serviço público, essa locução deveria estar expressa no art. 21 ou em qualquer outro dispositivo constitucional. Isso seria o mesmo que interpretar literalmente um dispositivo constitucional. É pacífico que este é apenas o primeiro método à disposição do intérprete, o seu ponto de partida; contudo, outros

---

[531] Dinorá Grotti (*O serviço público e a Constituição de 1988*, pp. 91-92) ensina que "o art. 21 lista atividades que somente podem ser desempenhadas diretamente pela União ou mediante autorização, permissão ou concessão, o que importa necessariamente no reconhecimento de que são serviços públicos, já que onde não existe serviço público próprio do Estado, não cabe falar em concessão e permissão como formas de prestação. Essa conclusão é ainda reforçada pelo art. 66 ADCT, que se reporta aos serviços públicos de telecomunicações".

[532] Sobre a ADPF 46, vide as considerações realizadas no item 6.5 do Cap. IV.

métodos exegéticos devem ser utilizados para se obter a norma constitucional. Agora, é evidente que a menção expressa retira qualquer dúvida que poderia existir sobre a qualificação da atividade como serviço público.

Em suma, haverá ***serviço público por determinação constitucional*** quando: (a) *a Constituição expressamente indicar a locução "serviço público" para certa tarefa* (ex.: art. 198); (b) apesar de não haver tal menção, *a atividade material voltada aos administrados em geral for constitucionalmente atribuída a determinado ente político, como sendo de sua titularidade* (ex.: art. 21, X; art. 25, § 2º). Essa qualificação ficará ainda mais clara quando a outorga da prestação material a terceiros for submetida a concessão ou a permissão (ex.: art. 21, XII).

Em face disso, percebe-se que a expressão "criação de serviços públicos", no Brasil, possui ***dois sentidos***.

No *primeiro*, "criação de serviço público" significa a efetiva *publicatio* (mediante lei) de uma atividade assim não qualificada pela Constituição. É o que ocorre em relação aos serviços funerários em diversos Municípios e às operações realizadas em estações aduaneiras de uso público não situados em zona de portos e aeroportos (os chamados "portos secos"), que se tornaram serviços públicos por força do art. 1º, VII, da Lei 9.074/1995. A Constituição não conferiu tal atividade a qualquer dos entes políticos; estes, todavia, poderão transformar tal atividade privada em serviço público.

O *segundo significado* daquela locução consiste na disciplina legal das *condições para a prestação do serviço público* – seja ele assim definido por lei ou pela Constituição. Nesse caso, "criar o serviço público" implica estabelecer: (i) *as condições gerais do serviço público* (princípios específicos, estruturação dos serviços etc.) *a serem observados tanto na sua organização como na sua prestação*; (ii) *os órgãos ou pessoas administrativas que irão organizá-lo*; (iii) *a forma de prestação dos serviços* (por pessoa administrativa, mediante concessão etc.). Vale exemplificar.

A Constituição de 1988, em seu art. 21, XX, atribui à União a tarefa de instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive saneamento básico. Por sua vez, o art. 23, IX, prevê ser competência comum dos entes federativos promover a melhoria das condições de saneamento básico. O art. 200, IV, dispõe que o sistema único de saúde deverá "participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico".

A partir das prescrições constitucionais acima, percebe-se que as atividades de saneamento básico são de *titularidade do Poder Público* (ainda que exista discussão sobre o ente político titular, se o Estado ou o Município). Nada mais dispôs a Constituição sobre o saneamento básico. Mas a simples atribuição da atividade ao Poder Público já permite afirmar se tratar de atividade pública. Há uma competência legislativa conferida à União (a de instituir diretrizes).[533] Mas também existe a competência comum para realizar prestações materiais. Diante disso, já é possível asseverar haver um serviço público de saneamento básico, o que, aliás, não tem sido objeto de controvérsia.[534]

Com base no art. 21, XX, a União exerceu sua competência legislativa e editou a Lei 11.445/2007. Nesta lei, constam as condições gerais do serviço. Como exemplos, pode-se citar: a estipulação dos princípios fundamentais do serviço de saneamento básico (art. 2º); a conceituação de saneamento básico (art. 3º, I). Também foram veiculadas normas para a organização do serviço (arts. 21 a 26). Contudo, como a organização e a prestação do serviço não cabem à União, a Lei 11.445/2007 previu que ao titular do serviço compete prestá-lo "diretamente ou autorizar a delegação dos serviços e definir o ente responsável pela sua regulação e fiscalização, bem como os procedimentos de sua atuação" (art. 9º, II). Ademais, esse diploma legal trouxe normas para a concessão do serviço (art. 11).

O mesmo vale para outros serviços públicos. A lei que o criar deverá, por conseguinte, *estabelecer* ***as condições gerais do serviço público***, *a* ***estrutura institucional*** *e o* ***modo de prestação*** *do serviço público*.

É no âmbito da criação de serviços públicos que se colocam os limites da discricionariedade do legislador. Este é o objeto do próximo item.

---

[533] Cfr. PETIAN, Angélica. O alcance e os limites da competência da União para legislar sobre saneamento. *Estudos sobre o marco regulatório de saneamento básico no Brasil*, pp. 95-109;

[534] Vide: DAL POZZO, Augusto Neves. A gestão do serviço de saneamento básico pelo instrumento da concessão. *Estudos sobre o marco regulatório de saneamento básico no Brasil*, pp. 266-267; GROTTI, Dinorá Adelaiede Musetti. Evolução histórica e princípios do serviço público de saneamento básico. *Estudos sobre o marco regulatório de saneamento básico no Brasil*, pp. 30-37; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As parcerias público-privadas no saneamento ambiental. *Parcerias público-privadas*, pp. 329-330; PRADO FILHO, Francisco Octavio de Almeida. Diretrizes para a instituição de tarifas e taxas para os serviços de saneamento básico. *Estudos sobre o marco regulatório de saneamento básico no Brasil*, pp. 319-320.

2.2. Discricionariedade legislativa em matéria de serviços públicos

A discricionariedade legislativa em matéria de serviços públicos envolve três tipos de questões: (i) limites para a criação de serviços públicos; (ii) possibilidade ou não de supressão total ou parcial de serviços públicos por determinação constitucional; e (iii) condicionamentos para a disciplina do serviço.

2.2.1. Limites para a transformação de atividades privadas em serviços públicos

No direito brasileiro, a doutrina majoritária – sejam os que defendem o critério material para conceituar o serviço público, sejam os que postulam o critério formal – entende ser possível a transformação de atividades privadas em serviços públicos.[535]

De fato, o legislador tem competência para retirar uma atividade do domínio privado para inseri-la no campo próprio do Estado. Trata-se da *publicatio*. Contudo, essa discricionariedade legislativa possui limites.

Em primeiro lugar, União, Estados, Distrito Federal e Municípios somente poderão criar serviços públicos se esses possuírem ***pertinência com o interesse de cada ente político***, isto é, se tais serviços forem de interesse nacional, regional, distrital e local, respectivamente. É por isso que o Estado-membro não pode dispor sobre serviços funerários.[536]

Em segundo, tal como aponta Dinorá Grotti, o art. 173 da Constituição – que dispõe sobre a excepcionalidade da intervenção do Estado na ordem econômica (somente em situações de segurança nacional e relevante interesse coletivo, assim definido em lei) – deverá ser respeitado; "do contrário dar-se-ia uma transformação artificial de atividades econômicas em serviços públicos, com o intuito sub-reptício de

---

[535] Apesar de ser esse o posicionamento majoritário (vide, por todos, GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição de 1988*, p. 101 e ss.), Fernando Herren de Aguilar (*Serviços públicos: doutrina, jurisprudência e legislação*, pp. 36-37) entende de modo diverso. Para ele, o legislador ordinário não pode criar novos serviços públicos. O fundamento desse posicionamento "está no fato de que a CF/88, diferentemente da CF/67-69, não permite a monopolização de atividades econômicas pelo Estado sem emenda constitucional. Permitir-se que serviços públicos novos sejam criados fora da Constituição seria equivalente a monopolizar por lei ordinária um setor da economia".

[536] Em relação aos serviços funerários, vide, do STF, a ADI 1.221/RJ, e o RE 49.988/SP, ambos citados no item 6.2 do Cap. IV.

estatizá-la, resvalando para o campo da inconstitucionalidade".[537] É impensável que uma atividade econômica seja transformada em serviço público se não estiver presente a segurança nacional ou o relevante interesse coletivo.

Por fim, o legislador deverá respeitar os princípios da ordem econômica, somente podendo transformar atividades que *não são*, por determinação constitucional, qualificadas como atividades econômicas (ex.: exploração de petróleo). Em relação às demais atividades econômicas, ele assim poderá proceder, desde que se trate de uma atividade capaz de realizar um fim público assim definido na ordem jurídica. Como corretamente observa Silvio Luís Ferreira da Rocha, para a transformação de uma atividade econômica em serviço público, é necessário que aquela possua "alguma relevância para a coletividade a ponto de justificar a submissão a um regime jurídico diferenciado".[538] A rigor, esse exame somente poderá ser feito em face de cada caso concreto e será norteado pelo princípio da razoabilidade.[539]

2.2.2. Supressão total ou parcial de serviços públicos por determinação constitucional. O legislador pode inserir no domínio privado uma atividade prevista no art. 21 da Constituição?

Uma questão que tem sido colocada é a seguinte: há discricionariedade legislativa para inserir no domínio privado uma atividade atribuída ao Poder Público pela Constituição? Exemplo: o legislador pode conferir ao setor privado uma atividade referente às telecomunicações, ferrovias e portos, submetendo-a, portanto, a um regime de direito privado?

A questão passou a ser discutida no direito brasileiro em razão de algumas previsões legislativas, como a do art. 131 da LGT, a qual prescreve que os serviços de telecomunicações no regime de direito privado dependem de autorização a ser emitida pela ANTEL (art. 131, *caput*).

Assim, tendo em vista que a Constituição de 1988 admite que determinadas

---

[537] GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição de 1988*, p. 106.
[538] ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Breves considerações sobre a intervenção do Estado no domínio econômico e a distinção entre atividade econômica e serviço público. *Intervenção do Estado no domínio econômico e no domínio social: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*, p. 24.
[539] Sobre o tema, vide ainda: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, pp. 707-708.

atividades de competência da União possam ser executadas por meio de autorização (art. 21, XI e XII) – que é tradicionalmente tratada como ato que libera os sujeitos privados para o exercício de uma atividade de titularidade privada (vide item 2 do Cap. VIII), isto é, como um ato de administração ordenadora –, alguns autores passaram a defender a tese que a Lei Maior confere ao legislador um espaço de discrição para incluir as atividades constantes nos incisos XI a XII do art. 21 no regime de serviço público, ou no regime puramente privado, transferindo a atividade para o setor privado.

É a posição de Alexandre Santos de Aragão, que inclui até mesmo o serviço postal (art. 21, X) nesse grupo. Para ele, em face das evoluções tecnológicas propiciadoras da concorrência e do princípio da proporcionalidade (na sua expressão de subsidiariedade), o legislador possui discricionariedade para qualificar as atividades dos incisos X a XII como serviços públicos ou como atividades econômicas sujeitas a autorização. Em vista disso, algumas atividades teriam sido realmente privatizadas, ou seja, teriam saído da órbita público-estatal e passado para o mercado. Cita o caso das telecomunicações e a já comentada ADI-MC 1668 (cfr. item 6.3 do Cap. IV), que teria chancelado essa possibilidade. Na sua visão, a argumentação é fortalecida pela permanente revolução tecnológica que atingiu vários setores, dentre eles o de telecomunicações.[540] Nas palavras de Aragão, o "que deve ser frisado é que não se trata de 'forçar' a letra da Constituição para encaixá-la *a fórceps* na nova realidade tecnológica e econômica, tratando-se, ao revés, de uma interpretação evolutiva da Constituição plenamente compatível com a sua letra, que é o início e limite, negativo e positivo, da atividade hermenêutica".[541]

Porém, o autor escreve que a mesma discricionariedade não existe em relação aos serviços cuja Constituição não possibilitou a autorização (apesar de Aragão ter incluído o serviço postal). É o caso dos serviços de gás canalizado (art. 25, § 2º) e de transporte coletivo de passageiros no âmbito municipal (art. 30, V).[542]

Em linha semelhante, Cesar Guimarães Pereira defende que a alusão a serviços a serem explorados mediante concessão, permissão ou autorização significa que a Constituição conferiu à lei a decisão concreta sobre quais áreas de atuação serão configuradas como serviço público (sujeito a concessão ou permissão). Há, aqui, mera

---

[540] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direitos dos serviços públicos*, pp. 224-234.
[541] *Idem*, pp. 236.
[542] *Idem*, pp. 237.

norma de competência legislativa, das quais não se extrai, na sua visão, qualquer dever concreto do Poder Público de agir. Ademais, em tais disposições constitucionais (ex.: art. 21, XII), há uma *presunção relativa* de vinculação da atividade aos direitos e valores constitucionais. Isso significa que, a princípio, não cabe a supressão absoluta da atividade, remetendo todo o campo para a autorização, devendo haver um núcleo sujeito ao regime de serviço público.[543]

Os argumentos apresentados acima ***não se mostram fortes*** *o suficiente para se permitir que o legislador "desestatize" (isto é, retire a atividade da titularidade do Poder Público) certa tarefa pública.*

Em primeiro lugar, a evolução tecnológica é um fato, um evento situado no *plano do ser*. Afirmar que a evolução tecnológica autoriza o legislador a desestatizar uma atividade pública (isto é, retirar da titularidade do Poder Público) é o mesmo que dizer que fatos (enunciados descritivos) podem derrogar normas (enunciados prescritivos),[544] ou então que eles podem subverter a hierarquia normativa do sistema, permitindo que o legislador derrogue o conteúdo de uma norma constitucional. De certo modo, seria uma ofensa à "Lei de Hume", aplicada no âmbito da lógica deôntica (que é a lógica das normas).[545] Ora, *a evolução tecnológica de uma atividade em nada afeta a*

---

[543] "Alude-se a uma presunção *relativa* de vinculação e, portanto, de publicização porque não é possível excluir, por completo, a situação em que uma determinada atividade referida no art. 21, X a XII, da Constituição venha a tornar-se integralmente privada (submetida apenas ao controle público mediante *autorização*). A delimitação dos serviços públicos é histórica e dinâmica. É possível, teoricamente, que determinadas áreas de atividades referidas na Constituição sejam reputadas alheias à realização de direitos ou valores fundamentais, ainda que exibam certa relevância coletiva apta a submetê-las à autorização estatal.

As normas que remetem essas atividades à competência pública afirmam, *a priori*, a sua vinculação aos direitos e valores fundamentais, o que dá a tais atividades uma forte sujeição à disciplina pública. Apenas seria possível, em tese, a privatização integral dessas atividades caso se superasse tal vinculação. Como, na generalidade dos casos, essa vinculação não pode ser eliminada, tais atividades previstas na Constituição não podem deixar de configurar, ao menos parcialmente, serviços públicos" (PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*, pp. 256-257).

[544] "No domínio das proposições normativas do Direito, a validade do enunciado universal não se desfaz com proposição normativa individual de validade oposta, *mas por outra norma que, segundo o método estabelecido no sistema, traz força ab-rogante*. É o próprio sistema que, normativamente, firma que norma de superior nível prevalece sobre norma de nível inferior, ou que entre normas do mesmo nível, a posterior revogue a anterior" (VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*, p. 114).

[545] De acordo com a "Lei de Hume" – elaborada pelo filósofo David Hume acerca da moral e generalizada pelos filósofos para outros campos normativos – é logicamente impossível deduzir uma proposição normativa (do "dever ser") de uma série de proposições descritivas (do "ser") e vice-versa. Cfr. ECHAVE, Delia Teresa; URQUIJO, María Eugenia; GUIBOURG, Ricardo A. *Lógica, proposición y norma*, pp. 148-152.

previsão constitucional da titularidade do serviço prevista na Constituição. Tal fato *obriga, isto sim, a se promover a* ***adaptação do serviço****, ou então a sua* ***reestruturação por meio de lei****, a fim de atender a esses novos parâmetros*. Não se pode postular – sob o argumento da evolução tecnológica – uma mudança na competência do legislador. Lembre-se que, como qualquer competência, o legislador ordinário está sujeito a limites, dentre as quais se inclui a vedação de suprimir disposições constitucionais, seja de modo direto, seja de modo velado.

Em segundo lugar, afirmar que o art. 21, XI e XII, introduz normas de competência (ou norma de estrutura) *apenas* ***reforça*** *o argumento de que o legislador* ***não*** *pode retirar uma atividade da competência estatal*.

A Constituição, ao veicular uma norma de competência, de um lado, atribui uma tarefa ao ente político e, de outro, a ela vincula uma série de deveres jurídicos (dever de respeitar a moralidade, dever de eficiência, dever de observar a legalidade, dentre outros). E, ao criar uma competência, a Constituição vincula os órgãos constituídos a observarem tais disposições. Trata-se do já mencionado ***efeito vinculativo das competências*** (cfr. item 3.6 do Cap. III).

Como o legislador não dispõe de competência para derrogar normas constitucionais (a não ser mediante um processo específico de alteração da Constituição e que também possui limites), ele não poderá transferir para a iniciativa privada uma atividade de competência da União. O mesmo vale para os Estados, Distrito Federal e Municípios. Defender linha oposta (qual seja, da possibilidade de desestatizar a atividade) mostra uma total incompatibilidade com a teoria das competências públicas, cuja finalidade reside justamente na delimitação do campo próprio do Estado (e, por consequência, no respeito ao domínio dos sujeitos privados). Mais do que isso, revela uma desconsideração em relação ao princípio da supremacia da Constituição.

A competência atribuída ao legislador é para – respeitada a titularidade do Estado (e, no caso do art. 21, da União) e seu regime de direito público (que é a disciplina normativa das atividades estatais) – ***disciplinar o serviço público***. Ele pode submetê-lo – no caso do art. 21, XI e XII – à concessão, permissão ou autorização. Poderá ainda atribuir a sua prestação ao Estado, por meio de entidades administrativas. Enfim, respeitados determinados limites (*v.g.*, manutenção da titularidade estatal e submissão ao regime de direito público), o legislador possui discricionariedade.

Em síntese, o legislador não possui discricionariedade para retirar uma atividade do domínio estatal. Sustentar linha oposta implica subverter a hierarquia normativa e desconsiderar a finalidade das competências públicas, em ofensa ao princípio da supremacia constitucional.

2.2.3. Deveres do legislador na criação de serviços públicos

Quanto ao âmbito de discrição do legislador no que tange aos serviços públicos, há *condicionamentos negativos* e *positivos*.

Quanto aos condicionamentos negativos, há, evidentemente, o dever de *respeitar os limites estabelecidos na Constituição*. Um deles já foi acima observado: não cabe ao legislador retirar um serviço público por determinação constitucional da esfera de titularidade do Estado.

Mas há outros referentes ao modo de prestação. Os incisos XI e XII do art. 21 da Constituição admitem que a prestação de serviços públicos ocorra mediante concessão, permissão e autorização. Não é possível criar, por exemplo, a autorização para a prestação de serviço público postal (art. 21, X). O significado daqueles atos jurídico-administrativos será detalhado nos Capítulos VII e VIII. Por enquanto, cabe apenas afirmar que o legislador possui discricionariedade para disciplinar o conteúdo dos atos de concessão, permissão e autorização. Note-se, todavia, que discricionariedade não é liberdade absoluta. Logo, há limites, os quais serão expostos nos Capítulos citados. Mas já vale exemplificar alguns.

O legislador (federal, estadual, distrital ou municipal) ***não poderá criar*** *formas de delegação da prestação de serviços públicos a pessoas privadas* ***não previstas na Constituição***. O art. 175 estabeleceu uma regra geral: concessão e permissão. Logo, a União, o Estado, o Distrito Federal e Municípios poderão submeter seus serviços públicos a essas duas formas de delegação a entes privados. No art. 21, XI e XII, possibilitou-se mais um instrumento, apenas para aqueles serviços: a autorização (cfr. Cap. VIII, item 2.3). Assim, chamar uma delegação da prestação de serviço público a terceiros de "franquia", "contrato de programa" ou qualquer outro, resulta em ofensa ao Texto Constitucional.

Ademais, o legislador estadual não tem competência para dispor sobre todos os

elementos e pressupostos dos contratos de concessão e permissão de serviço público de interesse regional. Ele deverá seguir as normas gerais disciplinadas na Lei 8.987/1995, na Lei 11.079/2004 e na Lei 8.666/1993, tendo em vista a prescrição contida no art. 22, XXVII, da CF. Nesse sentido, sua competência será suplementar, para editar normas específicas sobre o contrato.

O legislador estadual não poderá, igualmente, prever a autorização de serviço público de interesse regional, já que a Constituição não lhe abriu essa possibilidade. A autorização de serviço público está restrita aos casos especificados na Lei Maior de 1988. Para as demais situações, vale a ***regra geral***, qual seja, a concessão e a permissão de serviços públicos (art. 175 da CF). Ele somente poderá utilizar a autorização enquanto técnica de administração ordenadora, isto é, para condicionar a autonomia privada das pessoas (art. 170, parágrafo único, da CF).

O mesmo vale para os legisladores distrital e municipais.

Por outro lado, o legislador nacional poderá – desde que respeitados os direitos dos administrados e outras vinculações de direito público – estabelecer os elementos e pressupostos desses atos de delegação de serviço público (concessão, permissão e autorização). Entretanto, o legislador nacional não poderá utilizar a autorização para situações diversas daquelas previstas nos incisos XI e XII do art. 21. Para os demais serviços públicos de sua titularidade, poderá adotar o regime da concessão ou da permissão de serviço público, conforme autoriza o art. 175 da CF.

Neste estudo, adota-se a linha de que a ausência de previsão na Constituição da concessão e da permissão não inviabiliza a sua adoção. Se a Constituição autoriza o legislador (federal, estadual, distrital e municipal) a transformar atividades privadas em serviços públicos e submetê-las ao regime de concessão e permissão (por força da regra geral prevista no art. 175 da Constituição), o mesmo vale para serviços públicos por determinação constitucional para os quais tal regime não foi previsto expressamente.

Em relação aos condicionamentos positivos, a lei que criar o serviço público deverá, tal como já destacado acima, estabelecer as *condições gerais do serviço público*, a *estrutura institucional* e o *modo de prestação do serviço público*. Esses aspectos deverão ser *obrigatoriamente disciplinados pelo legislador*.

Caberá, portanto, ao legislador disciplinar os principais aspectos do serviço público, bem como ***de que modo os princípios da universalidade e da adequação serão***

concretizados. Assim, a lei poderá dispor que a universalidade será atendida por meio de diversos prestadores de serviço, em regime de competição. Ou então, pode ser justamente o contrário: a concentração da prestação em um só agente pode ser o meio mais adequado de atingir aqueles fins. A lei deverá tratar ainda de aspectos referentes à prestação adequada do serviço público, prescrevendo os direitos (em sentido amplo), deveres e sujeições dos usuários e prestadores, o que inclui as hipóteses de suspensão do serviço, tal como o fez o art. 40 da Lei 11.445/2007.[546]

Ressalte-se que cada serviço público possui peculiaridades – algumas derivadas de evoluções tecnológicas, por exemplo – ***que podem resultar em formas diferentes de se implementar os princípios da universalidade e da adequação. Há discrição legislativa quanto a esse aspecto***. Caberá ao intérprete apenas avaliar se esses princípios constitucionais estão sendo atendidos pelo legislador, isto é, se ele criou mecanismos para que eles sejam devidamente concretizados.

O legislador deverá ainda estipular a competência da pessoa administrativa que será responsável por organizar o serviço e deverá escolher o modo de prestação, tal como já comentado acima (item 2.1 *supra*).

3. A organização de serviços públicos

Tal como foi exposto no item 1 deste Capítulo, *a organização é uma dimensão do serviço público*. São medidas administrativas tendentes a concretizar os comandos legais e a disciplinar o modo de prestação de serviço público previsto pela lei.

Há dois aspectos que merecem um comentário mais detido. O primeiro deles diz respeito aos *poderes administrativos* envolvidos no âmbito da organização do serviço público; o segundo se refere às *pessoas* que poderão figurar na posição de

---

[546] "Art. 40. Os serviços poderão ser interrompidos pelo prestador nas seguintes hipóteses:
I – situações de emergência que atinjam a segurança de pessoas e bens;
II – necessidade de efetuar reparos, modificações ou melhorias de qualquer natureza nos sistemas;
III – negativa do usuário em permitir a instalação de dispositivo de leitura de água consumida, após ter sido previamente notificado a respeito;
IV – manipulação indevida de qualquer tubulação, medidor ou outra instalação do prestador, por parte do usuário; e
V – inadimplemento do usuário do serviço de abastecimento de água, do pagamento das tarifas, após ter sido formalmente notificado.
§ 1º. As interrupções programadas serão previamente comunicadas ao regulador e aos usuários.
§ 2º. A suspensão dos serviços prevista nos incisos III e V do caput deste artigo será precedida de prévio aviso ao usuário, não inferior a 30 (trinta) dias da data prevista para a suspensão."

organizadores do serviço público.

3.1. Organização do serviço público e poderes administrativos

No Capítulo III, item 3.5.6, os poderes administrativos foram categorizados em três modalidades: (a) poderes normativos; (b) poderes de configuração de efeitos inovadores; e (c) poderes de emissão de atos conferindo certeza jurídica, segurança jurídica e força probatória especial.

No âmbito da organização do serviço público, as três espécies acima poderão estar presentes, sendo que todas têm a característica comum de ter como objeto a *prestação de serviço público*.

A Administração Pública exerce um ***poder normativo*** no âmbito da organização dos serviços públicos *em mais de um nível*. Em primeiro lugar, esse poder se manifesta pela edição de regulamentos de execução, que são atos administrativos normativos – de competência do Chefe do Poder Executivo[547] – destinados a disciplinar

[547] Não é objeto deste trabalho problematizar acerca da competência para a edição de regulamentos por entes diversos do Chefe do Poder Executivo. Há quem entenda ser possível haver uma habilitação legal específica para a edição de regulamentos por outras pessoas. É a posição de Flávio José Roman, para quem a Constituição, em diversos dispositivos (tal como o art. 49, V, que dispõe sobre a competência exclusiva do Congresso Nacional para sustar atos normativos do Poder Executivo que "exorbitem do poder regulamentar") confere uma competência normativa ao Poder Executivo em diversas passagens. No entanto, alerta que cabe ao Presidente da República o exercício da direção superior da Administração Pública federal (art. 84, II, da CF); por isso, os regulamentos do Presidente da República se sobrepõem, em regra, aos demais atos normativos da Administração. A prevalência de ato administrativo normativo setorial (não editado pelo Chefe do Poder Executivo, mas por outra autoridade administrativa) somente se justificaria – na concepção do autor – se houver o reconhecimento constitucional e legal de autonomia de determinado ente para a edição de regulamentos. "Conclusivamente, podemos asseverar que o **regulamento**, em sentido amplo, ou metodológico-sistemático, é a regra de direito objetivo (abstrata), expedida em desenvolvimento à lei de habilitação, no exercício de função administrativa, e submetida a controle jurisdicional de legitimidade. Já em sentido estrito, ou constitucional-positivo, o regulamento é uma regra de direito objetivo (abstrata), expedida em desenvolvimento à lei, no exercício de função administrativa, e submetida a controle jurisdicional de legitimidade, pelo chefe do Executivo, com fundamento em atribuição constitucional privativa" (ROMAN, Flávio José. A função regulamentar da administração pública e a regulação do sistema financeiro nacional. *A regulação jurídica do sistema financeiro nacional*, p. 78).
Não há dúvidas de que os diversos entes da Administração Pública possuem poderes normativos. Aliás, não é incomum encontrar atos administrativos normativos que acabam, na prática, por regulamentar leis, mesmo ante a ausência de um regulamento do Chefe do Poder Executivo. É preciso destacar que isso não significa que esses atos administrativos normativos sejam inválidos, pois a Administração precisa interpretar e aplicar a lei. Todavia, por força do art. 84, IV, da Constituição, uma vez editado um regulamento do Chefe do Poder Executivo, os demais atos administrativos serão a ele subordinados. Nesse sentido, acompanha-se o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello de que a competência regulamentar pertence, no direito brasileiro, ao Chefe do Poder Executivo.

a execução de leis (art. 84, IV, da CF). Desse modo, caberá ao regulamento limitar a discricionariedade administrativa prevista na lei que criou o serviço público, seja para estabelecer o *modus procedendi*, seja para caracterizar fatos, situações ou condutas enunciadas na lei de modo vago (ex.: criar deveres específicos no âmbito da relação de sujeição especial a ser estabelecida entre a Administração e os concessionários). Ademais, caberá decompor analiticamente o conteúdo de conceitos sintéticos previstos na lei.[548]

Num segundo plano, o órgão ou entidade administrativa competente para organizar o serviço poderá editar atos normativos complementares à lei que criou o serviço e ao respectivo regulamento editado pelo Chefe do Poder Executivo. Basicamente, o conteúdo e os limites desses atos administrativos serão os mesmos do regulamento, apenas num nível inferior a ele. Esse poder normativo é o exercido, *v.g.*, pelas autarquias denominadas de "agências reguladoras" (que nada mais são do que autarquias).

O segundo poder de autoridade existente no âmbito da organização do serviço público consiste no de *configuração de efeitos inovadores*, os quais poderão ser ampliativos ou restritivos. No âmbito da organização de serviços públicos, esses poderes têm como objeto disciplinar a conduta dos sujeitos da relação de prestação de serviço público. Eles podem vir a alterar a situação jurídica dos prestadores do serviço público (ex.: concessionários) ou dos usuários do serviço.

Dentre os poderes configuradores ampliativos, é possível citar os atos administrativos que autorizam a troca de controle acionário de concessionários de

---

Por fim, vale destacar que o STF, na ADI-MC 1668, entendeu que os atos normativos da ANATEL deveriam ser subordinados à lei e "às normas de segundo grau, de caráter regulamentar, que o Presidente da República entenda baixar" (voto do Min. Sepúlveda Pertence). Todavia, é preciso ressaltar que tal decisão foi proferida em caráter liminar.

[548] "Em síntese: os regulamentos serão compatíveis com o princípio da legalidade quando, no interior das possibilidades comportados pelo enunciado legal, os preceptivos regulamentares servem a um dos seguintes propósitos: (1) *limitar a discricionariedade administrativa*, seja para (a) dispor sobre o *modus procedendi* da Administração nas relações que necessariamente surdirão entre ela e os administrados por ocasião da execução da lei; (b) caracterizar fatos, situações ou comportamentos enunciados na lei mediante conceitos vagos cuja determinação mais precisa deva ser embasada em índices, fatores ou elementos configurados a partir de critérios ou avaliações *técnicas* segundo padrões uniformes, para garantia do princípio da igualdade e da segurança jurídica; (2) *decompor analiticamente o conteúdo de conceitos sintéticos*, mediante simples discriminação integral do que neles se contém e estabelecimento dos comportamentos administrativos que sejam conseqüências lógicas necessárias do cumprimento da lei regulamentada" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes temas de direito administrativo*, p. 269).

serviço público (art. 27 da LCSP). A alteração unilateral dos contratos de concessão poderá ter um efeito ampliativo para os usuários, quando, por exemplo, há uma ampliação do escopo do serviço objeto da concessão, a fim de promover a universalização do serviço (ex.: ampliação de áreas dos arrendamentos portuários). No grupo dos poderes configuradores restritivos se encontram, por exemplo, as sanções administrativas aplicáveis a concessionários de serviço público. Em todas essas situações, os poderes de configuração têm como foco os sujeitos da relação de prestação de serviço público, seja para ampliar sua esfera jurídica, seja para restringi-la.

Como se pode perceber, nas concessões e permissões de serviço público, muitas das chamadas "cláusulas regulamentares" são poderes administrativos de configuração de efeitos inovadores situados na dimensão da organização do serviço público.

Por fim, também é possível identificar *poderes de emissão de atos conferindo certeza jurídica, segurança jurídica e força probatória especial* no âmbito da organização de serviços públicos. É o que ocorre quando a Administração emite um atestado de que certo concessionário executou um serviço público. Esse ato produz o efeito de impedir que terceiros desconsiderem o conteúdo ali constante, salvo prova em contrário.

3.2. Pessoas que poderão organizar o serviço público

A competência para organizar o serviço público é sempre do titular dessa tarefa. Entretanto, as situações jurídicas ativas e passivas relacionadas à organização estão distribuídas entre mais de um órgão e entidade administrativa.

Assim, o poder de edição de regulamentos executivos será sempre do Chefe do Poder Executivo do ente político titular do serviço público. Pela interpretação *a contrariu sensu* do art. 84, IV, da Constituição, é possível asseverar que ele não pode delegar esse poder para os agentes imediatamente subalternos (no âmbito federal, para os Ministros de Estado; no âmbito estadual, distrital e municipal, para os Secretários).

De todo modo, ressalvada a competência regulamentar e outras conferidas pela

própria Constituição a outros órgãos,[549] a lei poderá atribuir a competência para organizar o serviço público a outros *órgãos integrantes da estrutura hierárquica do Poder Executivo*, ou para outras *pessoas administrativas* (de direito público ou de direito privado).

Nada impede, portanto, que a lei outorgue os poderes referentes à organização do serviço a um órgão da Administração Pública (ministério, no âmbito federal, e secretarias, nas esferas estadual, distrital e municipal). Essa será uma opção política definida em lei.

Ademais, a lei poderá ainda distribuir tais situações ativas e passivas entre esses órgãos e pessoas jurídicas de direito público (as autarquias). Ou, como essas podem ser titulares de interesses públicos, toda competência de organização (salvo as previstas na própria Constituição, evidentemente) pode ser a elas conferida.

Uma questão que pode surgir diz respeito à possibilidade de descentralização administrativa de parcela da competência de organização a pessoas privadas integrantes da Administração Pública indireta (empresas estatais e fundações estatais de direito privado). De plano, vale destacar que isso será possível, desde que respeitadas as competências exclusivas dos entes políticos ainda que de forma limitada. No entanto, o tema será aprofundado no Capítulo VI.

Por fim, não é possível que pessoas privadas, não integrantes da Administração Pública, exerçam situações jurídicas relativas a uma atribuição de organização de serviços públicos. Isso porque os instrumentos de concessão, permissão e autorização de serviço público se destinam a *delegar somente a **prestação** de um serviço público*. O art. 175, *caput*, da Constituição é expresso nesse sentido em relação à concessão e à permissão. E, com maior razão, não caberá interpretar de modo diverso em relação à autorização. Em todas essas situações, a Lei Maior autoriza que pessoas privadas (não integrantes da Administração Pública) estabeleçam com os usuários *uma relação de prestação de serviço*, sendo defeso à lei permitir a delegação da organização do serviço público por meio de concessão, permissão ou autorização.

---

[549] Em relação aos serviços de radiodifusão sonora de sons e de imagens, o art. 223, § 1º, da Constituição impõe ao Congresso Nacional o dever de apreciar os atos de outorga e de renovação das concessões, permissões e autorizações de tais serviços. Trata-se, aqui, de um poder de configuração de efeitos inovadores outorgado ao Poder Legislativo nacional.

4. A prestação de serviços públicos. A situação jurídica do usuário

A última dimensão no âmbito dos serviços públicos consiste na sua prestação. O serviço foi criado, organizado e, agora, será *prestado*, isto é, *posto à disposição* ou *efetivamente executado* em prol dos usuários.

Note-se que entre *usuários* e *prestadores de serviço* (seja a Administração Pública direta ou indireta, sejam as pessoas privadas não integrantes dessa estrutura) é formada uma relação jurídica, a ***relação de prestação de serviço público***. Justamente por se tratar de uma relação jurídica referente a uma atividade público-administrativa, será ela disciplinada pelo ***direito público***.[550]

Embora o regime jurídico seja o de direito público, não se pode deixar de destacar que o conjunto de situações jurídicas ativas e passivas atribuídas a cada parte não serão idênticas em todos os serviços públicos. As normas – previstas na Constituição, nas leis e nos atos administrativos (unilaterais ou bilaterais) – *poderão conferir aos prestadores e usuários situações ativas e passivas diversas, conforme seja a natureza e a complexidade do serviço público*. Tudo dependerá da forma como o serviço público for criado pela lei e organizado pela Administração.

Entretanto, é possível identificar algumas características comuns a todos os casos, isto é, situações jurídicas presentes em qualquer relação jurídica de prestação. Essas posições têm ligação com a *situação jurídica do usuário*.

Convém explicitar os principais traços da situação jurídica do usuário, abordando os seguintes pontos: (i) natureza jurídica; (ii) situações jurídicas ativas (direitos e poderes).

---

[550] Na correta lição de Cesar Guiamarães Pereira (*Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*, p. 104) o "serviço público – haja ou não uma *relação contratual* envolvida na sua prestação ao usuário – é, por definição, sujeito a um regime jurídico de direito público". Nesse sentido, é equivocada a fundamentação contida no voto condutor do acórdão proferido pelo STJ no REsp 1.062.975/RS (2ª Turma, rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 29.10.2008), em que ficou consignado que os serviços *uti singuli* (ou, *conforme a Ministra relatora*, "impróprios") são remunerados por tarifas ou preços públicos, sendo que "as relações entre o Poder Público e os usuários são de Direito Privado, aplicando-se o Código de Defesa do Consumidor, ao identificarem-se os usuários como consumidores, na dicção do art. 3º do CDC". Nos termos do voto, é o sistema de remuneração que define a natureza jurídica do serviço público prestado: se o serviço for remunerado por meio de taxas, trata-se de relação de direito público; se por tarifa, relação de direito privado.

4.1. Natureza da situação jurídica de usuário

O primeiro ponto a ser aqui discutido diz respeito à natureza da situação jurídica de usuário. Trata-se de *situação estatutária* ou *individual*?

A distinção entre situação jurídica estatutária (objetiva ou institucional) e individual (ou subjetiva) tem origem nas lições de León Duguit e Gaston Jèze.[551] No direito brasileiro, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello diferenciou as duas figuras de modo claro. Conforme o jurista brasileiro, uma situação jurídica será estatutária "quando, pelos fatos ou atos jurídicos, se atribui às pessoas, por eles atingidos, uma situação geral e abstrata, isto é, se lhes reconhece um complexo de poderes e deveres constantes das normas jurídicas vigentes para serem exercidos nos termos legais". Por outro lado, será individual "quando, pelos fatos ou atos jurídicos, se cria relação jurídica, específica e concreta, entre as pessoas por ela vinculadas, isto é, se lhes reconhecem poderes e se lhes prescrevem deveres com referência a determinadas prestações".[552]

Desse modo, *uma situação jurídica será estatutária quando sua disciplina estiver prevista em normas gerais e abstratas* (sejam elas derivadas da Constituição, da lei ou de atos administrativos). A inserção do sujeito numa situação estatutária ocorre pela mera ocorrência de fatos jurídicos naturais (ex.: o nascimento com vida insere a pessoa numa situação estatutária, qual seja, a de titular de direitos fundamentais), ou pela prática de atos jurídicos (os *atos-condição*).[553] A nomeação é o ato administrativo unilateral que insere o sujeito (após a aceitação do cargo) numa situação jurídica estatutária de servidor público, porquanto as situações jurídicas ativas e passivas não derivam do ato de nomeação, mas sim das normas constitucionais, legais e

---

[551] DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitucionnel*, t. I, p. 252 e ss.; JÈZE, Gaston. *Les príncipes généraux du droit administratif: la technique juridique du droit public français*, t. 1, pp. 8-11

[552] BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*, v. I, p. 439.

[553] A categoria dos *atos-condição* pode ser encontrada em Duguit (*Traité de droit constitucionnel*, t. I, pp. 221-224), ao lado dos *atos-regra* e dos *atos subjetivos*, tendo sido adotada por outros autores franceses. De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, pp. 432-433), os atos-regra são atos jurídicos que criam situações gerais, abstratas e impessoais e, por isso mesmo, são modificáveis pela vontade de quem os produziu, não sendo possível opor a teoria do direito adquirido para a manutenção dessas regras. É o caso do regulamento. Os atos subjetivos, por seu turno, criam situações particulares, concretas e pessoais, não cabendo a sua modificação pela vontade apenas de uma delas (ex.: contrato). Já os atos-condição são "os que alguém pratica incluindo-se, isoladamente ou mediante acordo com outrem, debaixo de situações criadas pelos atos-regra, pelo quê sujeitam-se às eventuais alterações unilaterais delas. Exemplo: o ato de aceitação de cargo público; o acordo na concessão de serviço público".

administrativas gerais e abstratas aplicáveis aos servidores públicos.

Por outro lado, *as situações individuais são aquelas que se fundamentam em normas individuais e concretas, as quais são normalmente (mas não exclusivamente) introduzidas por atos jurídico-subjetivos*. A aplicação de uma sanção de suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração Pública por até 2 (dois) anos é feita por meio de um ato administrativo individual e concreto, já que veda uma conduta determinada por um sujeito específico. Embora fundada em norma legal (o art. 87, III, da Lei de Licitações), é criada uma situação individual para certa pessoa, qual seja, a de não participar de licitações e contratar com o Poder Público por até 2 (dois) anos. Os contratos privados, tal como um contrato de compra e venda entre sujeitos privados, também criam uma situação jurídica individual.

A principal diferença entre as duas situações é que, na situação estatutária, o conjunto de posições ativas e passivas *poderá ser alterada a qualquer momento*, conforme sejam modificadas as respectivas normas gerais e abstratas, o que já não ocorre no âmbito da situação individual. É evidente, no entanto, que existem situações estatutárias ativas que serão resguardadas em face da lei nova, aplicando-se a teoria do direito adquirido (art. 5º, XXXVI, da CF).[554]

A rigor, *a situação de um sujeito no âmbito de uma relação jurídica (pública ou privada)* ***terá sempre aspectos estatutários***. Num convênio de cooperação entre a União e um Município, no qual o primeiro repassa recursos, a fim de que tal Município construa uma escola pública, por exemplo, é criada uma situação jurídica individual

---

[554] Ao tratar do direito adquirido no direito administrativo, Celso Antônio Bandeira de Mello (*Grandes temas de direito administrativo*, pp. 11-33) anota que tal noção se destina a resguardar os efeitos de situações em curso. Os fatos já consumados se encontram acobertados pela teoria da irretroatividade das leis. A função do direito adquirido não é, pois, impedir a retroatividade da lei, mas sim a de assegurar a sobrevivência da lei antiga para reger as situações ainda pendentes. Por isso, afirma que o direito adquirido é uma *blindagem*, é "o encasulamento de um direito que segue e seguirá sempre involucrado pela lei do tempo de sua constituição, de tal sorte que estará, a qualquer época, protegido por aquela mesma lei e, por isso, infenso a novas disposições legais que poderiam afetá-lo" (*Idem*, p. 20). Na sua lição, para identificar quando um direito (nascido da Constituição, da lei ou de ato praticado com base nela) terá esse efeito imunizador, deverá ser verificado se, a partir da dicção da norma (de seu espírito, de sua finalidade), é cumprida ou não "*a* ***função lógica de consolidar uma situação*** *que é, de per si, como soem ser as relações de direito público, basicamente mutável*" (*Idem*, p. 22). O direito estará, portanto, imunizado da incidência da lei nova quando a lei antiga se destinava a incorporar tal direito no patrimônio do sujeito, isto é, tornar imutável um dado estado ou situação. Conforme Bandeira de Mello, se houver espaço de dúvida consistente quanto à aplicação ou não da teoria do direito adquirido, deverá ser indagado se o novo regramento "causará conturbação de monta, abalo traumático nas relações já constituídas. Sendo afirmativa a conclusão, tratar-se-á de saber se na ordenação anterior existiam elementos *plausíveis* indiciários do propósito de mantê-las, ainda que parcialmente, a bom recato – portanto, defendidas, mais ou menos amplamente, contra superveniências normativas" (*Idem*, p. 24).

para as partes. Há situações ativas e passivas concretas, geradas pelo convênio. Porém, há outras situações derivadas de normas gerais e abstratas, como o dever do Município de prestar contas para o Tribunal de Contas da União (art. 70, parágrafo único, da CF). De igual modo, num contrato privado, há os chamados "deveres anexos", decorrentes do princípio da boa-fé objetiva.[555] Nos contratos administrativos, existem as "prerrogativas contratuais" decorrentes da lei. Enfim, o que se pretende destacar é que, nesse sentido, ***todo ato subjetivo também é um ato-condição***, já que, a par de criar uma situação individual, *também insere o sujeito numa situação estatutária*.[556] Dessa forma, quando se diferencia as duas situações (estatutária e individual), pretende-se ressaltar a natureza exclusivamente estatutária de determinada situação.

Acerca da situação jurídica de usuário de serviço público, Marçal Justen Filho entende que ela é estatutária. O administrado apenas manifesta a sua vontade em fruir do serviço e de se subordinar ao regime jurídico respectivo. Não há que se falar, aqui, em acordo de vontades entre o prestador e o usuário. O regime é fixado pela lei e detalhado por atos administrativos, podendo ser alterado a qualquer tempo.[557]

Cesar Guimarães Pereira, após analisar detidamente as concepções acerca da situação jurídica do usuário (estatutária ou contratual), conclui que a situação jurídica do usuário é predominantemente estatutária, podendo haver um espaço para a definição consensual de condições, sempre dependendo do modo como o serviço foi estruturado. Na sua visão, esse espaço será maior em serviços públicos em que há mais de um prestador, atuando em regime de competição. De acordo com o jurista, o espaço de atuação diz respeito "*(a)* a campos em que a disciplina normativa do serviço reserva liberdade para o prestador e *(b)* a áreas em que a competição entre os prestadores induz a necessidade de atuação externa ou complementar à conduta regulada pelo poder concedente. Nesses espaços de atuação livre é que podem ser entabuladas condições

---

[555] Por todos, cfr. NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, v. I, p. 80 e ss.

[556] "Um indivíduo, freqüentemente, ingressa em situação jurídica geral e em situação subjetiva, aquela prefixada pela norma geral que regra o ato jurídico, esta pelo conteúdo acrescido do ato concreto, no que o ato jurídico tem de área livre para manifestação da vontade individual. Assim, na compra e venda que A faz com B, encontram-se as regras gerais do instituto e as regras individuais que as partes, licitamente, convencionam. A coexistência, num mesmo documento, de ambas as espécies de cláusulas não desfigura sua diferença" (VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*, p. 149). Em igual sentido: BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. A natureza jurídica da concessão de serviço público. *RDP*, nº 19, p. 21.

[557] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, pp. 702-703.

consensuais entre o prestador e o usuário".[558]

Ainda conforme Guimarães Pereira, a formação do vínculo entre usuário e prestador pode ocorrer de três modos: (a) independentemente de qualquer título que habilite o usuário (é o que ocorre quando um sujeito compra um selo e envia a carta de modo anônimo); (b) a partir de um ato administrativo unilateral de admissão do usuário, havendo manifestação de vontade do usuário; e (c) quando é firmado um contrato entre prestador e usuário.[559] Nessa última situação, o contrato terá *natureza administrativa*; à Administração serão sempre assegurados poderes exorbitantes de instabilização do vínculo, "que se refletem na possibilidade de o concessionário e o usuário verem modificadas as suas situações jurídicas internas ao contrato".[560]

Neste trabalho, adota-se o posicionamento de que a situação jurídica do usuário ***será total ou predominantemente estatutária***, em linha com a concepção de Cesar Guimarães Pereira. De fato, haverá casos em que o liame será fixado *independentemente de qualquer ato jurídico* (tal como ocorre nos serviços de limpeza urbana), ou por meio de atos administrativos de admissão,[561] havendo a manifestação do particular na sua edição (ex.: admissão de aluno em instituição pública de ensino). Ainda, também é possível que a ordem jurídica autorize a edição de contratos entre prestador e usuário (tal como ocorre em determinados aspectos da relação entre concessionário do serviço ferroviário e usuários). *Nos dois primeiros casos, a situação será totalmente estatutária; no terceiro, predominantemente estatutária*. Convém fazer duas observações.

---

[558] PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*, p. 120. O autor apresenta um exemplo simples do que afirma. "O art. 7º-A da Lei n. 8.987/1995 prevê que a concessionária deve disponibilizar ao usuário pelo menos 6 (seis) datas para o vencimento da fatura. O usuário, ao aderir ao serviço, escolhe uma delas. Essa escolha passa a compor o *contrato existente entre o prestador e o usuário*. Gera direito subjetivo para o usuário que pode exigir da concessionária que se abstenha de cobrar em qualquer outra data. Isso não torna inalterável essa condição, mas implica que *(a)* uma alteração somente poderá ocorrer por razão de interesse coletivo, apurada de modo regular e enfrentada com proporcionalidade e razoabilidade, e *(b)* a alteração não poderá ter efeito retroativo nem prejudicar direitos já exercitados pelo usuário. Há, portanto, direito subjetivo cuja fonte é a avença consensual, não diretamente o regulamento do serviço (PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*, p. 131).

[559] *Idem*, pp. 111-113.

[560] *Idem*, p. 132.

[561] "*Admissão* é o ato administrativo unilateral, vinculado, pelo qual se reconhece ao particular o direito especial de certo serviço público. Portanto, verificados, no particular, determinados requisitos legais, a Administração Pública fica obrigada a lhe deferir a prestação especial do serviço público pretendido" (BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*, v. I, p. 576).

Em primeiro lugar, o fato de a lei conferir um espaço de escolha para o usuário não significa que haverá contrato. Poderá haver tão somente um ato administrativo cuja validade depende de manifestação do sujeito privado.[562] Para saber se é contrato ou ato administrativo unilateral cuja validade demanda a manifestação do administrado, será preciso verificar a quem a ***lei*** conferiu **o *poder de configuração***[563] para a edição do ato. A lei pode ter atribuído a titularidade desse poder apenas ao prestador do serviço (e, nesse caso, será ato unilateral), ou a esse e ao usuário, conjuntamente.[564]

A segunda observação é que, mesmo nas hipóteses em que houver contrato, não há dúvida de que o prestador terá a obrigação de contratar. Se atendidas as *condições mínimas* fixadas no regulamento do serviço e no ato de delegação (quando se tratar de concessão, permissão ou autorização), o prestador não poderá deixar de celebrar o contrato. O que será lícito ao prestador, nesse caso, é não contratar em outras condições, eventualmente mais favoráveis ao usuário e a serem negociadas. Ou seja, ***não pode ser negado acesso ao serviço público***. Ademais, esse contrato – que terá natureza administrativa (porque celebrado no exercício de função administrativa), como bem apontou Guimarães Pereira – não poderá afastar ou reduzir o âmbito da situação jurídica básica do usuário. Esta estará presente em qualquer forma de prestação de serviço público. O que cabe, agora, é justamente examinar em que consiste essa situação jurídica.

---

[562] Sobre o grau de participação do administrado na produção do ato administrativo, anotou-se em trabalho anterior que podem existir três situações:
"(a) Atos administrativos unilaterais que não demandam qualquer manifestação dos particulares para que sejam válidos ou eficazes. É o caso, *v.g.*, dos atos administrativos que veiculam normas gerais e abstratas (ex.: regulamentos).
(b) Atos administrativos unilaterais em que a participação do particular é necessária: (b.1) para a validade do ato, funcionando como verdadeiro pressuposto para a sua edição (atos que só são editados com base em requerimento do interessado; ex.: exoneração "a pedido"); (b.2) para a eficácia do ato (nomeação, que exige a aceitação em determinado prazo).
(c) Atos administrativos bilaterais, como os convênios e os contratos" (FREIRE, André Luiz. *Manutenção e retirada dos contratos administrativos inválidos*, p. 48).

[563] Sobre o poder administrativo de configuração de efeitos inovadores, cfr. Cap. III, item 3.5.6(d).

[564] "Seja como for, não parece difícil distinguir no plano teórico os contratos administrativos daqueles actos administrativos cuja prática ou cuja eficácia dependam da solicitação ou da aceitação do destinatário. No contrato, é a conjugação da vontade das partes que possui a virtualidade de produzir os efeitos de direito que lhe são próprios. A conformação de uma situação jurídica depende directa e necessariamente da conjugação das vontades da Administração e do particular. Só conjuntamente eles dispõem do 'poder conformador' (*Gestaltungsrecht*). Em contrapartida, no acto administrativo, o poder assiste unicamente à Administração. Só ela pode definir constitutivamente a situação jurídico-administrativa. A conduta do particular apenas servirá para criar os requisitos legais do exercício do poder pela Administração ou da transposição para o plano externo dos efeitos jurídicos já contidos em acto perfeito" (CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 346-347).

4.2. A situação jurídica dos usuários de serviço público

O usuário, enquanto sujeito da relação de prestação de serviço público, possui um conjunto mínimo de situações ativas e passivas. Ele possui direitos a algo, poderes, deveres e sujeições. Neste tópico, convém apresentar as suas posições ativas, já que suas situações passivas são a relação conversa das situações ativas dos prestadores, o que será analisado nos Capítulos VI, VII e VIII deste estudo.

4.2.1. Direitos a prestações dos usuários do serviço público

Como bem destacou Weida Zancaner, os princípios informadores do serviço público – ao fixarem deveres à Administração Pública – estabelecem os contornos dos direitos dos usuários dos serviços públicos.[565]

Em vista disso, é possível diferenciar os direitos a prestações dos usuários em dois grupos: (i) direitos ligados à universalidade; e (ii) direitos ligados à adequação do serviço. *Vale ressaltar novamente que* ***esses direitos poderão ter uma configuração concreta diversa, conforme disponham as normas que criam e organizam o serviço público***.

(a) Direitos dos usuários ligados à universalidade do serviço púbico

O princípio da universalidade do serviço público significa que este deverá estar disponível para todos os seus usuários (*universalização formal*) e deverá ser usufruído por todos que dele necessitem (*universalização material*). No âmbito da ***prestação*** do serviço público, o princípio da universalidade se manifesta nas suas duas facetas.

Basicamente, a universalidade confere ao usuário o direito à *prestação material* que preenche o conteúdo do serviço público. Trata-se do ***direito de acesso ao serviço público***.

A *universalidade formal* pressupõe um serviço público já criado e organizado.

---

[565] ZANCANER, Weida. Responsabilidade do Estado, serviço público e os direitos dos usuários. *Responsabilidade civil do Estado*, p. 343.

Nessa situação, o usuário que preencher os requisitos previstos nas normas legais e administrativas, ***terá o direito a receber a prestação material***. Como decorrência disso, ele terá o *direito de ser tratado* ***de modo isonômico*** em relação aos demais usuários, não cabendo discriminações *injustificadas*.

A segunda hipótese – ligada à *universalidade material* – é aquela em que o serviço público está sendo prestado (o que também pressupõe a sua criação e organização), embora ele não tenha o alcance exigido pela ordem jurídica.[566] Aqui, o serviço público não atende a todos que dele necessitam.

Essa segunda vertente do direito de acesso traz alguns problemas, já que nem sempre o usuário terá direito à prestação material objeto do serviço público. É preciso, por conseguinte, diferenciar os serviços públicos que estão ***ligados ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais*** daqueles que não estão relacionados com tais direitos.

No âmbito dos *serviços públicos destinados a tornar efetivos os direitos fundamentais sociais*, é comum o Poder Público invocar limitações financeiras como argumento para a sua não prestação a todos. Nesse caso, a sua atuação estaria condicionada à "reserva do possível".[567]

Na ADPF 45 MC/DF (DJ 04.05.2006), o Min. Celso de Mello advertiu que a cláusula da reserva do possível, salvo em situações de justo motivo objetivamente aferível, não poderá ser invocada pelo Estado com a finalidade de se exonerar do cumprimento de seus deveres constitucionais, principalmente se isso "**puder resultar** nulificação **ou**, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais **impregnados** de um sentido de essencial fundamentalidade". Nesse julgado, ficou consignado que os condicionamentos a tal cláusula se traduzem no seguinte binômio: *razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público* e *existência de*

---

[566] O direito à criação do serviço existirá quando se tratar de serviço público por determinação constitucional. Nesse caso, estará caracterizada uma omissão inconstitucional do Poder Público que não criou um serviço previsto na Constituição. Ou então, o serviço público foi criado pela lei, mas não foi organizado pela Administração. Aqui, surgirá um direito à organização do serviço. Nesses dois casos, a ordem jurídica confere ao usuário o direito a que o Poder Público emita normas jurídicas destinadas a criar ou a organizar o serviço. Embora teoricamente possível, é difícil encontrar uma hipótese em que o serviço público por determinação constitucional sequer foi criado e organizado.

[567] "De forma geral, a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas" (BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 277).

disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Ainda, o Min. Celso de Mello anotou em sua decisão monocrática que o Estado não pode agir de modo desarrazoado ou com a clara intenção de neutralizar a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais. O Poder Público não poderá afetar o núcleo intangível de um conjunto de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essencial à própria sobrevivência do indivíduo. Em suma, deve ser garantido o ***mínimo existencial***.[568]

Esse julgado revela uma orientação constante na doutrina brasileira de que a reserva do possível encontra uma barreira no mínimo existencial assegurado pela Constituição Federal de 1988.[569] O que se discute é qual seria o conteúdo desse mínimo existencial.[570] Embora não seja objeto deste estudo enfrentar essa questão, não se pode

---

[568] Vale destacar que a ADPF 45 MC/DF foi julgada, monocraticamente, como prejudicada, por perda superveniente do objeto. A ADPF foi promovida contra o veto do Presidente da República a dispositivo da lei de diretrizes orçamentárias sobre a destinação de recursos para a saúde, em ofensa à EC 29/2000. Como houve, durante a tramitação da ADPF, edição de lei inserindo na LDO dispositivo com o mesmo conteúdo daquele que havia sido vetado, então a demanda perdeu o seu objeto. Ainda assim, o Min. Celso de Mello teceu considerações sobre a reserva do possível e o mínimo existencial. Por tal razão, Ricardo Lobo Torres (*O direito ao mínimo existencial*, p. 109) entende que tal despacho possui um "caráter doutrinário". Em realidade, não se pode concordar integralmente com o autor, na medida em que o julgado traz as bases a serem utilizadas na argumentação do STF acerca da reserva do possível, tendo sido constantemente mencionado como precedente da Corte em outros julgados, como, por exemplo, no STA 175-AgR, Tribunal Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 30.04.2010.

[569] Na lição de Ana Paula de Barcellos (*A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, pp. 285-286), que foi citada na ADPF 45 MC/DF, a Constituição estabeleceu, como meta central, a promoção do bem-estar do ser humano. O ponto de partida está em assegurar as condições de sua dignidade, o que inclui a proteção dos direitos individuais e condições materiais mínimas de existência. Ao se fixar os elementos fundamentais da dignidade humana, isto é, o mínimo existencial, estar-se-á identificando as prioridades dos gastos públicos. Somente depois de satisfazer esse mínimo existencial é que se poderá discutir a alocação dos demais recursos. "Como se vê, o mínimo existencial associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível".

[570] Depois de alertar que a identificação do conceito de conteúdo essencial dos direitos fundamentais com o de mínimo existencial deve ser vista com cautela, Virgílio Afonso da Silva (*Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, pp. 204-205) indica que a expressão "mínimo existencial" é usada em diversos sentidos, podendo significar: "(1) aquilo que é garantido pelos direitos sociais – ou seja, direitos sociais garantem apenas um mínimo existencial; (2) aquilo que, no âmbito dos direitos sociais, é justiciável – ou seja, ainda que os direitos sociais possam garantir mais, a tutela jurisdicional só pode controlar a realização do mínimo existencial, sendo o resto mera questão de política legislativa; e (3) o mesmo que conteúdo essencial – isto é, um conceito que não tem relação necessária com a justiciabilidade e, ao mesmo tempo, não se confunde com a totalidade do direito social". Na visão do autor, o conteúdo essencial de um direito social está ligado, a partir da teoria relativa (sobre a distinção entre teoria relativa e absoluta, vide, por todos, ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, pp. 295-301), a um complexo de fundamentações necessárias para justificar eventuais não realizações do direito fundamental. Conclui que um direito social também deve ser realizado na maior medida possível, em face das condições fáticas e jurídicas existentes. "Recursos a conceitos como o 'mínimo existencial' ou a 'reserva do possível' só fazem sentido diante desse arcabouço teórico. Ou seja, o mínimo existencial

deixar de concordar com Carolina Zancaner Zockun de que tal conceito é indeterminado; logo, possui uma "zona de certeza positiva", uma "zona de certeza negativa" e uma "zona de penumbra". Será nessa zona de certeza positiva que a significação mínima do conceito será construída. Para a autora, *todos os direitos sociais possuem um núcleo essencial atrelado à dignidade da pessoa humana a ser assegurado pelo Estado, sendo que sua precisa delimitação somente poderá ser realizada diante de cada caso concreto*.[571-572]

Portanto, *os usuários terão sempre um* ***direito de acesso*** *aos serviços públicos ligados ao* ***conteúdo mínimo dos direitos sociais***.[573] Somente em relação ao que escapa ao mínimo existencial, é que poderá haver a invocação, pelo Poder Público, da reserva do possível.[574]

é aquilo que é possível realizar diante das condições fáticas e jurídicas, que, por sua vez, expressam a noção, utilizadas às vezes de forma extremamente vaga, de reserva do possível".
Por seu turno, Ana Paula de Barcellos entende que, a partir da Constituição de 1988, o mínimo existencial é composto por quatro elementos: educação básica, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à Justiça (*Op. cit.*, p. 302).

[571] ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da intervenção do Estado no domínio social*, pp. 58-61. "Pois bem, é justamente quanto a este núcleo mínimo que não cabe qualquer discussão. O Estado tem o dever de implementar o direito constitucionalmente garantido ao cidadão, para que ele possa viver com dignidade. É isto o que preconiza e obriga a Constituição Federal, sendo que a omissão em efetivar o direito pleiteado pode dar ensejo à responsabilidade civil, criminal e administrativa do agente causador do dano" (*Idem*, p. 56).

[572] No ARE 639.337 AgR, 2ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, DJe 15.09.2011, o STF vinculou o mínimo existencial ao princípio da dignidade da pessoa humana. Na ementa do julgado, consta o seguinte:
"- **A cláusula** *da reserva do possível* - **que não pode** ser invocada, *pelo Poder Público*, **com o propósito** *de fraudar, de frustrar* **e** *de inviabilizar* **a implementação** de políticas públicas **definidas** *na própria* Constituição - **encontra** *insuperável limitação* na garantia constitucional *do mínimo existencial*, **que representa**, no contexto de nosso ordenamento positivo, **emanação direta** do postulado *da essencial* dignidade da pessoa humana. **Doutrina**. **Precedentes**.
- **A noção** *de* "*mínimo existencial*", **que resulta**, *por implicitude*, **de determinados** preceitos constitucionais (**CF**, art. 1º, III, **e** art. 3º, III), **compreende** um complexo de prerrogativas **cuja concretização** revela-se **capaz de garantir** *condições adequadas de existência digna*, **em ordem a assegurar**, *à pessoa*, **acesso efetivo** *ao direito geral de liberdade* e, também, *a prestações positivas originárias* do Estado, **viabilizadoras** *da plena fruição* de direitos sociais básicos, *tais como* **o direito** à educação, **o direito** à proteção integral da criança e do adolescente, **o direito** à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. **Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana**, de 1948 (**Artigo** XXV)."

[573] Em relação à educação infantil, cfr. STF, AgRg no RE 410.715-5/SP, 2ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, DJ 03.02.2006. Quanto ao direito à saúde, vide o já mencionado STA 175-AgR, Tribunal Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe30.04.2010.

[574] Conforme Ingo Wolfgang Sarlet (*A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 307), a reserva do possível possui uma tríplice dimensão, "que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da

No que tange aos *serviços públicos que não estão diretamente vinculados aos direitos sociais, o direito de acesso ocorrerá nos* ***termos previstos nas normas legais e administrativas que organizam o serviço***.

Ao contrário do que ocorre no âmbito dos serviços públicos ligados ao conteúdo essencial dos direitos sociais, nem sempre haverá aqui o direito à prestação material. Esse direito existirá apenas se, atendidas pelo usuário as condições previstas na lei e no regulamento do serviço, o seu acesso for negado. Ademais, se o serviço não atender a todos o que deles necessitam, deverá ser avaliado se a deficiência na sua oferta deriva de justificativas razoáveis. Se a resposta for afirmativa, então deverá ser analisado se esse fato causa ao usuário um dano anormal capaz de levar à responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, § 6º, da CF). Vale exemplificar.

Um Município, em obediência ao art. 30, V, da Constituição, institui o serviço público de transporte coletivo de passageiros. Ao organizá-lo, estipula quais serão as linhas de ônibus e qual o seu trajeto, tendo em vista sempre o atendimento ao maior número possível de pessoas. Nesse caso, os usuários não têm o direito subjetivo a que um ônibus passe exatamente no seu endereço. Terá o direito, isto sim, a que o sistema de transporte coletivo alcance sua região, de modo a que possa usufruir desse serviço.

De igual modo, no setor portuário, os usuários têm o direito a que as autoridades portuárias e arrendatários lhe prestem o serviço público portuário de movimentação de passageiros, ou movimentação e armazenagem de cargas. Contudo, não há como impor à União (competente para prestar tais serviços – art. 21, XII, "f", da CF) o dever de ofertar a capacidade portuária desejável em vista do atual desenvolvimento do comércio exterior, desde que existam fundamentos razoáveis nesse sentido.

No RE 220.999-7/PE (vide item 6.1 do Cap. IV), a questão não tinha relação com o dever da União de prestar o serviço de transporte fluvial. Este dever existia, ao contrário do que consta no voto do Min. Nelson Jobim. A questão era a de saber se, em caso da sua extinção (tendo em vista a disponibilidade limitada de recursos), tal fato

---

proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade. Todos os aspectos referidos guardam vínculo estreito entre si e com outros princípios constitucionais, exigindo, além disso, um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramental para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional".

causou ou não dano ao administrado.

Em suma, nos casos de serviços que não estejam ligados ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais, o direito à prestação do serviço ocorrerá nos termos das normas que criaram e organizaram o serviço.

(b) Direitos dos usuários ligados à adequação do serviço público

O segundo grupo de direitos a prestações dos usuários se refere à *adequação do serviço*. Trata-se de direito que tem fundamento na Constituição de 1988 (art. 175, parágrafo único, IV) e no art. 6º e no art. 7º, I, da LCSP. O direito ao serviço adequado implica uma série de direitos dos usuários, os quais estarão previstos em diversas normas. Embora seja difícil sistematizar esses direitos, vale tecer considerações sobre alguns deles.

Em primeiro lugar, pode-se fazer menção ao *direito do usuário à regularidade do serviço* (art. 6º, § 1º, da LCSP), isto é, o direito a que ele seja prestado em conformidade com as normas estabelecidas para esse fim.[575] Essas normas poderão ser próprias de cada serviço público, ou poderão ser gerais. Por exemplo, o art. 7º-A da LCSP traz um direito do usuário aplicável no âmbito de qualquer concessão e permissão de serviço público, ao prescrever que o usuário poderá escolher a data de vencimento de seu débito, dentre seis opções apresentadas pelos prestadores. A Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação) confere ao usuário o direito, dentre outros, de obter "orientação sobre os procedimentos para a consecução de acesso, bem como sobre o local onde poderá ser encontrada ou obtida a informação almejada" (art. 7º, I).

Em estreita conexão com o direito à regularidade está o *direito do usuário à continuidade* do serviço público. Este deverá ser ofertado de modo ininterrupto, sem suspensões. Ressalte-se que a LCSP prescreve, em seu art. 6º, § 3º, que não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência, bem como quando, após prévio aviso, for motivada por razões técnicas ou de segurança das instalações, ou por "inadimplemento do usuário, considerado o

[575] Dinorá Adelaide Musetti Grotti (*O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 287) ensina que a continuidade não se confunde com a regularidade. "Com efeito, se a continuidade se refere à realização ininterrupta do serviço público, segundo a natureza da atividade desenvolvida e do interesse a ser atendido, a regularidade se vincula à prestação devida de acordo com as regras, normas e condições preestabelecidas para esse fim, ou que lhe sejam aplicáveis".

interesse da coletividade".

Em relação à interrupção do serviço em função do inadimplemento do usuário, o STJ tem admitido essa medida, mesmo quando o usuário é um ente público. Em alguns julgados, consta que o inadimplemento do usuário resulta em ofensa ao princípio da isonomia, pois a sociedade seria onerada, sendo que o usuário inadimplente estaria se enriquecendo indevidamente em relação ao concessionário.[576] Em outros, aponta-se que o princípio da continuidade não é absoluto, mas limitado pelas disposições da Lei 8.987/1995, que admite a interrupção em nome justamente da continuidade e da qualidade dos serviços ao conjunto dos usuários.[577] Ou ainda, já foi consignado que a suspensão da prestação de serviços essenciais como luz e água não se mostra ofensivo à dignidade da pessoa humana.[578]

Apesar de se verificar no STJ a admissibilidade da interrupção em razão do inadimplemento do usuário, tal Corte tem ressalvado que, em caso de unidades públicas essenciais (hospitais, escolas, creches, fontes de abastecimento de água, segurança pública, dentre outros), a medida (interrupção) despreza o interesse da coletividade e viola o art. 6º, § 3º, II, parte final, da LCSP.[579]

Com efeito, não há dúvida de que essas "unidades essenciais" deverão ser resguardas em face da interrupção do serviço por inadimplemento. Caberá ao prestador do serviço buscar a satisfação do seu crédito perante o Poder Judiciário. A depender da situação, poderá ser solicitado até mesmo reequilíbrio da equação econômico-financeira em caso de concessão ou permissão. Todavia, a suspensão da prestação não será possível. Admitir o contrário é o mesmo que desconsiderar o interesse da coletividade no funcionamento das atividades públicas.

Além disso, concorda-se com Celso Antônio Bandeira de Mello que defende a impossibilidade de interrupção de serviços essenciais (como água), ou de grande importância para a normalidade da vida atual (como energia elétrica), na hipótese de o

---

[576] STJ, REsp 1.062.975/RS, 2ª Turma, rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 29.10.2008; REsp 742.640/MG, 2ª Turma, rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 26.09.2007.
[577] STJ, AgRg no Ag 1.054.821/RS, 2ª Turma, rel. Min. Teoria Albino Zavascki, DJe de 13.11.2008; REsp 898.769/RS, 1ª Turma, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 12.04.2007.
[578] STJ, REsp 596.320/PR, 2ª Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 08.02.2007.
[579] STJ, EREsp 845.982/RJ, 1ª Seção, rel. Min. Luiz Fux, DJe de 03.08.2009; REsp 594.095/MG, 2ª Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 19.03.2007; REsp 876.723/PR, 2ª Turma, rel. Min. Humberto Martins, DJ de 05.02.2007; REsp 621.435/SP, 1ª Turma, rel. Min. Denise Arruda, DJ de 19.10.2006; REsp 682.378/RS, 2ª Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 06.06.2006; REsp 721.119/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 15.05.2006.

usuário demonstrar insuficiência de recursos para o pagamento das contas mensais. "Em tal caso, sua cobrança terá de ser feita judicialmente e só, aí, uma vez sopesadas as circunstâncias pelo juiz, é que caberá ou não o corte a ser decidido nesta esfera".[580]

Existem outros direitos diretamente conexos à adequação na prestação do serviço, como o direito à cortesia. Por este, os usuários têm o direito de serem bem tratados pelos prestadores do serviço público. Há o direito à eficiência e à segurança na prestação, os quais guardam estreita conexão com o direito à regularidade. Esses direitos foram assegurados no art. 6º, § 1º, da LCSP.

Note-se que os princípios da modicidade tarifária e da adaptabilidade também conferem direitos aos usuários. Entretanto, *a sua manifestação ocorre muito mais no âmbito da organização do serviço do que na prestação*. O princípio da modicidade tarifa implica o dever da Administração de estipular, nos serviços públicos remunerados, a *menor tarifa possível*. Já a adaptabilidade (ou mutabilidade, ou atualidade), a utilização das *melhores técnicas disponíveis* para a prestação do serviço, também sempre *em vista das possibilidades existentes*. Será o princípio da razoabilidade e a sua ponderação com os demais princípios constitucionais e legais que permitirá avaliar em que medida o dever de modicidade tarifária e o de adaptabilidade incidirão em cada serviço público. Aliás, é importante destacar que, por vezes, favorecer a modicidade tarifária resulta num serviço menos moderno em vista das técnicas existentes, e vice-versa.[581]

A Lei 8.987/1995 ainda previu que os direitos previstos no Código de Defesa do Consumidor são aplicáveis ao regime dos serviços públicos. Embora a situação jurídica do usuário não se confunda com a do consumidor, tal como já apontado anteriormente (item 7.2.2 do Cap. IV), nada impede a União – desde que situada no âmbito de sua competência constitucional legislativa – de conferir ao usuário o sistema

---

[580] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 762.

[581] De acordo com Marçal Justen Filho (*Curso de direito administrativo*, p. 702), a "modicidade tarifária significa a menor tarifa possível, em vista dos custos necessários à oferta do serviço adequado. A modicidade tarifária pode afetar a própria decisão quanto à concepção do serviço público. Não terá cabimento conceber um serviço tão sofisticado que o custo torne inviável aos usuários fruir dos benefícios". Em igual sentido, Dinorá Grotti (*O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 296) ressalta que a relação custo-benefício decorrente da atualização do serviço deverá ser avaliada. "Na medida em que tais custos serão arcados pela comunidade e não pelo concessionário, corre-se o risco de inviabilizar a fruição do serviço por uma considerável parcela dos usuários em função de uma elevação exagerada de tarifas. Assim sendo, pode-se até cogitar da possibilidade da ausência de atualidade como contraponto para uma modicidade da tarifa".

protetivo do consumidor. No caso do regime das concessões e permissões isso é possível por força do art. 22, XXVII, da Constituição.

Por fim, convém destacar o direito do usuário a ser ressarcido pelos danos que os prestadores lhe causarem. Esse direito tem fundamento direto no art. 37, § 6º, da Constituição de 1988, a qual estabelece ser essa uma responsabilidade objetiva, isto é, independentemente de culpa do prestador.[582]

4.2.2. Poderes dos usuários de serviço público

O usuário possui, além dos direitos a prestações, poderes no âmbito do serviço público. Alguns desses direitos formativos derivam, em verdade, de um direito à participação do usuário nos serviços públicos.

O "direito de reclamação" (que nada mais é do que uma emanação do direito de petição), por exemplo, é um poder jurídico. O usuário reclama perante a Administração, que, a partir desse momento, estará obrigada a responder. A situação jurídica da Administração se altera nesse momento, pois passa a surgir um dever específico, concreto, que antes inexistia.

Dentre os principais poderes dos usuários estão os referentes à proteção judicial dos suas situações ativas. Além da utilização dos remédios constitucionais cabíveis em cada caso concerto (ex.: mandado de segurança, ação popular), há todo regime processual legal de tutela dos interesses individuais. Os usuários poderão ainda requerer ao Ministério Público que adotem as medidas necessárias para a proteção de suas posições ativas. Ademais, o Código de Defesa do Consumidor também trouxe um instrumental adequado à tutela coletiva dos direitos dos usuários.

---

[582] A rigor, o direito do usuário a ser ressarcido (responsabilidade objetiva) não se liga apenas à adequação do serviço. Trata-se de direito que tem ligação com todos os aspectos do serviço público.

PARTE III

A Situação Jurídica de Direito Público dos Prestadores Privados de Serviços Públicos

CAPÍTULO VI – DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS POR EMPRESAS ESTATAIS E FUNDAÇÕES ESTATAIS DE DIREITO PRIVADO

1. Considerações iniciais

No Capítulo III, definiu-se *pessoa jurídica de direito privado* como sendo aquela cujo regime característico e normal é o de direito privado. Como regra, a criação, a organização e a extinção das pessoas jurídicas de direito privado seguirá a legislação civil, em especial o Código Civil de 2002.

Entretanto, a ordem jurídica admite que, em determinadas situações, o direito público derrogue algumas normas de direito privado aplicáveis a tal modalidade de pessoa jurídica. É o que ocorre nas hipóteses em que a Constituição Federal de 1988 autoriza o Estado a criar pessoas privadas – que poderão ser *empresas estatais* (empresas públicas e sociedades de economia mista) e *fundações estatais de direito privado* – para executar atividades administrativas (decorrente de um processo de descentralização técnica), ou apenas empresas estatais para intervir na ordem econômica (art. 173 da CF). Nas duas situações, tais entidades passarão a integrar a Administração Pública indireta.

Neste Capítulo, o foco reside tão só nas empresas estatais e fundações estatais privadas criadas para a realização de serviços públicos, mediante um processo de descentralização técnica. Mas vale destacar que – antes da descentralização técnica – pode ser editado ato de descentralização por colaboração. Por exemplo, a União pode delegar, mediante um convênio de delegação, a competência para gerir determinado porto organizado (Lei 9.277/1996) a um Estado da Federação ou Município, que poderão criar uma empresa estatal para tal fim.

O propósito deste Capítulo não consiste em tratar de todos os pontos concernentes às empresas estatais e às fundações estatais privadas. Por isso, abaixo, serão apenas abordados os principais aspectos dessas entidades privadas da Administração indireta que tenham relação com este estudo. Em seguida, será indicado o regime jurídico de descentralização técnica de serviços públicos, o que inclui o exame

dos critérios para a criação dessas entidades e a natureza da sua relação com a Administração direta. Por fim, serão apresentadas as suas situações jurídicas ativas e passivas na prestação de serviço público.

2. Aspectos gerais das empresas estatais

2.1. Conceito de empresa pública e sociedade de economia mista

Já foi destacado que as empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista) são pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta. A Constituição Federal de 1988 faz diversas referências, expressas ou não, a tais pessoas jurídicas de direito privado.

Há referências expressas nos dispositivos que fazem alusão às "empresas públicas" e às "sociedades de economia mista" (CF: art. 22, XXVII; art. 37, XVII, XIX, XX, e § 9º; art. 54, I, "a" e "b"; art. 169, § 1º, II; art. 173, §§ 1º e 2º; art. 202, § 3º; ADCT: art. 8º, § 5º, art. 81, *caput*). Note-se que existem alguns dispositivos que dizem respeito tão somente às empresas públicas (CF: art. 109, I e IV; art. 144, § 1º; art. 173, § 3º), sendo que em apenas um artigo há a utilização da locução "empresas estatais" (art. 177, § 1º).

Além desses, há diversos dispositivos constitucionais que incidem sobre elas em razão de o texto se referir à "Administração Pública indireta", quais sejam: art. 14, § 9º; art. 28, § 1º; art. 70, *caput*; art. 71, II e III; art. 102, I, "f", e § 2º; art. 103-A; art. 105, I, "h"; art. 114, I; art. 142, § 3º, III; art. 163, V; art. 165, § 5º, I a III; art. 169, § 1º. No ADCT, vide art. 17, §§ 1º e 2º, art. 18, art. 35, § 5º, e art. 64.

Apesar de todas essas citações, a Lei Maior não estabeleceu os critérios que diferenciam as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Somente prescreveu que os litígios envolvendo as empresas públicas *federais* seriam apreciados pela Justiça Federal (art. 109, I), cabendo, portanto, à Justiça Estadual julgar as causas das sociedades de economia mista federais (e, obviamente, das empresas estatais estaduais, distritais e municipais).

Como se pode perceber, tal diferença de regime prevista na Constituição é insuficiente para caracterizar uma empresa pública e uma sociedade de economia mista.

A distinção entre as duas figuras ficou, portanto, relegada à legislação infraconstitucional, mais especificamente à lei federal, tendo em vista se tratar de matéria concernente ao direito privado, cuja competência legislativa constitucional é privativa da União (art. 22, I).

Não há, no direito positivo brasileiro, um diploma legal que se refira a todas as empresas estatais, sejam elas federais, estaduais, distritais ou municipais. Por sua vez, a lei exigida pelo art. 173, § 1º, da Lei Maior – específica para as empresas estatais exploradoras de atividade econômica – também não foi editada.

No entanto, foi recepcionado, pela Constituição Federal de 1988, o Decreto-lei 200/1967 (com modificações posteriores), cujo âmbito subjetivo de validade diz respeito unicamente à Administração Pública ***federal***. Em face da ausência de lei geral sobre o tema, aquele diploma é aplicável ***analogicamente*** às empresas estatais *estaduais*, *distritais* e *municipais*.

Ressalte-se que, por ter sido editado antes do atual Texto Constitucional e diante da evidente falta de técnica utilizada pelo Poder Executivo na sua elaboração, o texto constante no Decreto-lei 200/1967 deverá ser interpretado com certa cautela e com as devidas adaptações à Lei Maior de 1988.

O art. 5º, II, do Decreto-lei 200/1967 (com redação dada pelo Decreto-lei 900/1969) estabelece que a empresa pública é "a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o Govêrno seja levado a exercer por fôrça de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito" (sic). Por sua vez, sociedade de economia mista é, nos termos do art. 5º, III, também com redação dada pelo Decreto 900/1969, "a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração indireta".

Da redação acima transcrita, é possível chegar a algumas conclusões quanto às duas figuras.

Em primeiro lugar, está expresso que as empresas públicas e as sociedades de economia mista são pessoas jurídicas de direito privado. A rigor, já é possível retirar

essa conclusão da própria Constituição Federal, pois ela indica uma série de diferenças entre as empresas estatais e as autarquias, as quais apontam para a incidência integral do direito público a estas, enquanto àquelas são aplicáveis disposições situadas no direito privado (ex.: art. 37, XX, e art. 173, § 1º).

O segundo ponto consiste na necessidade de desconsiderar a expressão "criado por lei para a exploração de atividade econômica" constante nos incisos II e III do art. 5º do citado Decreto-lei. Mesmo sob a égide das Constituições anteriores à de 1988 já era possível utilizar as empresas estatais para a execução de tarefas públicas, mediante descentralização técnica, e não apenas para exploração de atividade econômica. Assim, as empresas estatais – tanto as empresas públicas como as sociedades de economia mista – poderão ser criadas para a *execução de atividades administrativas*, ou para a *intervenção do Estado na ordem econômica*.

Aliás, as empresas estatais ***somente existem para servir como meio de atuação do Estado*** – seja na execução de tarefas administrativas, seja para intervir na ordem econômica. ***Elas existem, por conseguinte, para a realização de interesses públicos devidamente positivados na ordem jurídica***.[583]

O art. 5º, II e III, do Decreto-lei 200/1967 indica dois pontos de distinção entre as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

O primeiro deles reside na ***estrutura societária***. As empresas públicas são aquelas cujo capital social é ***exclusivamente público***. Pouco importa, aqui, a personalidade jurídica do cotista ou acionista (se de direito público ou de direito privado); *basta que seja integrante da Administração Pública*, seja qual for a sua esfera federativa. Assim, se 51% das ações de uma empresa são de uma autarquia federal, sendo o restante de titularidade da União, haverá uma empresa pública federal. De igual modo, se a empresa é formada por outras empresas públicas e sociedades de economia

---

[583] "Empresas públicas e sociedades de economia mista são, fundamentalmente e acima de tudo, instrumentos de ação do Estado. O traço essencial caracterizador destas pessoas é o de se constituírem em *auxiliares* do Poder Público; logo, são entidades voltadas, por definição, à busca de interesses transcedentes aos meramente privados" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, pp. 198). Também é a linha de Carlos Ari Sundfeld (A participação privada nas empresas estatais. *Direito administrativo econômico*, pp. 264-265), ao asseverar que, mesmo as empresas estatais exploradoras de atividade econômica são instrumentos de ação do Estado: "O Estado não as cria para investir, buscando simples lucros, mas sempre para implementar *políticas públicas* (o desenvolvimento regional, a construção de habitações populares, o financiamento agrícola etc.)". Cfr. ainda: PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*, p. 231 e ss.; ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de direito administrativo*, p. 138.

mista, será ela qualificada como empresa pública. Se, em sua estrutura societária, houver entes da Federação diversos (ou uma de suas entidades da Administração indireta), também estará em pauta uma empresa pública.[584]

Por sua vez, as sociedades de economia mista são pessoas que têm, em sua composição acionária, entes integrantes da Administração Pública ***e*** pessoas privadas alheias à estrutura administrativa, ***sendo que a maioria das ações com direito a voto deverá pertencer a entidade da Administração Pública***. Para existir uma sociedade de economia mista, as ações que conferem a maioria dos votos para as deliberações da sociedade deverão pertencer à União e/ou à entidade da sua Administração indireta. O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para as sociedades de economia mista estaduais, distritais e municipais.[585]

Se o ente da Administração Pública for controlador por força de acordo de acionistas, não tendo a maioria das ações com direito a voto, *não estará em pauta uma sociedade de economia mista*, mas sim uma sociedade privada da qual o Poder Público possui participação acionária.[586] Para a configuração de uma sociedade de economia mista, o art. 5º, III, do Decreto-lei 200/1967 é objetivo: *a maioria das ações com direito a voto deverá ser de titularidade do Poder Público*.

A segunda característica diferenciadora das empresas públicas e sociedades de economia mista diz respeito à ***forma societária***. Enquanto as empresas públicas adotarão *qualquer forma admitida pela legislação privada*, as sociedades de economia mista serão *sempre sociedades anônimas*. As partes finais dos incisos II e III do art. 5º do Decreto-lei 200/1967 são bem claras nesse sentido. Além desse ato normativo, a Lei

---

[584] Cfr. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, pp. 191-195; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, p. 502; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 510; GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*, p. 488-489. Para Marçal Justen Filho (*Curso de direito administrativo*, p. 262), porém, o quadro societário das empresas públicas é formado "apenas por pessoas de direito público".

[585] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. cit.*, pp. 195-197; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, pp. 501-502; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 510; GASPARINI, Diogenes. *Op. cit.*, pp. 505. Ressalte-se o posicionamento contrário de Lucas Rocha Furtado (*Curso de direito administrativo*, p.182), para quem a sociedade de economia mista pressupõe o controle por uma pessoa jurídica de *direito público*. Ao se seguir a linha do autor (com a qual não se concorda), uma sociedade cuja maioria das ações com direito a voto pertença a uma empresa pública, estando o restante das ações nas mãos de sujeitos privados não integrantes da Administração Pública, por exemplo, não seria uma sociedade de economia mista. Seria uma pessoa privada, ainda que com participação do Estado, não estando sujeita à licitação, concurso público, dentre outras restrições de direito público.

[586] Em sentido contrário, vide: FURTADO, Lucas Rocha. *Op. cit.*, p. 183; JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, pp. 265.

6.404/1976 (Lei das S.A.) prescreve que as sociedades de economia mista se sujeitam ao regime nela previsto, sem prejuízo das disposições previstas em lei especial (art. 235, *caput*).

Vale destacar que, no âmbito federal, existem empresas públicas que são sociedades unipessoais, cuja estrutura não precisa guardar qualquer relação com aquelas previstas na legislação privada.[587] Isso ocorre porque, como a União possui competência para legislar sobre direito privado, nada a impede de criar novos tipos societários para atender às suas necessidades. Todavia, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não poderão adotar a mesma postura, devendo observar os tipos societários previstos na legislação privada (sociedade limitada, sociedade anônima etc.).[588]

Portanto, ***empresas públicas*** *são pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta, cuja* ***estrutura societária é formada somente por entidades (públicas ou privadas) da Administração Pública****, voltadas para a execução de atividades administrativas ou para a exploração de atividade econômica, podendo assumir* ***qualquer forma societária*** *admitida pelo direito positivo*.

Já as ***sociedades de economia mista*** *são pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta, em que* ***a maioria das ações com direito a voto pertence a entidades (públicas ou privadas) da Administração Pública*** *e o restante das ações são de domínio privado, voltadas para a execução de atividades administrativas ou para a exploração de atividade econômica, devendo assumir a* ***forma de sociedade anônima***.

2.2. Tipos de empresas estatais: prestadoras de serviço público e exploradoras de atividade econômica

Dentre as distinções úteis entre empresas estatais, convém indicar aquela que separa as empresas estatais ***prestadoras de serviços públicos*** das ***exploradoras de***

---

[587] Assim, não é preciso que a sociedade unipessoal da União siga as formas de sociedade unipessoal previstas na legislação civil. Ela não precisa ser uma subsidiária integral nos termos do art. 251 da Lei 6.404/1976. De igual modo, também não é obrigatório que a empresa estatal federal unipessoal siga a estrutura de uma empresa individual de responsabilidade limitada (art. 980-B do Código Civil).

[588] Cfr. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, p. 503; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, pp. 508-509; PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*, pp. 213-214.

atividade econômica. Tal classificação se mostra bastante importante, pois há diferenças de regime jurídico, conforme se trate de um ou de outro tipo de empresa estatal.

Tal como já destacado ao longo deste trabalho, o Estado pode descentralizar suas atividades administrativas a empresas estatais. Quando isso ocorrer, estar-se-á diante de empresas estatais ***prestadoras de serviços públicos***. Aqui, o Estado está – ainda que por meio de pessoa de direito privado – atuando no seu *campo próprio de ação*. Ele está executando uma atividade administrativa. Por isso, trata-se de um processo de ***descentralização técnica***.

Embora a expressão "empresas estatais prestadoras de serviços públicos" esteja consagrada pela doutrina e jurisprudência, em verdade, as empresas estatais podem ser criadas não apenas para prestar serviços públicos, mas também para executar outras tarefas administrativas, como o fomento e outras atividades administrativas prestacionais (obras públicas), tal como já abordado anteriormente (item 8 do Cap. III). Por isso, seria mais adequado chamá-las de *empresas estatais executoras de atividades administrativas*. Contudo, desde que se tenha ciência de que tais pessoas de direito privado poderão executar outras atividades administrativas, não há qualquer problema em utilizar aquela expressão, que já está incorporada ao vocabulário do direito administrativo.

Por outro lado, *empresas estatais* ***exploradoras de atividades econômicas*** são aquelas criadas pelo Estado para *intervir na ordem econômica*, ou seja, são empresas criadas para atuar no *campo próprio dos sujeitos privados*. Nesse caso, não está em pauta uma descentralização técnica, já que *o Estado não está descentralizando uma competência administrativa*. Está, isto sim, executando uma atividade situada num espaço do qual não é titular, que é o campo das atividades econômicas.

Esta distinção é bastante relevante, pois o regime jurídico das empresas estatais será relativamente diverso conforme se trate de empresa estatal prestadora de serviços públicos ou de exploradora de atividade econômica. *No caso das prestadoras de serviços públicos, haverá uma maior derrogação do direito público*, tendo em vista a própria natureza da atividade executada pela empresa estatal. Por outro lado, *no caso das exploradoras de atividade econômica, o seu regime será o mais próximo possível*

do direito privado, de acordo com o previsto no art. 173, § 1º, II, da CF.[589] Inclusive, no entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, as derrogações de direito público aplicáveis às empresas estatais exploradoras de atividade econômica serão apenas aquelas decorrentes, explícita ou implicitamente, da Constituição, não cabendo à lei ordinária promover tal derrogação.[590]

Assim, o STF tem decidido que, em se tratando de empresa estatal prestadora de serviço público, vige o princípio da imunidade recíproca quanto aos impostos (o que já não ocorre em relação às empresas estatais exploradoras de atividade econômica, por força do art. 173, § 1º, II, da CF). É o caso, por exemplo, da Companhia Docas do Estado de São Paulo, que presta serviços públicos portuários e, portanto, não está sujeita à cobrança de impostos pelo Município de Santos.[591] Pode-se fazer menção ainda a julgados relativos à Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (INFRAERO) e à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT).[592]

Por sua vez, o STJ já entendeu que às empresas estatais prestadoras de serviços públicos é aplicável o prazo prescricional quinquenal do Decreto 20.910/1932. Logo, a Súmula 39 de tal Corte ("Prescreve em vinte anos a ação para haver indenização, por

---

[589] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 203; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. O regime jurídico das empresas estatais. *Direito público: estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*, pp. 131-132.

[590] Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito administrativo*, p. 501), uma conclusão que se tira do art. 173, § 1º, da Lei Maior "é a de que, se a própria Constituição estabelece o regime jurídico de direito privado, as derrogações a esse regime somente são admissíveis quando delas decorrem implícita ou explicitamente. A lei ordinária não pode derrogar o direito comum, se não admitida essa possibilidade pela Constituição". Por tal razão, a jurista entendeu haver falha na Lei 11.101/2005 (Lei das Falências), porquanto esta excluiu todas as empresas estatais do regime falimentar, sem distinguir as que prestam serviços públicos daquelas que executam atividade econômica (*Op. cit.*, p. 517).

[591] STF, AI 351.888 AgR/SP, 2ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, DJe 22.08.2011. Nos termos da ementa do RE 265.749 ED-ED/SP, 2ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, DJe 22.08.2011:

"- **A CODESP**, *que é sociedade de economia mista*, **executa**, *como atividade-fim*, **em regime de monopólio**, serviços de administração de porto marítimo *constitucionalmente outorgados* à União Federal, **qualificando-se**, *em razão de sua específica destinação institucional*, **como entidade delegatária** dos serviços públicos **a que se refere** o art. 21, inciso XII, alínea 'f', da Lei Fundamental, **o que exclui** essa empresa governamental, **em matéria** de impostos, **por efeito** da imunidade tributária recíproca (**CF**, art. 150, VI, 'a'), do **poder de tributar** dos entes políticos em geral, *inclusive o dos Municípios*.

- **Conseqüente inexigibilidade**, *por parte do Município tributante*, **do IPTU** referente às atividades executadas **pela CODESP na prestação** dos serviços públicos de administração de porto marítimo **e daquelas necessárias** à realização *dessa atividade-fim*."

[592] Sobre o tema, vide: STF, ACO 803 TAR-QO/SP, Tribunal Pleno, rel. Min. Celso de Mello, DJe 26.05.2011; STF, RE 363.412 AgRg/BH, 2ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, DJe 19.09.2008; STF, RE 398.630/SP, 2ª Turma, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 17.09.2004; STF, RE 424.227/SC, 2ª Turma, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 10.09.2004; STF, RE 354.897/RS, 2ª Turma, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 03.09.2004; STF, RE 407.099/RS, 2ª Turma, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 06.08.2004.

responsabilidade civil, de sociedade de economia mista") deve ter uma interpretação restrita, a fim de abarcar apenas as sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica.[593]

Outro efeito bastante importante consiste no regime das contratações da empresa estatal. Conforme expõe Celso Antônio Bandeira de Mello, se uma empresa estatal exploradora de atividade econômica estiver travando uma relação contratual atinente à sua finalidade industrial ou comercial, *o regime será sempre o de direito privado*. De igual modo, não há que se falar no dever de licitar, já que isso seria incompatível com as atividades negociais em vista das quais foram criadas. A licitação seria cabível apenas para as situações em que sua realização em nada afetaria o atendimento de seus fins, como a construção do prédio onde funcionarão seus escritórios, a aquisição de móveis e equipamentos de suas sedes e filias etc.[594]

Ressalte-se que o TCU tem encampado essa distinção. Em resposta à consulta formulada pelo Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia,[595] a Corte de Contas federal – após citar uma série de precedentes do próprio TCU no mesmo sentido[596] – fixou o entendimento, no Acórdão 1.390/2004 – Plenário (rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, DOU 23.09.2004), de que, enquanto não for editada a lei de que trata o art. 173, § 1º, da Constituição, as empresas estatais e suas subsidiárias exploradoras de atividade econômica deverão observar a Lei 8.666/1993 e seus regulamentos próprios, *não havendo, porém, tal obrigação de licitar* "para contratarem os bens e serviços que constituam sua atividade-fim, nas hipóteses em que o referido Diploma Legal constitua óbice intransponível à sua atividade negocial, sem olvidarem, contudo, da observância dos princípios aplicáveis à Administração Pública, bem como daqueles insertos no referido Estatuto Licitatório".

Embora seja corrente a afirmação de que, em relação às atividades fins da empresa estatal exploradora de atividade econômica não caiba licitação, havendo tal

---

[593] STJ, REsp 929.758/DF, 2ª Turma, rel. Min. Humberto Martins, DJe 14.12.2010; REsp 1.196.158/SE, 2ª Turma, rel. Min. Eliana Calmon, DJe 30.8.2010; AgRg no AgRg no REsp 1.075.264/RJ, 1ª Turma, rel. Min. Francisco Falcão, DJe 10.12.2008.

[594] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 214-216.

[595] Vale destacar que, conforme o art. 1º, § 2°, da Lei 8.443/1991 (Lei Orgânica do TCU), as respostas em processos de consulta possuem caráter normativo para a Administração Pública federal.

[596] TCU: Acórdão 121/1998 – Plenário; Decisão 150/2001 – Plenário; Decisão 663/2002 – Plenário; Acórdão 1.268/2003 – Plenário; Acórdão 1.581/2003 – Plenário; Acórdão 403/2004 – Plenário; Acórdão 934/2004 – Plenário.

obrigatoriedade em relação às suas atividades instrumentais, convém trazer a posição de José Eduardo Martins Cardozo. Na lição desse jurista, a licitação será obrigatória para as empresas estatais exploradoras de atividade econômica *sempre que isso seja possível e razoável*, ou seja, quando *não implicar a perda das suas condições de competição no mercado e a igualdade que tal empresa estatal deverá ter com as demais pessoas privadas que atuam no seu ramo de atividade*. Para Martins Cardozo, não fará diferença se a atividade é instrumental ou finalística, mas sim se a licitação será ou não um óbice a que a empresa estatal atue de forma competitiva no mercado. Se for, haverá uma *não incidência do dever de licitar*; do contrário, tal dever incidirá, ressalvadas as hipóteses de dispensa e inexigibilidade.[597]

Ainda sobre a distinção entre empresas estatais exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviço público, Marçal Justen Filho observa que, em alguns casos, tal dicotomia se torna difusa. Isso porque determinadas empresas estatais (criadas originariamente para desempenhar serviço público, por exemplo) acabam executando atividades situadas no outro campo. Ou seja, por vezes, a empresa estatal acumula a atividade econômica e a prestação de serviços públicos, o que acaba gerando uma complexidade na análise de seu regime jurídico. O autor cita, como exemplos, as empresas estatais estaduais prestadoras do serviço público de energia elétrica, que passaram a disputar contratações perante o Poder Público, tal como se fossem sujeitos

---

[597] Conforme José Eduardo Martins Cardozo (As empresas estatais que exploram atividade econômica e seu dever de licitar. *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*, pp. 356-357), melhor será afastar a distinção conceitual *atividade fim* e *atividade meio*. Será melhor avaliar, "dentro de cada situação empresarial concreta, que contratações seriam induvidosamente indispensáveis para o exercício da atividade econômica para qual a empresa foi criada e que trariam um intransponível óbice à sua atuação de mercado, dentro das condições normais de competitividade, se fossem obrigatoriamente licitadas. Pouco importará, assim, se o objeto contratual se encarta ou não *a priori* em uma atividade-fim ou de rotina negocial da empresa. Se o contrato for daqueles em que a licitação não retirará – dentro de padrões normais de planejamento, atuação e boa gestão – sua competitividade de mercado, o dever de licitar será exigido. Caso contrário, se for um ajuste negocial relacionado com a razão que ensejou sua criação para atuar na vida econômica, e a realização vier, comprovadamente – respeitados os padrões normais de planejamento e diligência gerencial –, a prejudicar sua competitividade de mercado em relação ao que podem fazer outras empresas privadas comuns, a contratação direta deverá ser liberada".
Outra observação relevante do autor é a de que, no caso das empresas estatais exploradoras de atividade econômica, *não incide o dever de licitar*. Isso significa que não é possível falar, aqui, em *inexigibilidade de licitação*. Isso porque a inexigibilidade é uma exceção aos casos em que o dever de licitar incide. Assim, no caso das empresas estatais exploradoras de atividade econômica, o que ocorre é uma limitação ao dever de licitar. Para as demais pessoas administrativas, o dever de licitar incide, havendo, dentre as hipóteses de exceção, a inexigibilidade de licitação. Nesse caso, mesmo quando há inexigibilidade, incide o art. 26 da Lei 8.666/1993; no caso da não incidência do dever de licitar, não se aplica tal dispositivo (*Op. cit.*, pp. 359-360, nota de rodapé 28).

puramente privados. Essas empresas passaram a atuar de forma competitiva no mercado, inclusive buscando a celebração de contratos de concessão de energia a serem executados em outro Estado da Federação. De igual modo, faz menção à ECT, que passou a desenvolver atividades econômicas que não consistiam no serviço público postal e em regime de competição com outros agentes econômicos.[598]

É possível citar outras situações. É comum encontrar empresas públicas ou sociedades de economia mista estaduais de saneamento básico – criadas para desempenhar um serviço que poderia ser considerado de interesse regional – acabarem prestando serviços de saneamento básico para Municípios, mediante um contrato de concessão de serviço público. Ao mesmo tempo em que tal empresa é fruto de uma descentralização técnica do Estado, ela está atuando como um agente econômico privado ao participar de licitações e celebrar contratos de concessão com outros entes federativos.

A complexidade apontada por Justen Filho só se coloca quando a empresa estatal for ***fruto de uma descentralização técnica***. Isso porque, se um Estado-membro cria uma empresa de energia elétrica, por exemplo, a qual celebra um contrato de concessão de serviço público (após ter participado da licitação para esse fim), ela será *qualificada como* ***exploradora de atividade econômica***. O Estado da Federação (ou o Município) não está transferindo uma competência administrativa de sua titularidade para uma empresa estatal por ela criada. Ela está – por razões de interesse público a serem avaliadas em cada caso – ***intervindo na ordem econômica***. Essa empresa estatal estará agindo nos termos do art. 173 da Constituição. Se estiver prestando serviço público, o título legitimador será um contrato de concessão, uma permissão ou uma autorização de serviço público, tal como qualquer outro sujeito privado. Aqui, ele será um concessionário, permissionário ou autorizatário de serviço público. Tal empresa estatal não provém de um ato de descentralização técnica.

Por outro lado, se a empresa estatal estiver desempenhando o serviço público por força de uma descentralização técnica (tal como a ECT), a questão realmente se torna mais complexa. Isso porque estará em discussão o regime de uma empresa estatal prestadora de serviço público.

---

[598] JUSTEN FILHO, Marçal. Empresas estatais e a superação da dicotomia "prestação de serviço público/exploração de atividade econômica". *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*, pp. 409-412.

De início, vale frisar que não haverá problema na execução de atividade econômica por empresas estatais prestadoras de serviço público, ***desde que tal medida se destine a assegurar uma melhoria na prestação do serviço público que lhe foi descentralizado***. Assim, a atividade econômica de tal empresa pode se voltar à modicidade tarifária, aplicando-se aqui a mesma ideia da obtenção, por concessionário de serviço público, de receitas alternativas, complementares, acessórias ou derivadas de projetos associados (art. 11 da Lei das Concessões). Ou ainda, a atuação da empresa estatal na qualidade de agente econômico pode se voltar para a obtenção de mais recursos, a fim de garantir a universalidade ou atualização do serviço público. As atividades econômicas da ECT, *v.g.*, podem viabilizar a entrega de cartas em locais longínquos do território brasileiro, que não são rentáveis sob o ponto de vista econômico.

Em suma, ***é necessário que a atuação no mercado da empresa estatal prestadora de serviço público seja um meio para se promover uma melhoria no serviço público a ela descentralizado***. Será apenas nessa situação em que tal atividade econômica da empresa estatal prestadora de serviço público será juridicamente possível. Ainda, sob o ponto de vista formal, a lei que autorizou a criação da empresa estatal (e lhe descentralizou o serviço) deverá admitir essa atividade econômica conexa ao serviço público.

Entretanto, essa dupla feição (prestadora de serviço público e exploradora de atividade econômica) traz um problema. Qual o regime a ser aplicado quando tal entidade executa atividade econômica? O seu regime geral (próprio de uma empresa estatal prestadora de serviço público), ou o regime das exploradoras de atividade econômica em relação a tais atividades acessórias?

Para Marçal Justen Filho, deverá haver a pluralidade de regimes jurídicos: "se um mesmo ente desempenhar ambas as atividades, estará sujeito a regimes jurídicos diversos".[599] Assim, em relação às atividades econômicas que tal empresa estatal prestadora de serviço público executa, deverá ser aplicado o respectivo regime.

De fato, parece ser essa a melhor solução. Ora, se uma empresa estatal prestadora de serviço público executar atividades econômicas, não poderá, por exemplo,

---

[599] JUSTEN FILHO, Marçal. Empresas estatais e a superação da dicotomia "prestação de serviço público/exploração de atividade econômica". *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*, p. 421.

gozar da imunidade tributária. Seus bens não serão considerados como públicos para fins de execução. O único problema que poderá surgir será o de haver uma dificuldade prática de separar tais regimes. Nessas hipóteses, em caso de dúvida, deverá prevalecer o regime geral da empresa estatal prestadora de serviço público, tendo em vista que ela foi criada especificamente para esse fim.

3. Aspectos gerais das fundações estatais de direito privado

3.1. Conceito e áreas de atuação

As fundações são pessoas jurídicas formadas a partir de uma base patrimonial. São bens afetados à realização de um fim. No caso das fundações puramente privadas, estas não poderão exercer uma atividade com fim lucrativo, mas sim atividade de interesse geral que não tenha sido atribuída de modo exclusivo ao Estado. O parágrafo único do art. 62 do Código Civil de 2002 deixa isso claro ao prescrever que a fundação "somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência". As fundações privadas, portanto, são entes que atuam no domínio social.

Em se tratando das fundações instituídas pelo Poder Público, evidentemente, *esse fim de interesse geral será um interesse público positivado na ordem jurídica*. Trata-se, pois, de um interesse que o Estado está juridicamente obrigado a realizar.

Tal como já destacado no Capítulo III, item 4.2, acompanha-se a corrente doutrinária que entende haver dois tipos de fundações instituídas pelo Poder Público: (a) as ***fundações públicas*** (ou autarquias fundacionais), isto é, as fundações com personalidade jurídica de direito público; e (b) as ***fundações estatais privadas***, que possuem personalidade jurídica de direito privado. A natureza de determinada fundação estatal como sendo de direito público ou de direito privado decorrerá da análise da lei que a instituiu e do seu estatuto.[600]

A Constituição de 1988 faz diversas referências às fundações instituídas pelo Poder Público. Além das menções que faz à "Administração indireta" (já citadas no item 2.1 deste Capítulo), o Texto Constitucional – ao utilizar o vocábulo "fundação" – pretende fazer alusão às duas modalidades de fundações estatais nos seguintes

[600] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 491.

dispositivos: art. 37, *caput* e XVII; art. 71, II e III; art. 163, II; art. 165, § 5º, I e III; art. 167, VIII; art. 169, § 1º; e, art. 202, §§ 3º e 4º. No ADCT: art. 8º, § 5º; art. 18; art. 35, § 1º, V; e, art. 64.

Quanto às fundações públicas (autarquias fundacionais), a Constituição a elas se refere no art. 39, *caput* e § 7º, no art. 40, no art. 150, § 2º, no art. 157, I, e no art. 158, II. Já o ADCT, no art. 19 e no art. 72, I.

A rigor, há apenas um dispositivo constitucional que diz respeito tão somente às fundações estatais privadas. É o art. 37, XIX (com redação dada pela EC 19/1998), o qual prescreve que "somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de ***fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação***" (grifado).

O dispositivo constitucional não alude às fundações públicas por uma razão: ***elas estão englobadas no conceito de autarquia***. Logo, sua criação ocorre por meio da lei. Já as fundações estatais privadas têm sua criação *autorizada* pela lei.

O inciso XIX do art. 37 da Lei Maior traz ainda outra importante obrigação concernente às fundações estatais privadas: *cabe à lei complementar definir as áreas de sua atuação*. Essa lei complementar não foi editada ainda. É certo, contudo, que as fundações estatais privadas ***não*** *poderão atuar no* ***domínio econômico***; não poderão ser um instrumento de intervenção estatal nesse campo. Isso porque a Constituição, em seu art. 173, reservou esse papel somente às empresas estatais. Assim, o legislador não poderá incluir atividades econômicas, com fins lucrativos, no campo das fundações estatais privadas.

Diante da ausência da lei complementar sobre o tema, cabe questionar: o Poder Público poderá criar fundações estatais de direito privado?

Conforme Carlos Ari Sundfeld, Rodrigo Pinto de Campos e Henrique Motta Pinto, tal criação será possível, já que as normas sobre as fundações estatais privadas contidas no Decreto-lei 200/1967 foram recepcionadas pela Constituição com o *status* de lei complementar. Em seu art. 5º, IV, o Decreto-lei 200/1967 definiu a "fundação pública" como sendo "a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, ***para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de***

direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e outras fontes" (grifado). Por conseguinte, "somente as atividades cuja execução esteja cometida *exclusivamente* a entidades de direito público estão excluídas dos possíveis campos de atuação das fundações governamentais privadas".[601]

Com efeito, os autores têm razão nesse aspecto. Tal dispositivo foi recebido pela ordem constitucional com o *status* de lei complementar. No entanto, ele é aplicável por ***analogia*** a Estados, Distrito Federal e Municípios, já que o domínio subjetivo do Decreto-lei 200/1967 diz respeito apenas à União.

Ademais, de fato, *não cabe a uma fundação estatal de direito privado atuar no âmbito de atividade ordenadora*, pois tal tarefa administrativa está reservada apenas às pessoas jurídicas de direito público. Mas, em verdade, *o art. 5º, IV, do Decreto-lei 200/1967 apenas explicita algo que* ***já decorre do regime constitucional da descentralização técnica***, tal como já abordado no Capítulo III, item 8.1.

Há ainda outra conclusão que se pode retirar da leitura do art. 5º, IV, do Decreto-lei 200/1967 e que deriva do regime constitucional vigente. ***O Estado não poderá utilizar uma fundação estatal privada para intervir na ordem econômica***. Pela interpretação do § 1º do art. 173 da Constituição, tal como mencionado acima, *a intervenção estatal na ordem econômica deverá ocorrer tão só por* ***empresas estatais***. As fundações estatais privadas estão excluídas do campo econômico, voltado para o lucro. Como consequência, *as fundações estatais de direito privado atuarão no domínio social*, nas áreas que o Estado possui a titularidade (ainda que compartilhada com sujeitos privados), como saúde, educação, assistência social e cultura.

Dessa forma, as fundações estatais privadas poderão atuar ***apenas como um instrumento de descentralização técnica***, isto é, como um meio de ação do Estado para dar cumprimento a competências administrativas relativas ao domínio social, as quais deverão estar delineadas na lei que autoriza sua criação. Podem ser fundações voltadas para o fomento de atividades privadas, tal como a Fundação de Amparo à Pesquisa no Estado de São Paulo (FAPESP), ou para a prestação de serviços públicos, como a Fundação de Amparo ao Trabalhador Preso do Distrito Federal (FUNAP/DF). Há, até

---

[601] SUNDFELD, Carlos Ari; CAMPOS, Rodrigo Pinto de; PINTO, Henrique Motta. Regime jurídico das fundações governamentais. *Introdução ao direito administrativo*, p. 283.

mesmo, fundações estatais privadas voltadas ao apoio de outros entes públicos (atividade instrumental). É o caso da Fundação para o Vestibular da Universidade Estadual Paulista (VUNESP).

Em suma, *as **fundações estatais privadas** são pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta, as quais estão voltadas apenas para a execução de **atividades administrativas situadas no domínio social** ou de **atividades administrativas instrumentais***.

3.2. As fundações estatais privadas e o Código Civil

Ao contrário das fundações públicas – que, por serem autarquias, seguem integralmente o regime de direito público –, as fundações estatais privadas sofrem o influxo do direito privado, com derrogações de direito público.

No que tange ao grau de incidência do direito público em tais entidades, é possível questionar o seguinte: tais fundações terão o mesmo regime das empresas estatais exploradoras de atividade econômica ou das prestadoras de serviço público?

A resposta é simples. Como as fundações estatais de direito privado são o produto de uma *descentralização técnica* (tal como as empresas estatais prestadoras de serviço público), parece evidente que o grau de derrogação do direito privado pelo direito público será o mesmo das empresas estatais. *Portanto, as fundações estatais privadas possuem as mesmas derrogações de direito público das empresas estatais prestadoras de serviço público*.

O segundo ponto acerca do regime das fundações estatais privadas diz respeito à incidência do Código Civil. Isso porque o Decreto-lei 200/1967 estabelece, em seu art. 5º, § 3º, que as fundações estatais privadas "adquirem personalidade jurídica com a inscrição da escritura pública de sua constituição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, não se lhes aplicando as demais disposições do Código Civil concernente às fundações".

Uma primeira leitura do dispositivo sugere que apenas em relação à aquisição da personalidade jurídica – que se dá com a inscrição da escritura pública no órgão competente – é que se aplicaria o Código Civil. Quanto aos demais aspectos, o Código Civil não seria aplicável. Isso significa que, a rigor, cada lei e estatuto disciplinariam as fundações estatais de direito privado.

Entretanto, não parece ter sido essa a finalidade da norma. O objetivo, em verdade, é o de afastar as disposições do Código Civil aplicáveis às fundações privadas que sejam incompatíveis com o regime jurídico das fundações estatais de direito privado. É possível citar várias dessas normas (incompatíveis).

O art. 63 do Código Civil estabelece que quando os bens afetados forem insuficientes para constituir a fundação, tais bens serão incorporados a outra fundação que se proponha a fim igual ou semelhante, salvo se de outro modo não dispuser o instituidor. Ora, é evidente que, em se tratando de fundação estatal privada, o ente instituidor terá o dever jurídico de aportar os recursos necessários para o seu adequado funcionamento. Mas, ainda que não sejam suficientes, não caberá transferir esses bens para outra fundação privada que se proponha a fim semelhante. Do contrário, haveria a alienação de bens públicos para pessoa não integrante da Administração Pública, sem licitação pública.

De igual modo, o art. 65 do Código Civil[602] não guarda pertinência com as fundações estatais de direito privado. *A incumbência de elaborar o estatuto dessa fundação será sempre do Poder Público instituidor*. E, se não o fizer no prazo de 180 (cento e oitenta) dias (art. 65, parágrafo único), tal encargo não será transferido ao Ministério Público. Continuará sendo uma atribuição do ente público instituidor.

Ademais, a fiscalização pelo Ministério Público – prevista para as fundações privadas (art. 66) – não tem sentido em relação às fundações estatais privadas. A finalidade desse controle do Ministério Público (o cumprimento do fim que levou à instituição da fundação) já é exercido pela Administração Pública direta, por meio da tutela administrativa.[603]

Enfim, no que se refere à aplicabilidade do Código Civil de 2002 às fundações estatais privadas, somente serão aplicáveis as normas privadas que sejam compatíveis com o regime de direito público.

---

[602] "Art. 65. Aqueles a quem o instituidor cometer a aplicação do patrimônio, em tendo ciência do encargo, formularão logo, de acordo com as suas bases (art. 62), o estatuto da fundação projetada, submetendo-o, em seguida, à aprovação da autoridade competente, com recurso ao juiz.
Parágrafo único. Se o estatuto não for elaborado no prazo assinado pelo instituidor, ou, não havendo prazo, em cento e oitenta dias, a incumbência caberá ao Ministério Público."

[603] Nesse sentido, cfr.: DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*, pp. 494-495; SUNDFELD, Carlos Ari; CAMPOS, Rodrigo Pinto de; PINTO, Henrique Motta. Regime jurídico das fundações governamentais. *Introdução ao direito administrativo*, p. 292.

4. Descentralização técnica a empresas estatais e fundações estatais privadas

4.1. Critérios para a criação de empresas estatais e fundações estatais privadas

A questão a ser respondida neste tópico é a seguinte: *quais são as hipóteses que autorizam o Estado a descentralizar a prestação de serviços públicos a empresas estatais ou a fundações estatais de direito privado*?

Ao tratar da evolução das formas de descentralização administrativa, Maria Sylvia Zanella Di Pietro escreve que, conforme o Estado passou a assumir encargos no campo social e econômico, houve a necessidade de encontrar novas formas de gestão do serviço público e da atividade privada exercida pela Administração. Duas ideias passaram a nortear esse propósito: de um lado, a *"***especialização**, com vistas à obtenção de melhores resultados, que justificou e ainda justifica a existência de autarquias; de outro, e com o mesmo objetivo, a **utilização de métodos de gestão privada**, mais flexíveis e mais adaptáveis ao novo tipo de atividade assumida pelo Estado, em especial a natureza comercial e industrial".[604]

Com efeito, a especialização e a utilização de métodos de gestão privada têm sido utilizadas no processo de descentralização administrativa. Mas isso só ocorre por conta de uma razão: como visto no item 5 do Capítulo III, o que justifica a descentralização administrativa é a busca por ***maior eficiência administrativa*** (art. 37, *caput*, da CF).

Logo, no processo de descentralização técnica, a criação de qualquer entidade da Administração indireta – tenha ou não personalidade jurídica de direito privado – tem como finalidade um atuar administrativo mais eficiente e, por consequência, *um atuar administrativo que melhor realize as tarefas administrativas que foram impostas ao Estado pela ordem jurídica*. A pergunta a ser feita aqui deverá ser sempre a seguinte: *ao se descentralizar tal competência pública, o ente descentralizado terá melhores condições de executar a atividade do que a Administração direta?* Se a resposta for positiva, a descentralização técnica será válida; se negativa, a execução direta da atividade administrativa será obrigatória (ou então a descentralização por colaboração).

Uma vez verificada a viabilidade jurídica de se realizar a descentralização

---

[604] DI PIETRO, Maria Sylvia. *Parcerias na administração pública*, p. 50.

técnica, caberá ao ente político fazer uma segunda análise: *a competência pública deverá ser transferida a uma pessoa jurídica de direito público ou de direito privado?*

Caso o Poder Público constate se tratar de competência situada no âmbito da atividade administrativa ordenadora, não haverá espaço de discrição: deverá ser criada uma pessoa jurídica de direito público.

Porém, em se tratando das demais atividades administrativas, o figurino jurídico-privado da entidade será possível. Então, caso o ente político titular da atividade entenda que a estrutura privada pode trazer benefícios em termos de gestão da atividade administrativa (quando comparada com a autarquia, seja ela corporativa ou fundacional), caberá a descentralização a uma empresa estatal ou a uma fundação estatal privada.

Ressalte-se apenas que, em se tratando de fundação estatal privada, a competência administrativa a ser descentralizada deverá estar situada no domínio social. Assim, uma atividade de pesquisa científica poderá ser descentralizada a uma fundação estatal privada. Por outro lado, uma tarefa administrativa não incluída nesse campo – exploração de ferrovias e aeroportos – não poderá ser transferida a esse tipo de fundação, mas a uma empresa estatal.

Portanto, o critério para a descentralização de um serviço público a uma empresa estatal não é diverso daquele existente para a descentralização de qualquer atividade administrativa: *a conclusão de que, em tese, essa medida propiciará uma maior eficiência*. Em matéria de serviços públicos, isso significa que ***a descentralização técnica será (ao menos em tese) a decisão mais adequada para realizar os princípios da universalidade e da adequação do serviço público***.

4.2. Natureza da relação entre a Administração Pública e as pessoas privadas na descentralização técnica. Inexistência de concessão de serviço público

Uma questão extremamente relevante se refere à natureza da relação jurídica entre Administração Pública direta e pessoas privadas da Administração indireta que prestam serviços públicos. Tal relação seria uma concessão de serviço público?

Essa pergunta tem cabimento, porque, ao longo do tempo, empresas estatais do ente federativo titular do serviço foram criadas e com elas foram celebrados contratos

de concessão de serviço público.[605] Aliás, ainda hoje existem contratos dessa natureza.

Considerar tal relação como sendo uma concessão de serviço público traz importantes consequências. A empresa estatal (ou a fundação estatal privada) poderia, nas hipóteses autorizadas pela Lei de Concessões de Serviço Público, exigir a manutenção da intangibilidade da equação econômico-financeira. Por outro lado, o Estado poderia alterar unilateralmente a forma de prestação do serviço, fiscalizar a execução do serviço, declarar a caducidade da concessão, ou extinguir a concessão por mera conveniência (efetuando o pagamento da indenização devida).

Ao tratar do tema, Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que é forçado considerar a empresa estatal como concessionária de serviço público nas situações em que os recursos utilizados para a sua criação provêm do ente político competente para prestar o referido serviço público. Ou seja, em se tratando de empresas públicas prestadoras de serviços públicos de titularidade da entidade federativa que a criou, não estará configurada uma relação de concessão de serviço público. A empresa estatal não poderá opor, em face da Administração direta, os direitos específicos de concessionário, dentre os quais se sobressai o direito à intangibilidade da equação econômico-financeira. O autor possui o mesmo entendimento em relação às sociedades de economia mista cujos recursos privados aportados no capital da sociedade são ínfimos.

Por outro lado, o jurista entende estar configurada uma concessão de serviço público quando houver o concurso de: (i) capitais privados na formação da sociedade de economia mista; e (ii) capitais públicos provenientes de entidade federativa diversa daquela titular do serviço. Em tais situações, Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta que estão em pauta os direitos e deveres próprios de uma concessão de serviço público.[606]

Maria Sylvia Zanella Di Pietro não faz essa distinção. Para a autora, não é

---

[605] Após tratar do surgimento das empresas públicas e sociedades de economia mista, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Parcerias na administração pública*, p. 53) escreve que, acompanhando a tendência verificada em outros países, o instituto da concessão – que foi a primeira forma utilizada para transferir a execução de serviços públicos a terceiros – voltou a ser utilizado, mas nesse caso para delegar o serviço a empresas estatais. "A vantagem está no fato de que o Estado mantém, como na forma originária de concessão, seu poder de controle sobre o concessionário, inclusive na fixação de preços; por outro lado, todos os riscos do empreendimento ficam por conta do concedente (e não mais do concessionário), já que ele é o acionista majoritário da empresa. Perde-se, com esse procedimento, a grande vantagem da concessão que constitui a própria justificativa para seu surgimento: a de prestar serviços públicos sem necessitar investir grandes capitais do Estado".

[606] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 204. Também é essa a linha de Sílvio Luís Ferreira da Rocha (*Manual de direito administrativo*, p. 139).

possível falar em concessão de serviço público, já que estão em pauta formas diversas de descentralização administrativa de serviços públicos. No caso das empresas estatais, estas são criadas por lei e adquirem o direito à prestação do serviço, o qual é oponível até mesmo contra a pessoa política que as criaram. O ente titular do serviço público somente poderá intervir na empresa estatal nos limites estabelecidos na lei que criou essa entidade.[607] Também é essa a linha adotada por outros autores de renome.[608]

De fato, a relação jurídica existente entre a Administração direta e a empresa estatal (empresa pública e sociedade de economia mista) ou fundação estatal de direito privado a quem o serviço público foi descentralizado ***não pode ser reputada como sendo de concessão de serviço público***.

Em primeiro lugar, porque o Estado – como bem aponta Adilson Abreu Dallari – não outorga concessão de serviço público a si mesmo. "Realmente não tem qualquer sentido falar-se em concessão de serviço público quando o Poder Público cria, ele mesmo, um seu prolongamento personalizado, uma entidade de sua administração indireta, para executar um serviço de sua alçada".[609]

Além disso, as situações ativas e passivas das empresas estatais e do ente político titular do serviço são diversas daquelas criadas por um contrato de concessão de serviço público.

O ente político titular do serviço não possui o poder de modificar unilateralmente a forma de prestação do serviço, salvo se a lei disciplinar de modo diverso. Omissa a lei, caso a Administração direta titular do serviço entenda que este está sendo prestado de modo inadequado, ou se deseja influenciar na sua modernização, deverá exercer os poderes específicos de tutela administrativa (ex.: destituição dos dirigentes da empresa estatal e substituição por outros), ou o seu poder de controle societário. Também não se pode falar em encampação do serviço mediante autorização legislativa e indenização prévia; esta indenização não tem cabimento quando da extinção da empresa estatal ou da fundação estatal privada. Aqui, haverá a extinção da

---

[607] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*, p. 55.
[608] ATALIBA, Geraldo. Sabesp – Serviço público – Delegação a empresa estatal – Imunidade a impostos – Regime de taxas. *RDP*, nº 92, p. 75; DALLARI, Adilson Abreu. Empresa estatal prestadora de serviços públicos – Natureza jurídica – Repercussão tributária. *RDP*, nº 94, pp. 96-97; GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, pp. 143-144; JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*, pp. 119-121.
[609] DALLARI, Adilson Abreu. *Op. cit.*, p. 97.

empresa estatal ou fundação estatal privada e o retorno do serviço à entidade política titular. Em caso de má execução do serviço, não se pode falar na aplicação de sanções (como, por exemplo, a suspensão do direito de licitar e contratar com o Poder Público).

De outro lado, a empresa estatal (ou a fundação estatal privada) não pode exigir do ente titular do serviço público os direitos típicos de um concessionário. Não se pode falar em intangibilidade da equação econômico-financeira, porquanto tal direito decorre de um vínculo de contrato de concessão, firmado a partir da apresentação de uma proposta em licitação pública. Isso não ocorre no caso da descentralização técnica de serviços públicos.[610]

Assim, na descentralização técnica de serviços públicos a empresas estatais e fundações estatais privadas criadas pelo ente político titular do serviço, não se pode falar em concessão de serviço público. Trata-se pura e simplesmente de uma *descentralização técnica*.

4.3. Formas de realização da descentralização técnica de serviços públicos a pessoas privadas

Basicamente, a descentralização técnica ocorre de duas formas. Há o ***modo ordinário*** de descentralização técnica de serviços públicos e o ***modo associado***.

4.3.1. Descentralização técnica ordinária

A descentralização técnica *ordinária* é aquela em que a pessoa política titular do serviço público cria uma pessoa jurídica de direito público ou privado, que será integrante da sua Administração indireta.

Em se tratando das empresas estatais e fundações estatais privadas, o processo

---

[610] Eros Roberto Grau (*A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 144) acrescenta ainda que o concessionário de serviço público é beneficiado pela estipulação legal da política tarifária, o que não ocorre com a empresa estatal prestadora de serviço público. "Vale dizer: à capacidade de exercício do serviço atribuída ao concessionário adere um direito a remuneração por tal exercício, em condições de equilíbrio econômico-financeiro. Às empresas estatais prestadoras de serviço público não assiste contudo direito à percepção de remuneração pela prestação do serviço, em condições de equilíbrio daquele tipo. Pode inclusive o Estado (o poder concedente) sujeitá-las a regime de atuação deficitária – o que ocorre com frequência – fixando as remunerações que lhes devem ser pagas pelos usuários dos seus serviços em níveis inferiores aos que seriam necessários à reposição de seus custos da prestação dos serviços".

se inicia com a edição de uma lei específica autorizando a criação de tal pessoa, tal como exige o art. 37, XIX, da Constituição. Embora a iniciativa do projeto de lei seja privativa do Poder Executivo, por força do art. 61, § 1º, II, "b", da Lei Maior, há um espaço de discricionariedade legislativa, seja na aprovação da iniciativa, seja na modificação do projeto de lei.

O objetivo da lei não reside somente na autorização da criação do ente privado da Administração indireta. A lei não pode ser um "cheque em branco" para o Poder Executivo. Ela deverá indicar, no mínimo, o seguinte: (i) a natureza da entidade (empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação estatal privada); (ii) a composição de seu capital, no caso das empresas estatais, e os bens a serem transferidos para a formação da fundação estatal privada; (iii) a sua estrutura básica; (iv) a finalidade da entidade; (v) o serviço público a ser descentralizado; (vi) os poderes administrativos relativos à organização e à prestação do serviço público; e (vii) a forma de tutela a ser exercida pela Administração Pública direta.

Além disso, no caso das empresas estatais, a lei poderá autorizar a entidade a realizar atividades econômicas conexas com o serviço público descentralizado, bem como autorizar a criação de subsidiárias.[611]

Uma vez editada a lei, o Poder Executivo da pessoa política titular do serviço público poderá executar as ações necessárias à criação efetiva da entidade. É muito comum a edição de um decreto aprovando o estatuto da empresa estatal ou da fundação estatal privada. De todo modo, é necessário – para a aquisição da personalidade jurídica – o registro do ato constitutivo (art. 45, *caput*, do Código Civil) na junta comercial ou

---

[611] Embora o art. 37, XX, da Constituição estabeleça que a criação de subsidiárias das empresas estatais ou a participação delas em outras sociedades depende, "em cada caso", de autorização legislativa, o STF já decidiu – no âmbito da ADI 1.649/DF (Tribunal Pleno, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 28.05.2004) – que essa autorização poderia ser genérica, tal como se pode ver na ementa abaixo:
"EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9478/97. AUTORIZAÇÃO À PETROBRÁS PARA CONSTITUIR SUBSIDIÁRIAS. OFENSA AOS ARTIGOS 2º E 37, XIX E XX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA. ALEGAÇÃO IMPROCEDENTE.
1. A Lei 9478/97 não autorizou a instituição de empresa de economia mista, mas sim a criação de subsidiárias distintas da sociedade-matriz, em consonância com o inciso XX, e não com o XIX do artigo 37 da Constituição Federal.
2. É dispensável a autorização legislativa para a criação de empresas subsidiárias, desde que haja previsão para esse fim na própria lei que instituiu a empresa de economia mista matriz, tendo em vista que a lei criadora é a própria medida autorizadora. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente."
Vale destacar que, na doutrina, Caio Tácito (*Temas de direito público (estudos e pareceres)*, v. 3, p. 205) se posicionou no sentido de que a expressão "em cada caso", deveria ser entendida como indicativa apenas da área ou atividade específica a ser contemplada pela subsidiária, não sendo necessário indicar exatamente em qual entidade estaria sendo feito o investimento.

no registro civil das pessoas jurídicas, conforme se trate, respectivamente, das empresas estatais e das fundações estatais privadas. Formalizados esses atos, estará criada a entidade de direito privado da Administração indireta, podendo o Poder Público nomear seus dirigentes e executar os demais atos necessários ao seu funcionamento.

4.3.2. Descentralização técnica associativa: a gestão associada de serviços públicos (consórcios públicos e convênios de cooperação)

Além da descentralização técnica ordinária, há a "descentralização associativa". Tal denominação deriva do fato de que a decisão pela descentralização técnica é uma decorrência de um processo de ***gestão associada de serviços públicos***.

De acordo com o art. 241 da Constituição (com redação dada pela EC 19/1998), os entes políticos "disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos". Portanto, o Texto Constitucional também autoriza a descentralização de serviços públicos por meio de ***consórcios públicos*** e ***convênios de cooperação***.[612]

Convém tratar, ainda que de forma breve, desses temas em separado.

---

[612] A redação dada ao art. 241 da Constituição pela EC 19/1998 encerrou uma discussão doutrinária sobre a possibilidade de os entes federativos instituírem instrumentos para a gestão associada de serviços públicos. A Constituição de 1967 (alterada pela EC 1/1969), em seu art. 13, § 3º, admitia expressamente a possibilidade de celebração de convênios para a gestão conjunta dos serviços públicos pelos entes federativos.
Com o silêncio da Constituição de 1988 (em sua redação original), alguns autores passaram a defender a tese de que a cooperação, por meio de convênios e consórcios, somente era possível em relação às competências comuns. No que tange às competências privativas, essa união de esforços não seria possível, já que não havia permissão constitucional. Por outro lado, havia também quem entendesse viável a celebração de convênios e consórcios públicos para a execução compartilhada de competências *privativas* dos entes políticos. O argumento era o de que se a Constituição não havia permitido tal cooperação expressamente, isso não significava que ela havia vedado essa prática. Com efeito, essa última posição era a mais acertada. Ademais, diversas Constituições estaduais admitiram a celebração de convênios e consórcios para a gestão de serviços públicos de interesse comum dos entes políticos (ex.: art. 114, § 3º, da Constituição do Estado de Santa Catarina; art. 76 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro; art. 11, § 3º, da Constituição do Estado de Sergipe).
Sobre o tema, vide: ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*, p. 136; FREIRE, André Luiz. Apontamentos sobre a gestão associada de serviços públicos. *Serviço público: direitos fundamentais, formas organizacionais e cidadania*, p. 22 e ss.; PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Da reforma administrativa constitucional*, p. 384.

(a) Os consórcios públicos

Até o advento da Lei 11.107/2005 (LCP), a doutrina diferenciava os consórcios públicos dos convênios com base na natureza dos entes participantes. Em se tratando de ajuste de entidades da mesma natureza federativa (Município-Município; Estado-Estado), estar-se-ia diante de consórcio público. Já os convênios seriam acordos celebrados por entes federativos de natureza diversa (União-Estados; União-Municípios; Estados-Municípios), ou entre esses e pessoas privadas.[613]

Entretanto, com a Lei 11.107/2005, o conceito de consórcio público foi alterado. Isso porque os consórcios públicos, além de poderem ser celebrados entre entes federativos diversos (art. 2º e art. 4º, § 1º), terão *personalidade jurídica de direito público ou de direito privado* (art. 1º, § 1º, e art. 6º, I e II). Ademais, é possível que os consórcios públicos sejam celebrados por entes políticos da mesma esfera federativa (art. 1º, § 2º).

Dessa forma, a Lei 11.107/2005 atribuiu novas características aos consórcios públicos, as quais não eram indicadas pela doutrina antes da sua edição.

A LCP prevê um rito específico para a criação de consórcios públicos. Em primeiro lugar, deverá ser celebrado entre os entes políticos um protocolo de intenções (art. 3º da LCP), que nada mais é do que um documento que estabelece as condições do futuro consórcio público, como a denominação, âmbito de atuação, dentre outros (vide art. 4º da LCP).[614] Em seguida, cada ente político deverá publicar uma lei ratificando os termos do protocolo de intenções.[615] Na sequência, deverá ser celebrado o contrato de consórcio público (art. 5º, *caput*). Por fim, o art. 6º da LCP prescreve que a aquisição, pelo consórcio público, de personalidade jurídica ocorrerá, no caso de pessoa de direito público, com a vigência das leis ratificadoras e, quando tiver personalidade de direito

---

[613] Vide, por todos, GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público na Constituição de 1988*, p. 206; e MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, pp. 354-356.

[614] Conforme expõe Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Parcerias na administração pública*, p. 245), o protocolo de intenções consiste num ato que manifesta a mera intenção dos entes na formação do consórcio, não havendo qualquer tipo de sanção pelo seu descumprimento. "Na realidade, não se assume, nele, o **compromisso** de celebrar o acordo; não se assumem direitos e obrigações; apenas se definem as cláusulas que serão observadas em caso do acordo vir a ser celebrado".

[615] De acordo com a Lei dos Consórcios Públicos, essa lei ratificadora não será necessária se o ente político editou, antes mesmo da celebração do protocolo de intenções, uma lei disciplinando sua atuação (art. 5º, § 4º).

privado, com o atendimento das condições previstas na legislação civil (art. 6º).[616]

Note-se que a exposição acima do rito foi bastante simplificada. Para os fins deste estudo, não é o caso fazer comentários específicos sobre o regime jurídico dos consórcios públicos, o que demandaria um trabalho específico sobre o tema. Há, contudo, duas observações a serem feitas.

Em primeiro lugar, como se pode perceber a partir do rito acima descrito, a descentralização de serviços públicos a consórcios públicos *é uma forma de descentralização técnica*, porquanto realizada por meio de ***lei***. Ainda que exista um protocolo de intenções antes da lei, é esta que efetivamente descentraliza as competências do ente político consorciado para o consórcio público.

Em segundo lugar, vale tecer breves considerações sobre o consórcio público com personalidade jurídica de direito privado.

O art. 4º, IV, da Lei 11.107/2005 estabelece que o protocolo de intenções indicará se o consórcio público será uma "associação pública" (uma pessoa jurídica de direito público, isto é, uma autarquia), ou uma "pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos". Por tal razão, Odete Medauar e Gustavo Justino de Oliveira entendem que a sua natureza jurídica será de "associação civil", conforme previsto pelo Código Civil. Contudo, os autores refutam a natureza de fundação, porquanto as suas características (patrimônio afetado a fins religiosos, morais, culturais ou de assistência) "as afastariam do ideal dos consórcios públicos visado pela Lei Federal 11.107/2005, qual seja o de configurar uma união de pessoas jurídicas em torno de objetivos comuns".[617]

De fato, por se tratar de um ente civil sem fins lucrativos, as normas civis cabíveis são aquelas estipuladas nos art. 53 e ss. do Código Civil. Sob o ponto de vista constitucional, no entanto, que prevê apenas como entidades da Administração indireta de direito privado as empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações estatais privadas, essas associações civis estão enquadradas no conceito de "empresa pública". Tal pessoa de direito privado, por se constituir da união de diversos entes

---

[616] Convém ressaltar que também será possível a formalização, em cada exercício financeiro, de um contrato de rateio entre os entes políticos consórcios, a fim de repassar ao consórcio público os recursos financeiros necessários ao seu funcionamento (art. 8º da LCP). Para os fins deste estudo, não se faz necessário analisar essa figura.

[617] MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Consórcios públicos: comentários à Lei 11.107/2005*, p. 52.

políticos, será uma empresa pública, que, como foi visto, pode assumir qualquer forma admitida em direito. Logo, *será uma empresa pública sob a forma de associação civil*.

Mas, além disso, o consórcio público com personalidade de direito privado também *poderá ser uma fundação estatal privada*. Afinal, a fundação é uma das modalidades de pessoas jurídicas de direito privado sem fins econômicos. O fato de ser um patrimônio afetado a esse fim não significa que a fundação não resulta de uma união de esforços dos entes políticos. Por isso, não se concorda com Odete Medauar e Gustavo Justino de Oliveira de que a fundação estatal privada se afastaria dos fins da LCP.

É importante frisar aqui que, uma vez formado o consórcio público com personalidade de direito privado, tal entidade se comportará tal como uma empresa estatal prestadora de serviços públicos. ***Respeitadas as peculiaridades do consórcio público, seu regime será idêntico ao das demais entidades privadas desse tipo***.

(b) Os convênios

A outra forma de gestão associada de serviços públicos prevista na Constituição é o convênio.

Os convênios têm sido definidos como sendo acordos entre entes administrativos (ou entre esses e particulares) para a execução de atividades de interesse comum dos partícipes. Dentre os critérios existentes para diferenciar os convênios dos contratos administrativos, costuma-se apontar a presença de interesses comuns nos convênios, e a existência de interesses contrapostos no contrato.

No entanto, como bem destaca Sílvio Luís Ferreira da Rocha, esse não é um bom critério, já que existem contratos que envolvem interesses comuns, como os contratos de associação, dos quais se destaca o contrato de sociedade. Conforme o autor, os convênios são precários, ao contrário dos contratos. Ademais, nos contratos administrativos, existem as chamadas "cláusulas exorbitantes", inexistentes nos convênios. "Ao lado desse critério distintivo deve ser agregado o critério da real diversidade de regime jurídico aplicável ao contrato administrativo se comparado com o

regime jurídico aplicável ao convênio".[618]

Diante disso, os *convênios podem ser definidos como sendo os atos administrativos bilaterais (ou multilaterais) e precários, celebrados pela Administração e outras pessoas (públicas ou privadas), voltados para a execução de atividades de interesse público*.[619]

Os convênios têm sido utilizados pelo Poder Público para diversos fins, sendo que sua disciplina básica se encontra no art. 116 da Lei 8.666/1993. Dentre as funções que o convênio tem desempenhado, há a *delegação de competências administrativas*. No que se refere à gestão de serviços públicos, a Lei 11.107/2005 não trouxe qualquer norma sobre os convênios. Tratou apenas dos consórcios públicos.

Por isso, a utilização do convênio como forma de gestão associada de serviços públicos depende, basicamente, da lei do ente titular do serviço. Por exemplo, a Lei 9.277/1996 dispõe sobre a delegação, pela União, de rodovias federais e portos a Estados, Distrito Federal e Municípios. No caso, a União delega, por meio de convênio, as competências relativas à organização e à prestação de serviços públicos aos demais entes políticos. Estes, por sua vez, acabam por descentralizar (e se trata, aqui, de uma descentralização técnica) tais atribuições a entidades da sua Administração indireta. O Estado do Maranhão, *v.g.*, celebrou um convênio de delegação relativo ao Porto de Itaqui, o qual está sendo administrado pela Empresa Maranhense de Administração Portuária – EMAP, que é uma empresa pública estadual.

Em suma, é possível que o Poder Público se utilize de convênios para a delegação de competências administrativas relativas a serviços públicos por força do art. 241 da Constituição. Contudo, é necessário que exista lei do ente titular do serviço público e que as partes (ou partícipes) do convênio sejam entes políticos, já que a Lei Maior trata da gestão associada de serviços públicos por pessoas políticas, e não sua delegação a entes privados.

Para os fins deste estudo, vale ressaltar que, nesses casos, o convênio de cooperação (ou de delegação), por vezes, obriga ou faculta ao ente político a quem as competências foram delegadas a criar uma pessoa de sua Administração indireta,

---

[618] ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*, pp. 64-66.

[619] Luciano Elias Reis (*Convênios administrativos como instrumentos para eficiência do Estado e o desenvolvimento social*, p. 27 e ss.) também define o convênio como sendo um ato administrativo. Entretanto, na concepção do autor, trata-se de um ato administrativo unilateral complexo.

inclusive de direito privado. *Quando isso ocorrer, estará em pauta uma descentralização técnica, com todas as características daí decorrentes*.

5. A situação jurídica das empresas estatais e fundações estatais de direito privado na descentralização técnica de serviços públicos

O primeiro passo para se indicar as posições jurídicas ativas e passivas das empresas estatais e fundações estatais de direito privado prestadoras de serviço público consiste em avaliar a natureza de sua situação jurídica. Para tanto, é preciso lembrar que tais pessoas participam de, ao menos, duas relações jurídicas: (i) *com o ente político que criou a entidade*; e (ii) *com os usuários do serviço descentralizado*.

Quanto à primeira relação, já foi mencionado que não se trata de uma relação de concessão de serviço público (vide item 4.2 deste Capítulo). Está-se, aqui, diante de uma *descentralização técnica*.[620] Logo, sua situação jurídica não será individual, mas sim *estatutária*.

No que tange à natureza da relação entre os prestadores e os usuários, tal questão já foi analisada no Capítulo V, item 4.1. Essa relação poderá ser *total ou predominantemente estatutária*, a depender da forma como o serviço foi criado e organizado.

Diante disso, na primeira relação (com o Poder Público que exerce a tutela), a fonte dos seus poderes, direitos, deveres e sujeições será um ato normativo de natureza constitucional, legal ou regulamentar. Já na relação com os usuários, poderá existir também uma fonte concreta, um ato subjetivo (como um contrato), embora seja difícil encontrar um exemplo disso. De todo modo, ao menos teoricamente, não cabe descartar a hipótese.

Neste tópico, serão abordadas, em primeiro lugar, as posições ativas das empresas estatais e fundações estatais privadas na prestação do serviço público. Em seguida, suas posições passivas.

---

[620] Cfr. Cap. III, itens 7.2 e 8.1.

5.1. Situações ativas

5.1.1. Direitos a prestações

No âmbito de sua relação com a Administração direta que a instituiu, a pessoa privada da Administração indireta possui, basicamente, o *direito*[621] *de prestar o serviço com a autonomia conferida pela lei*. A esse direito está associado o poder de demandar (administrativa ou judicialmente) contra quem vise a obstar o exercício de tal direito.

Isso significa que, a não ser que a lei disponha de modo diverso, a Administração direta somente poderá influir no modo de prestação do serviço *pelos mecanismos atribuídos pela lei para o exercício da tutela*. Exemplo: destituição dos diretores da entidade. Ressalte-se que, no âmbito federal, essa autonomia de prestar o serviço público descentralizado está prevista de modo expresso no art. 26, IV, do Decreto-lei 200/1967.

É importante fazer esse alerta, tendo em vista que, não raro, as empresas estatais e fundações estatais privadas só tomam decisões após o Poder Executivo chancelar a decisão, o que diminui, *de fato*, essa autonomia que o processo de descentralização técnica lhe outorga.

Na sua relação com os usuários, as empresas estatais e fundações estatais de direito privado também possuem o direito de prestar o serviço. Todavia, aqui, esse direito se manifesta de modo diferente do que na relação com a Administração direta. Isso porque, na relação com a Administração direta, tal direito se expressa em relação à sua autonomia para executar o serviço. Com os usuários, *o direito de prestar o serviço impede qualquer pessoa de obstar essa prestação*. Aliás, esse direito existe não só em face dos usuários, mas contra qualquer pessoa. Vale lembrar que a ADPF 46 (Cap. IV, item 6.5) surgiu justamente em face da resistência da ECT à entrega, por outras pessoas privadas, de cartas, contas de luz e gás, dentre outros.

Além desse direito, há também o de ser *remunerado pelo serviço prestado aos usuários*, salvo quando o regime do serviço público exija a gratuidade na sua prestação. Assim, uma fundação estatal privada que preste o serviço de saúde não poderá cobrar por tal atividade. Porém, uma fundação que seja gestora de um museu poderá se

[621] Sobre o conceito de direito a algo (ou direito a prestações), vide Cap. III, itens 3.5.3 e 3.5.4.

remunerar mediante tarifas pagas pelos usuários do serviço público cultural.

Contudo, o direito de ser remunerado pelos usuários ***não*** confere à empresa estatal ou à fundação estatal privada o direito de exigir da Administração direta que exerce a tutela, qualquer direito a equilíbrio econômico-financeiro. Numa sociedade de economia mista cujo capital privado seja relevante (ex.: 49%), os acionistas privados não poderão exigir isso, caso essa empresa estatal se mostre deficitária. Em primeiro lugar, porque a relação que se estabelece entre tal entidade e a pessoa política é estatutária. Na *descentralização técnica*, não há uma relação contratual, em que a empresa estatal (ou fundação estatal de direito privado) faz uma proposta, no âmbito de uma licitação pública. Evidentemente, isso não impede que a Administração direta – visando a manter a adequação e universalidade dos serviços – auxilie financeiramente tal entidade. Ainda, vale destacar que os acionistas – ao investirem numa sociedade de economia mista (com todas as peculiaridades que decorrem da ordem jurídica em face das sociedades puramente privadas) – assumem todos os riscos derivados do fato de se tratar de uma empresa estatal.

Além disso, as entidades de direito privado da Administração indireta têm o *direito de exigir dos usuários uma conduta conforme a* ***boa-fé***. Desse modo, os usuários têm, em face de tais pessoas privadas da Administração indireta, deveres de cuidado e de lealdade. Ou seja, os usuários deverão atuar de modo a não causar lesões às empresas estatais e fundações estatais privadas, nem serem desonestos e desleais. Embora esses deveres dos usuários decorram do princípio constitucional da boa-fé, no âmbito federal, isso está previsto de modo expresso, já que os administrados deverão "proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé" (LPAF, art. 4º, II).

5.1.2. Poderes

Tal como já destacado no 3.5.6(d) do Capítulo III, os poderes[622] administrativos são de três tipos: (a) *normativo*; (b) *configurador de efeitos inovadores*; e (c) *de emissão de atos conferindo certeza jurídica, segurança jurídica e força probatória especial*. Também se mostra importante lembrar que, dentre as dimensões do

[622] O conceito de poder (ou direito formativo, ou direito potestativo) foi exposto no Capítulo III, item 3.5.3.

serviço público, há a *organização* e a *prestação* (Cap. V, itens 3 e 4).

Diante disso, é possível afirmar que as empresas estatais e fundações estatais privadas poderão realizar atividades concernentes *à organização e à prestação*, exercendo as três formas de poderes administrativos.

No âmbito da organização do serviço público, as empresas estatais e fundações estatais de direito privado podem ser titulares de *poderes normativos*.

Em primeiro lugar, esse poder será sempre um poder subordinado ao que prescrevem a Constituição, a lei e os regulamentos do Poder Executivo e, conforme o caso, de atos normativos de autarquias (tal como as agências reguladoras).

Em segundo lugar, sua intensidade dependerá, basicamente, da forma como a questão foi disciplinada em lei. Mas, por se tratar de pessoa jurídica de direito privado, a eficácia desses atos normativos será *interna e em relação aos terceiros que estejam numa relação de sujeição especial com a entidade*.[623] Convém exemplificar.

No serviço de saúde, um hospital que seja uma fundação estatal privada – como a Fundação de Atenção Especializada em Saúde de Curitiba (FAES) – deverá estabelecer normas para disciplinar o funcionamento da unidade hospitalar. Essa norma possui um efeito interno, mas também em relação às pessoas que se encontrem numa relação de sujeição especial com tal entidade (ex.: vedação a visitas após determinado horário).

Além do poder normativo, a empresa estatal ou fundação estatal de direito privado também exerce um *poder configurador de efeitos inovadores*.

Dentre os poderes configuradores exercidos contra terceiros, há poderes relacionados à constituição de desapropriações e servidões. A declaração de utilidade pública será sempre privativa de uma pessoa jurídica de direito público, normalmente a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (já que se trata de uma atividade ordenadora). Porém, a lei admite que a fase executória da desapropriação seja delegada a pessoas privadas. Por isso, se a lei que descentraliza o serviço admitir, tais entidades poderão ajuizar as medidas judiciais tendentes a consumar a desapropriação, bem como fazer, em sede administrativa, as tratativas necessárias para o pagamento da justa indenização.

Em relação aos poderes configuradores, cabe questionar: as empresas estatais e

---

[623] Sobre a relação de sujeição especial, cfr. Cap. II, item 5.1.3.

fundações estatais privadas podem figurar como "Poder Concedente" numa concessão ou permissão de serviço público?

O art. 2º, I, da LCSP define o Poder Concedente como sendo a entidade política "em cuja competência se encontre o serviço público". Com base numa interpretação literal, apenas a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios seriam "Poder Concedente".

Egon Bockmann Moreira entende que a ideia de "Concedente" pode ser vista sob dois ângulos: (i) da pessoa política titular do serviço; ou (ii) da pessoa pública que ocupa a posição ativa do contrato de concessão. O art. 2º, I, da LCSP se ateve, conforme acertadamente aponta, apenas ao primeiro sentido. Pelo segundo, as autarquias e fundações públicas também poderão ser "Concedentes". Por isso, reputa que aquela expressão deve ser entendida como "*a(s) unidade(s) administrativa(s) que concentra(m) a competência e as atribuições relativas à escolha pública do modelo concessionário e à outorga do serviço público e/ou da obra a ser concedida*".[624]

Todavia, mais à frente, o jurista afasta a possibilidade de empresas estatais figurarem como "Poder Concedente" por entender que não haveria lógica lhe atribuir a execução do serviço para, em seguida, tal empresa o transferir a um privado. Haveria um aumento nos custos de transação. O autor também questiona a viabilidade de a fiscalização da concessão ser realizada por empregados públicos, e não por servidores públicos.[625]

Adota-se posição contrária à de Egon Bockmann Moreira. As empresas estatais e fundações estatais privadas podem ser "Poder Concedente". O art. 2º, I, da LCSP deve ser interpretado em conformidade com a Constituição, a fim de conferir à locução o significado *de ente que se encontra no polo ativo do contrato de concessão, isto é, ente que delega as competências para a prestação do serviço público*.

Quanto à crítica referente ao aumento dos custos de transação, essa é uma questão metajurídica. De todo modo, se foi tomada a decisão de descentralizar para essas entidades privadas da Administração indireta, é porque o Poder Executivo (assim se espera) avaliou essa questão e, mesmo assim, concluiu que essa seria a melhor medida para realizar os princípios da universalidade e da adequação do serviço.

---

[624] MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995 (parte geral)*, p. 75.
[625] *Idem)*, p. 78.

Ademais, a decisão de conceder e de determinar quem irá organizar o serviço é privativa de cada ente político, e não da União. Essa não é uma matéria que pertence à sua competência para editar normas gerais em licitações e contratos administrativos (art. 22, XXVII, da CF), como anotou Fernando Vernalha Guimarães.[626] O mesmo autor observa ainda que as empresas estatais celebram contratos administrativos "comuns" e gozam das prerrogativas contratuais como fiscalização, alteração e extinção unilateral. Essa posição lhes é conferida pela lei (art. 58 da Lei 8.666/1993).[627]

Por conseguinte, os empregados públicos das empresas estatais e fundações estatais privadas já exercem esses poderes administrativos. No âmbito de uma *relação de sujeição especial* – como é a do contrato administrativo – tais agentes públicos exercem esse tipo de atividade (fiscalização). A situação é diferente daquela existente no âmbito de relações de sujeição geral, em que os particulares não se inserem voluntariamente numa relação específica com o Poder Público.

A prática, inclusive, tem mostrado isso. A título de exemplo, vale mencionar o setor portuário. Até o advento da recente MP 595, de 6 de dezembro de 2012 (que revogou a Lei dos Portos), as autoridades portuárias – e muitas delas são empresas estatais (ex.: Companhia Docas de São Paulo, Companhia Docas do Rio de Janeiro etc.) – celebravam os contratos de "arrendamento portuário" (que são verdadeiras concessões de serviço público[628]) das instalações públicas situadas na área do porto organizado. Isto é, elas concediam o serviço público portuário a sujeitos privados, sem que isso tenha levado a qualquer questionamento pelos tribunais ou pela doutrina. Entretanto, as

---

[626] GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Concessão de serviço público*, pp. 151-152.

[627] *Idem*, p. 158. Ressalte-se, porém, que não se concorda com o autor quando ele assevera que muitas dessas prerrogativas contratuais importam no manejo de poder de polícia. Neste estudo, adota-se a concepção de que o poder de polícia é uma *atividade administrativa* inserida dentro da *atividade ordenadora* (cfr. Cap. II, item 4.2). Não cabe confundir o poder de polícia (atividade administrativa) com o poder administrativo, que é uma situação jurídica ativa (vide Cap. III, item 3.5.6(e)).

[628] Nesse sentido: ARAGÃO, Alexandre. A necessidade de preponderância de carga própria nos terminais portuários privativos de uso misto. *Regulação portuária e concorrência: pareceres jurídicos e econômicos*, p. 65; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Pareceres de direito administrativo*, pp. 361-368; CLÈVE, Clemerson Merlin. Preceitos constitucionais fundamentais da República Federativa do Brasil, serviço público portuário e autorização para exploração de atividade portuária por meio de terminais privativos de uso misto. *Interesse público*, nº 51, pp. 111-145; DALLARI, Adilson Abreu. Arrendamento portuário – Diferenças no regime de exploração de terminais de uso privativo e terminais de uso público – Uso privativo de caráter misto – Obrigatoriedade de movimentação de carga própria mínima, suficiente para assegurar a viabilidade econômica do empreendimento – Posicionamento em sentido contrário proferido pela ANTAQ - Violação a princípios constitucionais e ao marco regulatório aplicáveis à matéria. *RTDP*, nº 53, pp. 151-173; LIMA, Cristiana Maria Melhado Araújo. *Regime jurídico dos portos*, p. 104 e ss.; LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Os terminais portuários privativos na Lei nº 8.630/93. *RDA*, nº 220, p. 29.

administrações portuárias não eram competentes para disciplinar o regime dos terminais privativos, que era uma atividade privada regulada por atos editados pela ANTAQ.

Em suma, defende-se aqui a possibilidade de empresas estatais e fundações estatais privadas figurarem como Poder Concedente. Como consequência, elas também poderão exercer os poderes de configuração típicos dos contratos de concessão, como alteração unilateral, fiscalização, dentre outros.

Dentre os poderes de configuração de efeitos inovadores, pode-se fazer menção àqueles destinados a proteger a situação jurídica das empresas estatais e fundações estatais privadas. Quando as competências administrativas relativas à prestação lhe são transferidas pela lei, tais entidades privadas da Administração indreta possuem todos os poderes destinados a proteger essa situação jurídica, como, por exemplo, o poder de demandar judicialmente contra quem interfira nesse exercício, até mesmo contra a Administração direta titular do serviço.

Por fim, há os poderes de emissão de atos conferindo certeza jurídica, segurança jurídica e força probatória especial. Sempre que um usuário solicita uma certidão ou uma declaração a uma empresa estatal ou fundação estatal privada, esta deverá emitir tal documento. Ao fazê-lo, estará editando um ato jurídico que produz efeitos que conferem uma força probatória especial a tal documento.

5.2. Situações passivas

Ao lado das situações ativas, existem também os deveres e as sujeições das empresas estatais e fundações estatais de direito privado.

5.2.1. Deveres

Em relação ao ente político titular do serviço público, há uma série de deveres das pessoas privadas da Administração indireta decorrentes da tutela. O Decreto-lei 200/1967 fornece alguns exemplos: (i) dever de enviar relatórios, balancetes, balanços e outras informações que permitam o controle (art. 26, parágrafo único, "c"); (ii) prestar contas da gestão (art. 28, I); (iii) evidenciar os resultados positivos da gestão (art. 28, III).

A *pessoa* política poderá controlar a entidade não apenas por meio do Poder Executivo, mas também por outros órgãos, como o Poder Legislativo (art. 49, X, da CF) e o Tribunal de Contas (art. 71 da CF). Por isso, as pessoas privadas da Administração indireta possuem uma série de deveres para com esses órgãos. Ex.: dever de prestar informações ao Poder Legislativo e dever de submeter suas contas, anualmente, ao Tribunal de Contas (art. 71, II).

Além dos deveres em face do ente político titular do serviço, há ainda deveres em face dos usuários. A rigor, *tais deveres nada mais são do que a* ***relação conversa dos direitos dos usuários relativos à universalidade e à adequação do serviço****, mencionados no item 4.2 do Capítulo V*. É, portanto, desnecessário repetir o que já foi apresentado. Porém, convém fazer duas observações.

Por se tratar de uma descentralização técnica, em que o Estado transfere sua competência de executar o serviço público a uma entidade privada da Administração indireta – isto é, a uma criatura do ente político – os deveres relativos à universalidade e adequação do serviço ***são bastante intensos***. Em verdade, ***eles têm a mesma compostura do dever de universalidade e adequação do ente titular do serviço***, ainda que circunscritos ao âmbito territorial e material de atuação da pessoa de direito privado da Administração indireta.

Ao contrário do que ocorre na concessão e na permissão, não é descentralizado à empresa estatal ou à fundação estatal privada um objeto definido contratualmente. No caso dos concessionários e permissionários, os deveres referentes à universalidade e adequação já estão estipulados no contrato.

Especificamente em relação à universalidade, é possível que o contrato de concessão ou de permissão seja apenas um dos meios para se atingi-la. Por exemplo: nos contratos de permissão para a exploração de terminais aduaneiros (os chamados "portos secos"), não há o dever do permissionário de expandir o serviço. Ele tem o dever de cumprir exatamente o que foi previsto no contrato. Contudo, o Poder Público pode permitir a exploração do serviço para diversas pessoas, a fim de promover a universalidade.

No caso das empresas estatais e fundações estatais privadas, há um dever contínuo de buscar a universalidade. A ECT, por exemplo, não pode se restringir à parte economicamente rentável do serviço postal. Ela deverá disponibilizar o serviço postal

também nas regiões longínquas e que não dão lucro. Uma companhia de abastecimento de água municipal deverá, continuamente, expandir o serviço para todos os munícipes. A situação, como se pode perceber, é diversa de uma concessionária e permissionária de serviço público.

A mesma observação vale para algumas decorrências do princípio da adequação. Os deveres de regularidade, de continuidade, de cortesia e de segurança são iguais para qualquer prestador de serviço público. Porém, os deveres de eficiência, atualização e modicidade tarifária, não.

O dever de eficiência das empresas estatais e fundações estatais privadas é permanente. Elas sempre deverão utilizar, de modo ótimo, os recursos escassos que possuem para realizar os princípios do serviço público. A dificuldade existe em se fixar os parâmetros para se determinar a eficiência na prestação do serviço público. No caso das pessoas privadas da Administração indireta, ou tais parâmetros são aqueles estipulados pela própria entidade, ou pelo ente que organiza o serviço (ex.: uma autarquia, tal como uma agência reguladora). É óbvio que se os padrões de eficiência forem muito reduzidos, eles poderão ser impugnados por qualquer órgão de controle ou administrado.

No entanto, no caso dos concessionários e permissionários, esses padrões deverão estar definidos no contrato. Principalmente nas concessões mais recentes, há os chamados "parâmetros de desempenho", que, se não forem cumpridos, poderão reduzir o valor da tarifa ou da contraprestação pública (no caso dos contratos de PPP).

O dever de eficiência se relaciona diretamente com os deveres de atualização e modicidade tarifária. Isso porque "ser eficiente" na prestação do serviço pode significar aumentar o custo pelo incremento de tecnologia, ou pela melhoria num processo de gestão. Isso pode resultar num aumento da tarifa. Por outro lado, não atualizar, pode importar numa tarifa mais reduzida.

Enquanto cabe à entidade privada da Administração indireta decidir pela atualização do serviço e o valor da tarifa, tendo o dever de buscar a melhor solução possível, no caso das concessões e permissões essa decisão cabe à Administração concedente. Aliás, se uma decisão pela atualização resultar em desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, essa relação deverá ser recomposta. Ou seja, concessionários e permissionários não estão obrigados a atualizar e a reduzir a tarifa (a

não ser nos termos do contrato e outros atos administrativos posteriores). *Já as empresas estatais e as fundações estatais privadas têm essa obrigação permanente*.

Por fim, outro dever de extrema relevância no regime de prestação dos serviços públicos reside no de responder objetivamente pelos danos causados em função de suas ações (art. 37, § 6º, da CF). Quanto às omissões, adota-se a concepção de que a responsabilidade não é objetiva, mas subjetiva.[629]

5.2.2. Sujeições

As sujeições desses prestadores privados de serviço público são a relação conversa dos poderes do ente político titular do serviço e dos usuários.

Dentre as sujeições que merecem destaque, encontra-se a sujeição à fiscalização do ente político, seja por meio dos seus órgãos, seja por meio de outras entidades (ex.: agências reguladoras). A INFRAERO se submete às fiscalizações da ANAC. As autoridades portuárias, da ANTAQ. Ambas – INFRAERO e autoridades portuárias – estão sujeitas à fiscalização e às sanções do TCU.

Entretanto, por não haver um contrato de concessão ou de permissão de serviço público, não é possível falar em sujeição às sanções do art. 87 da Lei 8.666/1993. Tais pessoas – ao contrário dos concessionários e permissionários – não podem, por exemplo, serem declaradas inidôneas para licitar e contratar com a Administração Pública.

No que se refere às sujeições em face dos usuários, também aqui se trata da relação conversa dos poderes desses, já abordados no Capítulo V, item 4.2.2.

---

[629] Por todos, cfr. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, pp. 1029-1034

CAPÍTULO VII – DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS POR CONCESSIONÁRIOS E PERMISSIONÁRIOS

1. Considerações iniciais

O objetivo deste Capítulo consiste tratar da prestação de serviços públicos por concessionários e permissionários. Mais precisamente, pretende-se indicar suas situações jurídicas ativas e passivas. Isso possibilitará a realização de uma comparação adequada com as situações jurídicas das empresas estatais e das fundações estatais privadas prestadoras de serviços públicos, bem como dos autorizatários.

Para apresentar esse conjunto de situações jurídicas ativas e passivas, convém estipular o conceito de concessão de serviço público, bem como o de permissão de serviço público. Se o conceito de concessão de serviço público era pacífico na doutrina brasileira até pouco tempo atrás, com o advento da Lei 11.079/2004, que criou a "concessão patrocinada" e a "concessão administrativa", surgiu discussão doutrinária se esta última modalidade é realmente uma concessão de serviço público. Em relação à permissão, sua natureza sempre foi objeto de debates e de uma disciplina legal bastante criticada.

Convém iniciar pelo conceito de concessão de serviço público.

2. O conceito de concessão de serviço público

O vocábulo "concessão" tem, no direito administrativo, mais de um significado. Pietro Virga, por exemplo, define "concessão" de forma ampla, como sendo o ato destinado a conferir a um sujeito uma posição jurídica ativa que antes ele não possuía, nem mesmo em abstrato.

O autor italiano passa, então, a classificar a concessão em *constitutiva* e *translativa*. Na primeira categoria, inclui os atos por meio dos quais a Administração Pública confere ao sujeito uma nova faculdade ou um novo direito, formando-se *ex novo* na esfera jurídica do sujeito privado. É o caso das concessões constitutivas de *status* (ex.: nacionalidade), de direitos subjetivos (ex.: alteração de nome) e de exercício de

profissão. De outro lado, as concessões translativas são aquelas em que há a transferência de poderes próprios da Administração Pública ao sujeito privado. Aqui se incluem as concessões de bens públicos e de serviços públicos.[630]

Pedro Gonçalves, por seu turno, define o termo "concessão" (ou, como o autor utiliza "concessão administrativa") como sendo um *ato constitutivo*. Isso porque, por meio da concessão, o sujeito privado obtém um direito novo, que não existia na sua esfera jurídica, seja porque pertencia à Administração, seja porque somente ela poderia criá-lo (por descender de um poder dela).[631] Segundo o jurista português, a essência ou unidade da concessão reside no fator ***derivação***, "podendo afirmar-se que o *direito concedido deriva sempre de um direito da Administração*".[632]

Assim, na linha do autor, a "concessão administrativa" é um conceito que admite duas aplicações. O seu objeto consiste basicamente na atribuição: (i) do *direito de utilização privativa de bens públicos*; e (ii) do *direito de exploração, gestão ou exercício de atividades públicas*. Neste último grupo, Pedro Gonçalves inclui a concessão de obras públicas, a concessão de exploração de domínio público, a concessão de exploração de jogos de fortuna ou azar, a concessão de serviço público e a concessão da gestão de outras atividades públicas ou de atividades exercidas com base em bens públicos.[633]

Para os fins deste estudo, não se faz necessário aprofundar o sentido do termo

---

[630] VIRGA, Pietro. *Il provvedimento amministrativo*, pp. 58-63. No direito brasileiro, cfr. BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*, v. I, pp. 556-559; DI PIETRO, Maria Sylvia. *Parcerias na administração pública*, pp. 65-66.

[631] De acordo com a concepção de Pedro Gonçalves, a natureza constitutiva existe também nas concessões translativas, e não apenas nas concessões constitutivas. Isso porque, na concessão translativa, há a transferência de um direito que é *destacado* de um direito da Administração. A relação é análoga àquela existente entre o direito de propriedade e o usufruto. Assim, o direito concedido provém, deriva de um direito da Administração, sendo criado a partir dele. Mas o direito da Administração não é apenas a fonte do direito concedido, tendo em vista que o conteúdo deste corresponde ao conteúdo de uma das faculdades a ele integradas. "A concessão translativa traduz-se assim *na autonomização de uma faculdade integrada num direito da Administração*, mediante a sua *conversão num direito* (autónomo) e posterior *transferência* para o concessionário" (GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos (uma aplicação da técnica concessória)*, p. 67).

[632] *Idem*, p. 55. No Brasil, Fernando Dias Menezes de Almeida (*Contrato administrativo*, pp. 75-76) segue a linha de Pedro Gonçalves ao escrever que, sob o ponto de vista estrutural, a concessão consiste na outorga de um direito relativo a algo inerente à Administração, seja um serviço, seja o uso de um bem público. Mas, além disso, Menezes de Almeida acrescenta – acolhendo a posição de Vera Monteiro (*Concessão*, pp. 172-176) – o aspecto funcional da concessão, qual seja, a sua função de viabilizar a realização de investimentos importantes para a promoção da disponibilização de bens e serviços à sociedade. Sobre a natureza constitutiva-derivativa da concessão no direito brasileiro, cfr. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, p. 569; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Concessão de serviço público*, pp. 19-20.

[633] GONÇALVES, Pedro. *Op. cit.*, pp. 85-97.

"concessão". É suficiente destacar as duas características apontas pelo autor português, quais sejam: (i) toda concessão é um ato ***constitutivo***, pois resulta na criação de uma situação jurídica nova para o concessionário; e (ii) essa situação nova ***deriva*** de uma posição jurídica de titularidade da Administração Pública.

O objetivo aqui reside apenas em tratar de uma das modalidades de concessão, qual seja, a ***concessão de serviço público***. Nesse sentido, convém iniciar por uma breve exposição da evolução da aplicação da figura até o advento, no Brasil, da Lei 11.079/2004, a Lei das Parcerias Público-Privadas.

2.1. Breve evolução da aplicação da concessão de serviço público

O já citado Pedro Gonçalves escreve que a técnica da concessão é bastante antiga, havendo referências de sua utilização na Grécia antiga, em que as administrações das cidades confiavam tarefas públicas a determinados cidadãos.[634]

Entretanto, a *concessão de serviço público* tem como origem mais próxima a concessão de obras públicas. Conforme Magalhães Colaço, as concessões de obra nasceram, na Europa, no segundo quarto do século XIX, quando as ideias da época eram, segundo o autor português, demasiado individualistas a ponto de levar o Estado a realizar grandes empreendimentos. Ademais, a "comovente penúria" em que se encontrava o Poder Público e o caráter aleatório dos resultados pecuniários dessas obras públicas, fez com que o Estado passasse a um sujeito privado o encargo de executá-las. Este, por sua vez, explorava tais obras em nome do Estado, podendo cobrar valores pelo uso que as demais pessoas fizessem do empreendimento.[635]

Na França, André de Laubadère anota que a concessão de serviço público somente adquiriu autonomia em face da concessão de obras públicas a partir do *arrêt Thérond*, de 1910, e do *arrêt Sassey*, de 1921.[636]

A concessão de serviço público foi criada – conforme Pedro Gonçalves – mais como um expediente financeiro – isto é, como uma forma de instalação de infraestruturas públicas à custa de recursos privados – do que como um modelo de

---

[634] GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos (uma aplicação da técnica concessória)*, p. 46.
[635] COLAÇO, João Maria Tello de Magalhães. *Concessões de serviços públicos: sua natureza jurídica*, pp. 13-14.
[636] LAUBADÈRE, André de. *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, t. I, p. 11.

gestão de um serviço público.[637]

Essa também é a observação de Guglielmi e Koubi, os quais apontam que, além dessa vantagem, havia outra: ao final da concessão, o bem público criado passava a integrar o patrimônio público sem qualquer dispêndio de recursos públicos. Por tal razão, a teoria jurídica do início do século XX destacava três aspectos da concessão de serviço público: (i) o concessionário assumia o serviço público por sua conta e risco, (ii) observando o disposto no caderno de encargos e (iii) remunerando-se com base nos valores pagos pelos usuários.[638]

Guglielmi e Koubi informam ainda que, com a instabilidade econômica e monetária derivada da Primeira Guerra Mundial, a jurisprudência francesa – aplicando a teoria da imprevisão – possibilitou que os concessionários transferissem os prejuízos derivados dessa dificuldade econômica ao Poder Público. A situação se prolongou e, entre 1918 e 1939, algumas grandes concessões não foram renovadas, outras foram extintas por lei e alguns concessionários ferroviários deficitários foram absorvidos pelo Estado, numa operação de nacionalização.[639]

No Brasil, a questão evoluiu do mesmo modo, como explica Caio Tácito. Na lição do autor, na segunda metade do século XIX, a expansão das cidades e a demanda popular fez com que o Estado buscasse tecnologia e recursos privados. Com a celebração de contratos de concessão de obras públicas, inspirados no modelo francês, houve a instalação de estradas de ferro, iluminação pública (inicialmente a gás incandescente, a qual se transformou com o advento da eletricidade), água, esgoto e outros.[640]

Como exemplo, pode-se aqui citar o Decreto 641, de 26 de junho de 1852, que autorizava o Estado brasileiro a conceder ferrovias a pessoas privadas por prazo não

---

[637] Na lição de Pedro Gonçalves, a técnica de concessão é fruto do período liberal, de que resultou um Estado mínimo, em que há uma intervenção limitada no domínio econômico. Sem a concessão – explica o jurista português – o Estado liberal não teria podido assumir e fomentar as atividades de serviço público. "Conceder obras e serviços públicos era assim um meio de executar obras públicas sem custos para o erário público e de assegurar um controlo público sobre certas actividades económicas sem assunção de quaisquer responsabilidades de gestão e de exercício dessas mesmas actividades. A concessão de obras e de serviços públicos, abrindo a porta ao Estado social, é ainda um produto da lógica de funcionamento do Estado liberal" (GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos (uma aplicação da técnica concessória)*, p. 103).
[638] GUGLIELMI, Gilles J.; KOUBI, Geneviève. *Droit du service public*, pp. 506-507.
[639] *Idem*, p. 507.
[640] TÁCITO, Caio. *Temas de direito público (estudos e pareceres)*, v. 1, p. 722.

superior a 90 anos.[641] Em relação ao setor portuário, vale mencionar o Decreto 1.746, de 13 de outubro de 1869, que possibilitava a concessão de obras, também pelo prazo de 90 anos, para a construção de instalações portuárias nos diversos portos do Império, bem como o Decreto 9.979, de 12 de julho de 1888, que dispunha sobre a concessão do Porto de Santos (pelo prazo de 39 anos).

Caio Tácito descreve ainda que a velocidade do progresso científico e o crescimento populacional no primeiro quartel do século XX levou à necessidade de contínua atualização do serviço público, o que contribuiu para tornar nítidas duas variáveis: a mutabilidade dos contratos, permitindo a modernização técnica das cláusulas de serviço, e a garantia da estabilidade econômico-financeira.[642]

Tal como ocorreu na França, também no Brasil a função da concessão de serviço público de propiciar a realização dos investimentos públicos com o capital privado foi sendo alterada a partir do momento em que o Estado passou a suportar os prejuízos delas derivadas, dentre outras razões, pelas cláusulas de garantias de juros e pela aplicação da teoria da imprevisão, tal como observa Dinorá Grotti. Isso levou ao declínio da utilização da concessão e à formação, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, de empresas estatais para explorar tais atividades.[643]

Aliás, nesse período, a concessão passou a ser utilizada para a prestação de serviços públicos por empresas estatais, com o que se perdia – na lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro – a grande vantagem do instituto: a de haver a prestação de serviços públicos sem a necessidade de grande investimento público. Isso ocorria não apenas nas situações em que o serviço era de titularidade de um ente político e executado por empresa estatal de controle acionário de outro, mas também quando a empresa estatal era da própria entidade política titular do serviço.[644]

---

[641] No Decreto 641/1852, há disposições interessantes. Além de ter sido atribuído o direito ao concessionário de desapropriar bens privados, na forma da lei (art. 1º, § 1º), o Estado também poderia conceder isenções para os bens a serem utilizados, como trilhos, madeiras, dentre outros (art. 1º, § 3º). De acordo com o § 4º do art. 1º, não seria possível conceder novas estradas de ferro a uma distância mínima de cinco léguas, salvo acordo com a concessionária. Outra norma interessante é o art. 1º, § 6º, por meio da qual o "Governo garantirá o juro de até cinco por cento do capital empregado na construcção do caminho de ferro, ficando ao mesmo Governo faculdade de contractar o modo e o tempo do pagamento d'este juro" (sic). Por fim, vale citar o art. 1º, § 9º, que prescrevia ser vedado ao concessionário utilizar escravos para a construção da estrada de ferro.

[642] TÁCITO, Caio. *Temas de direito público (estudos e pareceres)*, v. 1, p. 722.

[643] GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A experiência brasileira nas concessões de serviço público. *Parcerias público-privadas*, p. 187.

[644] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*, pp. 53-54.

A utilização de empresas estatais atingiu seu ápice no início da década de 80 do século XX,[645] momento em que foram iniciadas as medidas tendentes a alienar empresas estatais.[646] E, a partir da década de 90, as concessões voltaram a ser usadas como forma de delegar serviços públicos, com base no modelo clássico.

Segundo Dinorá Grotti, pela primeira vez, o velho instituto da concessão passou a ser um instrumento de diminuição do Estado. Isto é, embora o instituto fosse antigo, a ideia de usá-la com o fim de privatizar era nova. Ademais, a concessão passou a ter uma nova roupagem. Não havia mais a ideia de exclusividade na prestação do serviço por um particular, mas sim a exploração concorrencial da atividade, quando tecnicamente possível. Em função disso, passou-se a evitar a prática dos subsídios cruzados. Além disso, o desenvolvimento tecnológico produziu inovações, que contribuíram para afastar antigas barreiras à competição (ex.: separação das etapas da prestação do serviço de energia elétrica).[647]

Ainda de acordo com Dinorá Grotti, uma das questões principais da concessão do século XIX – o compromisso estatal de rentabilidade para o empreendedor privado – ficou de lado. O tratamento igualitário, pelo Estado, entre os competidores passou a ser a tônica. "Outro aspecto relevante no tratamento contemporâneo encontra-se no cuidado com os direitos dos usuários, aí incluída a ampliação da possibilidade de sua participação e cooperação na fiscalização e controle sobre a concessionária".[648]

Foi nesse contexto que surgiu, em 1995, a Lei 8.987, que traz o regime geral das concessões de obras e serviços públicos no Brasil. Em seguida, a Lei 9.079/1995 complementou a disciplina criada pela LCSP. Leis de setores específicos também foram editadas, tal como nas telecomunicações (Lei 9.472/1997) e nos transportes (Lei 10.233/2001). Note-se que, na LCSP, os conceitos de concessão de serviço público e de

---

[645] "Até 1930 os órgãos paraestatais não iam além de 17, elevando-se a 70 na década dos anos 50 para atingir a cifra de 582 nos últimos anos de período em que se expandia a participação estatal visando ao desenvolvimento econômico e à ocupação de setores em que se revelava ineficaz ou ausente a iniciativa privada" (TÁCITO, Caio. *Temas de direito público (estudos e pareceres)*, v. 1, p. 727).

[646] *Idem*, p. 728.

[647] GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A experiência brasileira nas concessões de serviço público. *Parcerias público-privadas*, pp. 188-190. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Parcerias na administração pública*, p. 67) também observa que o instituto da concessão é velho, tendo sido a primeira forma de descentralização de serviços públicos. O "objetivo de privatizar é que é bem mais recente, porque surgiu com o movimento da Reforma do Estado. Quer-se substituir a Administração Pública, direta ou indireta, no exercício de algumas funções administrativas do Estado, pela empresa privada, com isto diminuindo-se o tamanho do aparelhamento administrativo e, pretensamente, aumentando a eficiência, além de tentar-se enfrentar a crise financeira do Estado".

[648] GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Op. cit.*, p. 191.

concessão de serviço público precedida de obra pública, apesar de suas incorreções técnicas, seguem o modelo clássico da concessão.

Durante esse período, apesar de o aporte de subsídios estatais na composição da remuneração do concessionário não ser algo incomum – o que contava, inclusive, com suporte doutrinário[649] – e em que pese o art. 17 da LCSP, não havia um diploma legal que criasse modalidades de concessão com tais características, tal como há na França.[650]

Assim, em 2004, surgiu a Lei 11.079, a chamada "Lei das Parcerias Público-Privadas" (LPPPs) a qual criou a concessão patrocinada e a concessão administrativa. Em termos simples, na primeira categoria, além das tarifas cobradas dos usuários, o concessionário também se remunera por meio de uma contraprestação paga pelo Poder Público; pela segunda, toda remuneração provém do Estado. A concessão da Lei 8.987/1995 passou a ser denominada pela LPPPs de "concessão comum". Note-se que, nas três modalidades de concessão (comum, patrocinada e administrativa), o concessionário poderá obter, desde que devidamente autorizado, receitas alternativas, complementares, acessórias ou derivadas de projetos associados (art. 11 da LCSP).

---

[649] Nesse sentido, Marçal Justen Filho, em obra de 2003 (*Teoria geral das concessões de serviço público*, p. 89) asseverava o seguinte:
"A solução adotada no estrangeiro também pode ser praticada no Brasil. Não há particularidade no regime jurídico brasileiro que afaste a alocação de recursos públicos para a manutenção de serviço concedido. O conceito de concessão de serviço público não apresenta, tal como já apontado, uma definição precisa e exata.
O conceito de concessão de serviço público exige que a remuneração do concessionário seja variável em função do desempenho obtido por meio da atividade concedida. Isso não significa impossibilidade de uma parcela da remuneração ser arcada pelo Estado.
Não há vedação constitucional a que recursos estatais sejam aplicados na manutenção de atividades concedidas. O que se rejeita é a eliminação do risco empresarial. Se for assegurado ao particular um rendimento vinculado apenas a seu esforço, estará excluída uma característica essencial da concessão. Passará a se configurar uma empreitada, em que o direito do particular à remuneração deriva da execução da prestação dele exigida.
Observe-se que essa solução não elimina o risco do concessionário, mas propicia uma fórmula de substituição do sujeito responsável pela sua remuneração. Assim, se o concessionário falhar na organização do serviço ou sofrer insucessos derivados de eventos inerentes à atividade concedida, terá de amargar prejuízos. A responsabilidade estatal não é um meio de desnaturar os riscos inerentes à concessão."

[650] Na França, em 1992, uma lei disciplinou o regime dos contratos de delegação de serviço público. Nessa categoria, estão inseridos diversos contratos que tem como objeto a transferência da gestão de um serviço público. Dentre as modalidades de contratos de delegação de serviço público existentes – dentre os quais há a concessão –, encontram-se a *régie intéressée* e a *gérance*, as quais se diferenciam da concessão porque o pagamento do sujeito privado provém do Poder Público. Na *régie intéressée*, a remuneração é fixada em função dos resultados do serviço, embora paga pela Administração. Na *gérance*, é realizada a delegação e o valor da remuneração paga pelo Poder Público é determinado ao longo de todo o contrato. Sobre o tema, cfr. GUGLIELMI, Gilles J.; KOUBI, Geneviève. *Droit du service public*, pp. 502-503; 528-534.

Após um início tímido, a LPPPs passou a ser aplicada de forma efetiva. Diversos entes federativos celebraram contratos de concessão com base nesse diploma legal. Já foram realizadas licitações para concessões patrocinadas para sistemas viários e irrigação. Há ainda diversas concessões administrativas, envolvendo gerenciamento de hospitais públicos e presídios, saneamento básico, estádios de futebol e revitalização urbana. Enfim, as concessões administrativas têm envolvido ora a prestação de serviços públicos, ora a contratação de outras atividades não qualificadas como tal.

2.2. O conceito de concessão de serviço público no direito brasileiro

Uma vez feito esse breve panorama histórico das concessões de serviço público no Brasil, convém agora estipular o seu conceito. O primeiro passo reside sempre em partir das referências que a Constituição de 1988 faz de tal expressão.

2.2.1. As referências constitucionais ao termo "concessão"

O termo "concessão" – seja no seu significado mais amplo (como ato ampliativo de direitos), seja como concessão de uso de bem público – é utilizado pelo constituinte nos arts. 4º, X; 23, XI; 37, XIV; 40, §§ 2º, 3º, 4º e 7º; 48, VIII; 49, XII e XVII; 52, VIII; 71, III; 105, I, "i"; 150, § 6º; 151, I; 163, III; 167, VII e X; 169, § 1º; 174, § 4º; 176, *caput* e §§ 1º, 3º e 4º; 183, § 1º; 188, §§ 1º e 2º; 189, *caput* e parágrafo único; 195, § 11; e 201, § 1º. No ADCT, vide os arts. 18; 43; 44; 47, § 3º; 51, *caput* e § 2º; 53, parágrafo único; 54, § 3º; 57, § 4º; art. 58; e 88, II.

Mas a Constituição também faz alusão ao vocábulo "concessão" com o sentido de *concessão de serviço público*.

O art. 21 prescreve ser de competência da União explorar, diretamente ou mediante concessão, permissão ou autorização: (i) os serviços de telecomunicações (inciso XI); (ii) de radiodifusão sonora, de sons e imagens (inciso XII, "a"; tais serviços também são mencionados no art. 223 do Texto Constitucional); (iii) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água (inciso XII, "b"); (iv) a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária (inciso XII, "c"); (v) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e

fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território (inciso XII, "d"); (vi) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (inciso XII, "e"); (vii) os portos marítimos, fluviais e lacustres (inciso XII, "f").

No art. 25, § 2º, a Constituição atribui aos Estados-membros a competência para a concessão dos serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para sua regulamentação.

Em relação aos Municípios, o art. 30, V, prevê ser de sua competência a organização e prestação, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, dos serviços públicos de interesse local, incluindo o transporte coletivo, que tem caráter essencial.

Dentre as vedações aos deputados e senadores, está a de não firmar, desde a expedição do diploma, contrato com concessionária de serviço público, salvo quando obedecer a cláusulas uniformes (art. 54, I, "a"). Os arts. 202, § 5º, e 66 do ADCT também fazem referência às concessionárias de serviço público.

O dispositivo mais relevante, porém, é o art. 175, cujo *caput* estabelece incumbir "ao Poder Público, na forma da lei ou sob o regime de concessão e permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos".

Já o parágrafo único do art. 175 prescreve que a lei disporá sobre: (i) "o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão" (inciso I); (ii) "os direitos dos usuários" (inciso II); (iii) "política tarifária" (inciso III); e (iv) "a obrigação de manter o serviço adequado".

Por fim, vale destacar uma passagem do Texto Constitucional que, embora não utilize o termo "concessão", é extremamente importante para a configuração do seu regime. Trata-se do art. 37, § 6º, o qual prevê que as "pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

2.2.2. Elementos do conceito constitucional de concessão de serviço público

A partir dos dispositivos acima citados, cabe questionar: qual o significado que a Constituição Federal atribuiu à *concessão de serviço público*? É possível obter, a partir da interpretação da Lei Maior, características básicas do instituto, que não podem ser alteradas pelo legislador infraconstitucional?

As respostas a essas questões são positivas. Com efeito, é possível extrair um significado constitucional da concessão de serviço público. A partir da leitura dos dispositivos citados no item 2.2.1 acima, o intérprete consegue obter um conceito constitucional de concessão de serviço público, cujos elementos definitórios serão explicados abaixo.[651]

(a) A concessão como modo de gestão indireta de serviços públicos

O primeiro elemento constitucional a ser destacado reside no fato de a *concessão ser uma* ***forma de gestão indireta*** de serviços públicos. Isso fica claro quando se lê os arts. 21, XI e XII, 30, V, e 175 da Constituição, os quais dispõem que o Estado presta os serviços públicos diretamente[652] ou *mediante concessão*. Ou seja, a concessão nada mais é do que um modo de gestão indireta de serviços públicos.

Embora a origem do instituto e sua retomada na década de 90 do século XX tenham origens liberais, esse fator ideológico não faz parte da definição constitucional da concessão, até mesmo porque nossa Constituição consagrou o modelo do Estado Social e Democrático de Direito. Mais do que isso: o fator ideológico somente deve ser integrante da *decisão de conceder* um serviço público quando houver um espaço legítimo de discricionariedade (legislativa ou administrativa, conforme o caso), isto é, em que o Poder Público decide, com base em critérios subjetivos, adotar uma conduta quando existem duas ou mais opções válidas para o direito.

---

[651] Não se pode, pois, concordar com Fernando Vernalha Guimarães (*Parcerias público-privadas*, p. 76) quando assevera que a Constituição nem "sequer cuidou de delinear notas mais genéricas a caracterizar minimamente a concessão. É inferível do texto constitucional apenas a referência ao instituto como via própria para a delegação pela Administração da prestação de certas atividades (serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito) a terceiros".

[652] Note-se que a palavra "diretamente" significa que a prestação dos serviços será realizada pelo Estado, seja por meio de sua Administração direta, seja pela Administração indireta.

A concessão é uma modalidade de *descentralização administrativa*, mais especificamente, uma *descentralização por colaboração* (Cap. III, item 4). Nesse sentido, a concessão é uma técnica de organização administrativa, seguindo as mesmas normas aplicáveis à decisão por descentralizar (Cap. III, item 5). Logo, a decisão de conceder (tal como a decisão de criar uma empresa estatal ou uma autarquia) deve ser tomada com o propósito de buscar uma maior eficiência administrativa na execução da atividade pública (art. 37, *caput*, da CF). No caso dos serviços públicos, essa eficiência se traduz na prestação de um serviço *adequado* e na busca pela *universalização do serviço*.

O Poder Público somente poderá conceder um serviço público se esta via se mostrar – a partir de dados técnicos – *como a* ***melhor alternativa*** *para a prestação de um* ***serviço público adequado*** *e que contribua para a* ***universalidade do serviço***.[653] Ou seja, em primeiro lugar, a Administração deverá demonstrar que, entre a prestação "direta" (seja pela Administração direta ou pela Administração indireta) e a concessão, esta é a que melhor concretiza, ao menos teoricamente, os princípios da adequação e da universalidade. Nessa decisão, além de dados técnicos que podem se mostrar relevantes (ex.: a Administração não dispõe da tecnologia adequada para prestar o serviço no nível de qualidade e alcance que se deseja), aspectos financeiros também serão importantes (ex.: pode se mostrar mais vantajoso financeiramente realizar uma concessão do que comprometer parte do limitado orçamento estatal em tais atividades).

(b) <u>O objeto da concessão: a prestação de serviços públicos</u>

Além de a concessão ser uma técnica de organização administrativa, o art. 175 da Lei Maior fixou o objeto da concessão: a ***prestação*** *de serviços públicos*.[654] Isso

---

[653] Na lição de Cármen Lúcia Antunes Rocha (*Estudos sobre concessão e permissão no direito brasileiro*, p. 32), "não é livre de controle jurídico próprio a escolha sequer da forma de prestação do serviço público. Tal opção pode ser feita desde que comprovado por elementos objetivos que a sua delegação a particulares é o que mais vantajoso se mostra não apenas para o Estado, mas primariamente para a sociedade à qual será prestado".

[654] Em face do art. 175 da Constituição, não se pode concordar com Vera Monteiro (*Concessão*, p. 157) quando afirma que qualquer atividade do Estado, até mesmo aquelas que não são privativas dele, poderão ser objeto de concessão. Ademais, diante dos pressupostos apresentados no Cap. III, item 8, não parece acertada a tese, defendida pela jurista, de que toda "atividade estatal de interesse público é potencialmente delegável".

significa que, por meio da concessão, o Estado delega[655] um ***conjunto de competências administrativas***[656] ***relativas à execução dos serviços públicos em prol dos administrados***. Não há que se falar, na concessão, em transferir competências relativas à *criação* e *organização* do serviço público, as quais serão sempre, por determinação constitucional, *do Poder Público* titular do serviço.

Tal como já mencionado, a concessão é uma das modalidades de descentralização por colaboração. Esse é um traço extremamente relevante, já que o concessionário passa a exercer *função administrativa*. Sua atuação não está – sob o ponto de vista jurídico – situada no domínio econômico.[657] O concessionário passa a ter deveres relativos à execução do serviço que lhe fora transferido e nos termos do ato de delegação.

(c) A atuação do concessionário "em nome próprio"

Apesar de a concessão ser uma forma de descentralização de competências administrativas relativas à prestação de serviços públicos, ***o concessionário age em nome próprio***. Ele é, como bem apontou Pedro Gonçalves, um *centro de imputação jurídica*, pois "só ele suporta os efeitos de sua actuação como gestor do serviço público".[658]

Esse é um elemento do conceito constitucional de concessão por força do art. 37, § 6º, da Constituição, o qual estabelece que as pessoas privadas prestadoras de serviços públicos respondem objetivamente, perante os administrados, por suas ações. Ora, o constituinte só estabeleceu essa norma por uma razão: porque ele também prescreveu que o concessionário age em nome próprio.

Dessa forma, a expressão "em nome próprio", na concessão de serviço público, significa que o concessionário *é* ***termo*** *de uma* ***relação jurídica*** *com o* ***usuário***.[659] Ele

---

[655] O conceito de delegação foi abordado no Cap. III, item 7.3.1.
[656] Sobre o conceito de competência administrativa, vide Cap. III, item 3.
[657] Vide Cap. IV, item 7.2.2.
[658] GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos (uma aplicação da técnica concessória)*, pp. 124-125.
[659] Antônio Carlos Cintra do Amaral (*Concessão de serviços públicos: novas tendências*, pp. 101-102), embora identifique a existência de duas relações jurídicas na concessão, uma entre os usuários e o concessionário e outra entre este e o Estado (enquanto que no contrato de prestação de serviços há apenas uma relação jurídica, entre o Poder Público e o contratado), entende que a expressão "em nome próprio" é

age como delegado do Estado na prestação do serviço, mas como centro próprio de imputação jurídica.[660] Vale mencionar que isso não ocorre no mero contrato de prestação de serviços para a Administração (ex.: serviços de limpeza e vigilância), em que o contratado não responde diretamente pelas suas ações em face do administrado, mas sim o Estado.

(d) A concessão enquanto contrato administrativo

A Constituição Federal também procurou pôr fim à discussão sobre a natureza jurídica da concessão.[661] O art. 175, parágrafo único, I, prescreveu caber à lei dispor sobre "o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão". A concessão de serviço público é, portanto, um *contrato*. E, por se tratar de um contrato relativo ao exercício de uma função administrativa (no caso, a prestação de serviços públicos), a concessão é um ***contrato administrativo***.

O contrato administrativo é um ato administrativo bilateral (ou multilateral) introdutor de normas jurídicas infralegais individuais, concretas, obrigatórias para as partes e reguladoras de uma relação jurídica obrigacional.[662]

Ao se dizer que o contrato administrativo (e nessa categoria está a concessão de serviço público) é um ato administrativo bilateral (ou multilateral), isso significa que

---

inadequada. No seu entendimento, o concessionário age sempre em nome do Poder Concedente. Só haveria sentido falar que o concessionário age em nome próprio se houvesse a transferência de titularidade do serviço público.
Não se concorda com o jurista, porque o sentido das expressões é convencional. Logo, deixando-se claro que o concessionário nada mais é do que um delegado do Estado (que mantém a titularidade do serviço), não há problema algum em dizer que o concessionário age "em nome próprio".

[660] Ao tratar da expressão "em nome próprio" inerente à concessão de serviços públicos, Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, p. 717) explica ser inquestionável que o concessionário não tem qualquer senhoria sobre o serviço público concedido. Ele, em verdade, age em lugar de outrem, isto é, do Poder Concedente. Nesse sentido, ele age "em nome do Estado". Porém, a afirmação de que o concessionário age "em nome próprio" realça a diferença entre a concessão de serviços públicos e o simples contrato de prestação de serviços com o Estado. "Enquanto na concessão instaura-se uma relação jurídica por força da qual o concessionário é investido em titulação para prestar serviços *ao público*, nos simples contratos de prestação de serviços o contratado se vincula a prestar dados serviços *ao Estado* apenas. Assim, o liame contratual não extrapola as relações entre ambos; as obrigações recíprocas confinam-se ao estrito âmbito das partes que se entrelaçaram. Daí a compreensível insistência da doutrina em dizer que o concessionário age 'em nome próprio'."

[661] Para aprofundar o estudo das teorias sobre a natureza jurídica da concessão de serviço público, cfr. BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Natureza jurídica da concessão de serviço público. *RDP* nº 19, pp. 9-36; e MASAGÃO, Mário. *Natureza jurídica da concessão de serviço público*, pp. 37-85.

[662] FREIRE, André Luiz. *Manutenção e retirada dos contratos administrativos inválidos*, pp. 49-54.

se trata de um *ato jurídico produzido no exercício de função administrativa*.[663] Enquanto ato jurídico, o contrato introduz normas no sistema jurídico. Ademais, por ser um ato produzido no exercício de função administrativa, fica claro que o contrato administrativo *é disciplinado pelo regime jurídico de* ***direito público-administrativo***.[664] Trata-se, pois, de um contrato subordinado aos *princípios da supremacia do interesse público sobre o privado* e *da indisponibilidade do interesse público*.

Uma decorrência disso consiste no fato de que a prerrogativa da Administração de alteração dos contratos administrativos decorre diretamente da Constituição, tal como já decidiu o STF (vide julgado descrito no Cap. IV, item 6.6). Como limitação constitucional a esse poder jurídico da Administração, há o direito do contratado à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro (art. 37, XXI, da Constituição). Outra limitação à produção dos contratos administrativos reside no dever de selecionar isonomicamente o futuro contratado, mediante licitação pública (art. 37, XXI, e art. 175, *caput*, da CF). Aliás, o princípio da licitação também traz uma exigência de razoabilidade na fixação dos prazos da concessão, os quais não poderão ser excessivamente longos, mas apenas os necessários para que o concessionário possa obter, ao menos em tese, o justo retorno do seu investimento. Além disso, é evidente que as normas introduzidas pelo contrato administrativo não poderão violar o princípio da legalidade administrativa e são passíveis de controle jurisdicional.[665]

Vale ressaltar que a *lei* também poderá fixar os poderes de extinção unilateral, aplicação de sanções e outros que se mostrem razoáveis ao adequado controle dos serviços públicos pela Administração Pública.

O contrato administrativo – embora seja um ato criado por mais de uma parte (daí a sua natureza bilateral ou multilateral), sendo, pois, um *ato subjetivo* (na

---

[663] Sobre o conceito de função administrativa, vide Cap. II, itens 1 e 5.

[664] Por isso, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (*Curso de direito administrativo*, p. 487) não tem razão ao asseverar que o regime da concessão de serviço público é misto, público e privado. O regime da concessão é sempre público. O que há de "privado" é a organização do concessionário, que poderá se utilizar do direito privado para contratar pessoal e terceiros para executar tal atividade pública.

[665] Da circunstância de ser o contrato administrativo uma modalidade de ato administrativo decorrem outras consequências menos importantes para os fins deste trabalho. Como exemplo, pode-se citar o fato de que se torna possível analisar o contrato administrativo (e também a concessão de serviços públicos) a partir da teoria dos elementos e pressupostos do ato administrativo unilateral. Ademais, o regime de manutenção e retirada dos contratos inválidos será, basicamente, o mesmo dos atos administrativos unilaterais. Para aprofundar, vide FREIRE, André Luiz. *Manutenção e retirada dos contratos administrativos inválidos*, pp. 53 e ss.

classificação de Duguit) – é, igualmente, um ***ato-condição***.[666] Ao mesmo tempo em que o contrato administrativo – e, de igual modo, a concessão de serviço público – cria *situações jurídicas novas para as partes* (daí a sua natureza subjetiva e constitutiva), ele também insere estas numa posição que *as obriga a observar as normas gerais e abstratas fixadas pela lei e pelos atos administrativos normativos*. Em última análise, é por isso que se fala nas chamadas "cláusulas regulamentares" da concessão.

2.2.3. O conceito constitucional de concessão de serviço público

Diante das considerações acima, sob a *perspectiva constitucional*, pode-se definir a concessão de serviço público como sendo ***o contrato administrativo por meio do qual o Poder Público delega a competência administrativa de prestar um serviço público, atuando o concessionário em nome próprio***.

2.2.4. A questão da exploração do serviço "por conta e risco" do concessionário e sua remuneração

É comum encontrar, na doutrina brasileira, conceitos de concessão de serviço público que incluem, dentre os elementos definitórios, o fato de o concessionário exercer essa atividade *por sua conta e risco* e/ou por se remunerar pela *exploração do serviço*.[667] Neste tópico, pretende-se justificar por qual razão tais características não foram inseridas no conceito constitucional de concessão de serviço público.

(a) <u>A expressão "por conta e risco"</u>

Nas origens da concessão, fruto de uma concepção liberal, a expressão "por sua conta" significava que cabia ao concessionário custear a prestação do serviço público.

---

[666] Sobre os atos subjetivos e atos-condição, cfr. Cap. V, item 4.1.

[667] Cfr., dentre outros, ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, p. 568; ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*, p. 738; AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei de. *Concessão de serviços públicos: comentários às Leis 8.987 e 9.074 (parte geral), com as modificações introduzidas pela Lei 9.648, de 27.5.98*, pp. 22-24; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, pp. 717-718; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*, p. 100; FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*, pp. 477 e 480; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*, pp. 221-224.

Já o termo "risco", que todos os prejuízos ou benefícios decorrentes da execução da atividade seriam do concessionário.[668] Conforme Pedro Gonçalves, no conceito clássico de concessão, "por conta e risco" implicava a inexistência de "solidariedade financeira da Administração concedente, assumindo o concessionário sozinho as perdas ou os ganhos da exploração do serviço".[669]

No direito brasileiro, essa concepção clássica não tem sido aplicada já há bastante tempo. O Poder Público sempre firmou com os particulares contratos de concessão com subsídios estatais, ou então com divisão de encargos no que se refere a desapropriações (há situações em que o Poder Público arca com todos os custos das desapropriações, ou só responde por isso quando as indenizações superarem determinado valor) ou outros encargos. De igual modo, a doutrina – ao incluir a expressão "por conta e risco" na definição de concessão – alerta que os riscos extraordinários não são suportados pelo concessionário.

É por isso que Karina Houart Harb entende que tal expressão – em vez de contraditória e equivocada[670] – ainda se mantém, devendo ser interpretada em conformidade com o Texto Constitucional. Os riscos não são, na concepção da autora, todos do concessionário, porquanto a Constituição – ao garantir o equilíbrio econômico-financeiro – exige a manutenção das condições efetivas da proposta ante as mudanças decorrentes em razão do interesse público ou em função de fatos imprevisíveis.[671]

Por sua vez, Letícia Queiroz de Andrade escreve que a função jurídico-econômica da concessão reside em propiciar a realização de empreendimentos públicos

---

[668] HARB, Karina Houat. *A revisão na concessão comum de serviço público*, p. 146.
[669] GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos (uma aplicação da técnica concessória)*, p. 104.
[670] A autora estava se contrapondo à posição de Marcos Augusto Perez (*O risco no contrato de concessão de serviço público*, pp. 104-107), o qual critica duramente a expressão "por sua conta e risco". Na sua concepção, é uma contradição doutrinária dizer que tal expressão se mantém, sendo que se admite a natureza comutativa dos contratos administrativos. Ou seja, havendo prestação realizada pelo concessionário, a ela deverá corresponder uma contraprestação do Poder Público, já conhecida, certa e relativamente equivalente. Ademais, não haveria sentido admitir o princípio da modicidade tarifária e afirmar que o risco é todo do concessionário, tendo em vista que, quanto maior o risco, maiores serão os custos transferidos ao usuário. Mas a maior contradição da doutrina – segundo Perez – consiste no reconhecimento de que os riscos extraordinários não são transferidos ao concessionário.
[671] Na lição da Karina Houart Harb (*A revisão na concessão comum de serviço público*, p. 148), "a questão gira em torno da identificação dos atos e fatos que estão inseridos nos riscos do concessionário, ou seja, dos prejuízos com que deverá arcar, por estarem identificados na sua esfera jurídica, em cada concessão, a partir do seu obrigatório planejamento, que, por sua vez, por não ser capaz, ainda que minuciosamente bem feito, de impedir a ocorrência de novas consequências desfavoráveis, resulta, ainda, na necessidade de revisão contratual periódica".

custeados pelo mesmo sujeito incumbido de sua execução. Daí se dizer que o concessionário o faz por sua conta e risco. Essa é a serventia prática do instituto da concessão de obras e serviços públicos. E, do ponto de vista político, a concessão de serviço público acarreta a atribuição dos ônus econômico-financeiros a quem de fato os utiliza, em vez de ser custeado por recursos provenientes dos cofres públicos. Nesse sentido, a autora faz remissão ao art. 175, o qual prevê que a lei disciplinará o caráter especial do contrato de concessão e a formulação da política tarifária.[672]

Diante dessas considerações, seria possível defender a tese de que o constituinte, ao prever a figura da concessão de serviço público, utilizou a expressão com o sentido em voga na época da promulgação da Constituição. Isto é, ele teria positivado a ideia de que o concessionário deveria explorar o serviço *por sua conta e risco*.

Note-se, porém, que a necessidade de exploração do serviço público por conta e risco do concessionário *não é uma norma constitucional*. Em primeiro lugar, porque a solidariedade financeira sempre foi uma prática, mesmo antes da Constituição de 1988. As concessões subsidiadas, previstas pelo art. 17 da LCSP, sempre foram admitidas, tal como já comentado. É evidente que isso reduz o risco (*ordinário*) do concessionário em relação à obtenção de receitas dos usuários (embora crie o risco de inadimplemento do Poder Público).

Assim, sob o ponto de vista constitucional, nunca se mostrou uma condição necessária à configuração da concessão de serviço público que a atividade fosse explorada por conta e risco do concessionário.[673]

---

[672] ANDRADE, Letícia Queiroz de. *Teoria das relações jurídicas da prestação de serviço público sob regime de concessão*, pp. 146-148.

[673] Cristiana Fortini (*Contratos administrativos: franquia, concessão, permissão e PPP*, pp. 42-45) entende que a expressão "por conta e risco" exige uma reflexão mais detida. Em primeiro lugar, porque o risco a que se submete uma concessionária não é absoluto. A ausência de remuneração ocasionada pela não utilização do serviço pelos administrados pode levar à quebra da concessionária e, assim, a descontinuidade do serviço. Nesse sentido, a autora entende que o problema da concessionária não pode ser encarado como algo não afeto à seara social ou sem importância para o Poder Público. Além disso, a LCSP admite a obtenção de receitas alternativas, complementares, acessórias ou derivadas de projetos associados (art. 11), sendo que é possível o pagamento de subsídios em situações excepcionalíssimas.
Embora a preocupação da autora seja legítima quanto à quebra do concessionário, o planejamento estatal na estruturação da concessão deveria ser sólido o suficiente para identificar uma demanda adequada. É por isso que Karina Houat Harb (*A revisão na concessão comum de serviço público*, p. 146) chega a afirmar que a interpretação clássica da expressão "por sua conta e risco" não pode prosperar, pois o dever constitucional de planejamento atribui responsabilidade ao Poder Público por sua outorga a particulares. "E isso não se dá por conta e risco exclusivo do concessionário; muito antes, e pelo contrário, na medida em que o planejamento demonstra a viabilidade técnica e econômico-financeira da concessão de serviço

(b) A questão da remuneração do concessionário

Outro ponto que tem sido incluído no conceito de concessão de serviço público diz respeito à remuneração. No conceito clássico, a remuneração derivava das tarifas cobradas dos usuários.[674]

No direito brasileiro, há algum tempo esse aspecto não tem o perfil acima. Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, é essencial à concessão de serviço público que a remuneração derive da *exploração do serviço concedido*. Em geral, isso ocorre mediante a cobrança de tarifas dos usuários do serviço. Mas alerta o jurista que a remuneração pode ocorrer por outro meio, tal como no caso dos serviços de rádio e televisão. De todo modo, nesse caso, a remuneração provém da exploração do serviço. Ademais, alerta que nada impede o Poder Público de subsidiar o concessionário e de prever fontes alternativas de receitas, complementares ou acessórias, tal como admite a lei brasileira.[675]

Marçal Justen Filho, em trabalho anterior à LPPPs, também apontou ser a remuneração um elemento essencial do conceito de concessão. Na concepção do autor, tal remuneração deveria ser variável em função do desempenho do concessionário no exercício da atividade, o que não afastava a possibilidade de parcela da remuneração ser arcada pelo Estado.[676]

Apesar das observações feitas pelos dois juristas acima (no que são acompanhados pela maioria da doutrina brasileira), não se consegue visualizar, na Constituição, o dever de incluir a remuneração no conceito de concessão de serviço público. Para demonstrar o que se afirma, basta questionar: poderia um Município – no âmbito de uma política social – subsidiar integralmente o serviço público de transporte urbano de passageiros? A resposta é, evidentemente, positiva. Desde que a decisão de conceder tenha sido devidamente fundamentada (técnica, econômica e juridicamente),

---

público, acaba o concedente assumindo também, em cada caso, na medida do que obteve em sede de planejamento, responsabilidade nos riscos da concessão daí decorrentes – que não se confundem com os riscos extraordinários –, a serem verificados e equalizados economicamente por ocasião da revisão ordinária".

[674] GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos (uma aplicação da técnica concessória)*, p. 105.

[675] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 718.

[676] JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*, p. 89.

nada impediria o Município de custear totalmente o valor das tarifas de ônibus. Isso não afastaria a relação jurídica entre os usuários e o concessionário. Este continuaria a atuar em nome próprio, respondendo pelos seus atos em face dos usuários e terceiros. E isso por uma razão: porque teria havido *o ato de* ***delegação de competências administrativas de prestação*** *do serviço ao sujeito privado*. Esse é o núcleo da concessão de serviço público.

Nem cabe opor que o art. 175, parágrafo único, III, da Constituição estabelece que a lei disciplinará a política tarifária e que, por isso, em toda concessão deverá haver a cobrança de tarifas. Essa seria uma interpretação bastante restrita do dispositivo constitucional. O que foi prescrito pelo constituinte é que, em relação à política tarifária, caberá à lei dispor sobre o seu regime. A lei poderá estabelecer que as tarifas serão subsidiadas, ou então que não haverá tarifas. Concorda-se, neste ponto, com Fernando Vernalha Guimarães, quando assevera que fazer "política tarifária é definir, inclusive se existirá ou não tarifa em certos casos, avaliação que deverá nortear-se pelos princípios fundamentais do serviço público".[677] Tanto é esse o sentido da Constituição, que os serviços de rádio e televisão não são custeados por tarifas.

O afastamento da remuneração como elemento definitório da concessão de serviço público não é algo novo na doutrina brasileira. Geraldo Ataliba, em parecer publicado em 1989, lecionava que o Estado pode remunerar o concessionário diretamente, transferindo dinheiros seus, sem que isso venha a desnaturar o instituto. Na concepção do jurista, a remuneração é um *aspecto secundário* da concessão de serviço público. Nas suas palavras:

> "Costuma-se adotar o termo 'tarifa', sempre que o regime estabelecido preveja que o concessionário possa receber uma contraprestação dos usuários. **Nada impede, entretanto – e por isso não se desfigura a concessão – que o poder público estabeleça regras segundo as quais ele mesmo assumirá a remuneração das atividades do concessionário. Não deixa de ser concessão a situação em que não haja pagamento dos usuários ao concessionário. O que importa é que o concessionário deve ser pago. A forma de pagamento é secundária; pode dar-se**

[677] GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Parceria público-privada*, p. 78. Em igual sentido: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As parcerias público-privadas no saneamento ambiental. *Parcerias público-privadas*, p. 311.

> **por qualquer processo. Essencial é o pagamento**. Daí o sustentarmos que a expressão 'tarifa' usada no Texto Constitucional tem o significado genérico de preço contratual devido ao concessionário, podendo ser satisfeito (pago) pelo concedente, ou pelo usuário, conforme o estabeleça a discrição legislativa, em função de considerações administrativas, financeiras ou outras, que não importa, agora, aprofundarmos, mesmo porque não afeta a essência da construção jurídica do instituto".[678] (Os grifos não constam no original.)

Benedicto Porto Neto também segue essa linha ao asseverar que a inexistência de relação entre a remuneração da concessionária e a exploração do serviço "não desnatura o instituto da concessão". Por isso, defende que a Administração Pública pode transferir a prestação do serviço público ao concessionário "sem que sua remuneração guarde relação com o resultado da exploração do serviço".[679]

Por tais razões, a remuneração do concessionário também não foi incluída no conceito constitucional de concessão de serviço público, sendo essa uma matéria a ser decidida pelo legislador ordinário.

2.2.5. O espaço de discricionariedade legislativa na criação de modalidades de concessão

Diante do conceito acima apresentado, fica claro que o legislador dispõe de discricionariedade para fixar as modalidades de concessão que julgar pertinentes, desde que não afaste os elementos definitórios acima indicados.

Não cabe, portanto, disciplinar uma concessão que não seja um contrato administrativo, mas um ato unilateral. Isso é importante porque o contrato administrativo – ao mesmo tempo em que prevê prerrogativas à Administração – confere ao contratado o direito à intangibilidade da equação econômico-financeira. Ademais, as normas gerais sobre o tema deverão ser introduzidas por lei *nacional*, conforme estabelece o art. 22, XXVII, da Lei Maior.

A lei também não pode admitir a delegação de outras competências que não

---

[678] ATALIBA, Geraldo. Serviço público – Delegação a empresa estatal – Imunidade a impostos – Regime de taxas – SABESP. *RDP*, nº 92, p. 76.
[679] PORTO NETO, Benedicto. *Concessão de serviço público no regime da Lei nº 8.987/95: conceito e princípios*, pp. 75-76.

estejam relacionadas com a *prestação de serviço público*. Isso significa que ***é constitucionalmente vedado utilizar a concessão para transferir tarefas inseridas dentro das atividades administrativas instrumentais, ordenadora e fomentadora***.[680] Ou seja, a concessão é uma técnica a ser utilizada apenas em relação às ***atividades prestacionais*** e, mesmo assim, somente em relação aos ***serviços públicos*** (cuja definição consta no Cap. IV, item 7). Mais do que isso, apenas as competências concernentes à ***prestação*** dos serviços públicos poderão ser delegadas por meio da concessão, excluída a possibilidade de transferir a criação (o que seria delegação inconstitucional de função legislativa) e a organização dos serviços públicos.

Outro aspecto que o legislador não pode afastar é a responsabilidade do concessionário. Este atua *em nome próprio*, como um centro próprio de imputação jurídica, respondendo objetivamente por suas ações em face dos administrados (art. 37, § 6º). Com efeito, o concessionário *não presta um serviço ao Estado*, *mas* ***aos usuários*** *do serviço*. O sujeito privado – ao se inserir na posição jurídica de concessionário de serviço público – acaba por ser termo de, ao menos, duas relações jurídicas: (a) com o Poder Público; e (b) com os usuários do serviço público concedido. Tanto isso é verdadeiro que há quem defenda a natureza trilateral da concessão de serviço público,[681] concepção que não se acolhe neste estudo. O que há são relações jurídicas diferentes, mas conexas: (i) entre concessionário e Poder Público; (ii) entre o concessionário e os usuários; (iii) entre estes e o Poder Público.

Então, atendidos esses requisitos constitucionais, o legislador nacional possui discrição para definir diversos aspectos da concessão de serviço público. Caberá a ele regular os poderes da Administração Pública relativos à caducidade, extinção por conveniência (encampação), fiscalização e rescisão. Os limites da alteração unilateral e a criação das sanções administrativas também são temas de lei nacional, bem como o processo licitatório e as cláusulas obrigatórias em todos os contratos. Ademais, somente a lei nacional poderá criar as modalidades de concessão de serviço público que julgar pertinentes para a adequada prestação do serviço público. Atualmente, existem três modalidades: concessão comum, patrocinada e administrativa. Convém discorrer brevemente sobre cada espécie de concessão.

---

[680] Cfr. Cap. II, item 4.
[681] JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*, p. 61.

2.3. As modalidades de concessão de serviço público no direito brasileiro: concessão comum, patrocinada e administrativa

Tal como mencionado acima, o direito positivo brasileiro admite três modalidades de concessão de serviço público: a concessão comum, a concessão patrocinada e a concessão administrativa.

A denominada, pelo art. 2º, § 3º, da LPPPs, "concessão comum" de serviços públicos foi definida pelo art. 2º, II, da Lei 8.987/1995. Trata-se da "delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado".

Além disso, o art. 2º, III, da LCSP prescreve que a concessão de serviço público precedida da execução de obra pública é "a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento do concessionário seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado".

A doutrina costuma criticar os incisos II e III do art. 2º da Lei de Concessões de Serviços Públicos. Isso porque o legislador incluiu na definição aspectos que são pressupostos para a válida formação do contrato de concessão: o dever de licitar na modalidade concorrência e a sua outorga a pessoa jurídica ou consórcio que demonstre capacidade para executar tal atividade. De outro lado, o inciso II não inseriu que, na concessão de serviço público, haverá a remuneração mediante a exploração do serviço. Ademais, a LCSP também não indicou a natureza contratual da concessão de serviço público.[682]

Diante disso, é possível conceituar a *concessão* ***comum*** *de serviços públicos* como o *contrato administrativo por meio do qual o Poder Público delega a*

---

[682] Cfr. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 723; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*, p. 75.

competência administrativa de prestar um serviço público, atuando o concessionário em nome próprio, ***remunerando-se pela exploração do serviço***. A concessão comum será ***precedida de obra pública*** quando, adicionalmente à delegação da competência administrativa de prestar o serviço público, *o concessionário tiver a obrigação de realizar obras públicas antes da disponibilização do serviço aos usuários*.

Ressalte-se que o elemento "por conta e risco" não foi introduzido na definição acima, porque, como ressaltado no item 2.2.4 acima, mesmo na concessão comum, a exploração do serviço nunca foi por conta e risco do concessionário, tomada a expressão no seu sentido clássico. Além de a álea extraordinária estar protegida na concessão comum, a própria LCSP admite a existência de subsídios do Poder Público ao concessionário, o que reduz o seu risco ordinário de se remunerar pela exploração do serviço (art. 17).[683] Assim, trata-se de expressão desnecessária para caracterizar a concessão comum em face das demais modalidades.

As outras modalidades de concessão existentes no direito brasileiro – denominadas pela Lei 11.079/2004 de contratos de "parceria público-privada" (art. 2º, *caput*) – são a concessão patrocinada e a concessão administrativa.

Desde já convém destacar que, mais do que a criação de modalidades de concessão, a LPPPs instituiu um regime jurídico diferenciado. Tais contratos somente terão cabimento quando o seu valor mínimo for de R$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), tal como prevê o art. 2º, § 4º, I. Ademais, nos contratos de PPP: (i) o prazo de vigência não será inferior a 5 anos e superior a 35, já incluídas eventuais prorrogações (art. 2º, § 4º, II, e art. 5º, I); (ii) o seu objeto não poderá se referir apenas ao fornecimento de mão de obra, ao fornecimento e à instalação de equipamentos, ou à execução de obra pública (art. 2º, § 4º, III); (iii) será possível prever penalidades para a Administração Pública em caso de inadimplemento (art. 5º, II); (iv) haverá o reajuste automático (art. 5º, § 1º); (v) há a possibilidade de a contraprestação pública ser realizada em forma diversa do pagamento em dinheiro (art. 6º); (v) a remuneração do "parceiro privado" deverá estar vinculada ao seu desempenho (art. 6º, § 1º); (vi) há a necessidade de os serviços serem disponibilizados, ainda que parcialmente, para a

---

[683] Convém apenas ressalvar o posicionamento de Egon Bockmann Moreira (*Direito das concessões: inteligência da Lei 8.987/1995 (parte geral)*, pp. 328-329), para quem o art. 2º, § 3º, da LPPPs teria vedado qualquer tipo de contraprestação pública, nem mesmo a título de subsídios, nas concessões comuns.

realização do pagamento, ressalvada a possibilidade de aportes durante a fase de investimentos (art. 7º); (vii) o Poder Público poderá oferecer garantias nas modalidades previstas no art. 8º da LPPPs.

O objetivo deste tópico não é o de abordar esses aspectos do regime jurídico dos contratos de PPP (alguns deles bastante polêmicos na doutrina, como a questão da garantia pública[684]), mas apenas o de indicar o seu conceito.

Conforme o art. 2º, § 1º, da LPPPs, a concessão patrocinada é "a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado".

Por conseguinte, a concessão patrocinada é a concessão comum, sendo que naquela há uma contraprestação pública além das tarifas. A diferença entre uma concessão comum subsidiada (art. 17 da LCSP) e uma concessão patrocinada reside, basicamente, no fato de que, nessa última, aplica-se o diferenciado regime da Lei das Parcerias Público-Privadas, acima arrolado.

Além da concessão patrocinada, a LPPPs criou a controversa figura da "concessão administrativa". Nos termos do art. 2º, § 2º, desse diploma legal, trata-se do "contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens". Ressalte-se que, na concessão administrativa, a remuneração do particular provém de uma contraprestação paga pelo Poder Público, inexistindo a figura de tarifas.

A controvérsia acerca da concessão administrativa é gerada, em primeiro lugar, pela má técnica do legislador na redação do § 2º do art. 2º. A falta de técnica – embora seja algo comum nos nossos textos legislativos e se explica pela pluralidade de formações dos congressistas (médicos, engenheiros, economistas etc.)[685] – é ruim sob o

---

[684] Sobre as garantias públicas nos contratos de PPP, recomenda-se a leitura do interessante trabalho de Angelo Augusto Costa (O Fundo Garantidor de Parcerias (FGP): estrutura, função e (in)compatibilidade com a ordem jurídico-constitucional. *Intervenção do Estado no domínio econômico e no domínio social: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*, p. 43 e ss.

[685] "Os membros das Casas Legislativas, em países que se inclinam por um sistema democrático de governo, representam os vários segmentos da sociedade. Alguns são médicos, outros bancários, industriais, agricultores, engenheiros, advogados, dentistas, comerciantes, operários, o que confere um forte caráter de heterogeneidade, peculiar aos regimes que se queiram representativos. E podemos aduzir que tanto mais autêntica será a representatividade do Parlamento quanto maior for a presença, na composição de seus quadros, dos inúmeros setores da comunidade social.

ponto de vista dogmático. Isso porque, a não ser que a norma por ela veiculada seja reputada inconstitucional pelo STF, ela é válida, obrigando o aplicador a fazer uma interpretação conforme a Constituição.

De outro lado, a polêmica deriva também dos conceitos de concessão de serviço público adotados por alguns autores, os quais incluem a característica de a remuneração do concessionário decorrer da exploração do serviço, geralmente por meio da cobrança de tarifas. De fato, quando se parte do pressuposto de que esse elemento tem natureza constitucional, é coerente afirmar que a concessão administrativa não é uma concessão de serviço público. A concessão administrativa seria um contrato de prestação de serviços à Administração (ainda que envolva um objeto complexo, com obras e fornecimento de bens), sem envolver a delegação de serviço público.[686]

Mas há quem defenda que, em verdade, as concessões administrativas admitem não só a concessão de serviços públicos (em seu sentido estrito), mas de outras atividades públicas. Nessa hipótese, a concessão administrativa não é uma mera contratação de serviços para o Estado.[687]

De todo modo, a posição doutrinária que parece ser mais acertada é a que diferencia a concessão administrativa em dois tipos: (a) a concessão administrativa de serviços ao Estado, sem delegação de serviço público; e (b) a concessão administrativa de delegação de serviços públicos.[688]

Ponderações desse jaez nos permitem compreender o porquê dos erros, impropriedades, atecnias, deficiências e ambiguidades que os textos legais cursivamente apresentam. Não é, de forma alguma o resultado de um trabalho sistematizado cientificamente" (CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*, pp. 36-37).

[686] Nesse sentido, ainda que com variações, vide: AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de serviços públicos: novas tendências*, pp. 40-44; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, pp. 791-793; FERREIRA, Luiz Tarcísio Teixeira. *Parcerias público-privadas: aspectos constitucionais*, p. 156 e ss.; FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, pp. 327-329; HARB, Karina Houat. *A revisão na concessão comum de serviço público*, p. 48; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, pp. 778-779; ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de direito administrativo*, pp. 568-571.

[687] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, p. 675-678; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, pp. 427-428; MONTEIRO, Vera. *Concessão*, p. 172 e ss.

[688] Sustentam essa concepção, ainda que com pequenas diferenças: AGUILLAR, Fernando Herren. *Serviços públicos: doutrina, jurisprudência e legislação*, p.41; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*, pp. 268-269; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*, pp. 151-153; GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*, pp. 471-472; GROTTI, Dinorá Adelaide. Parcerias público-privadas: o objeto da concessão administrativa. *Direito das infraestruturas: um estudo dos distintos mercados regulados*, p. 243; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Parcerias público-privadas*, p. 168 e ss.; OLIVEIRA, Fernão Justen de. *Parceria público-privada: aspectos de direito público econômico*, p. 134 e ss. (ressalte-se que esse autor identifica quatro tipos de concessões

Pela primeira modalidade de concessão administrativa, o objeto do contrato reside na prestação de serviços à Administração Pública. É essa a finalidade do legislador ao prescrever que a Administração Pública será "usuária direta" dos serviços.

Em tal situação, a concessão administrativa se assemelha a um contrato de prestação de serviços à Administração Pública regido pela Lei 8.666/1993. A diferença reside principalmente no regime jurídico, que, na concessão administrativa, é aquele instaurado pela Lei 11.079/2004. Por meio desse tipo de concessão administrativa, o Estado pode contratar alguém para construir um prédio público e realizar toda a manutenção, bem como a gestão de sistemas de informática. Ou então, contratar terceiro para prestar serviços no âmbito de um presídio (limpeza, conservação, alimentação etc.).

Nesses casos, ***não*** *há que se falar em* ***delegação de serviço público***. Isso significa que o "concessionário", aqui, não atua "em nome próprio". Ele não é um centro de imputação jurídica, relacionando-se juridicamente com os administrados. O gestor de um presídio não presta serviços aos presidiários, mas sim à Administração Pública. Logo, sua responsabilidade não é objetiva (CF, art. 37, § 6º), pois não se trata de um prestador de serviços públicos. Por isso, a utilização do termo "concessão" a essa figura deverá ser interpretada de acordo com a Constituição, a fim de afastar os elementos constitucionais da concessão de serviço público. Em verdade, o termo "concessão", para esses casos, é inadequado.

Por outro lado, ***há concessões administrativas*** *em que o seu objeto reside na* ***delegação de serviços públicos***. Essa interpretação deriva da ruim expressão utilizada pelo legislador, qual seja, da Administração Pública como "usuária indireta". Aqui, a relação jurídica[689] a ser estabelecida será entre o concessionário e os usuários, havendo apenas o pagamento da remuneração daquele pelo Poder Público.

O serviço público de recolhimento, manejo e destinação final de resíduos

---

administrativas, dois dos quais envolvem a delegação de serviço público); PEREIRA, Cesar A. Guimarães. O processo licitatório das parcerias público-privadas (PPP) na Lei 11.079/2004. *Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*, pp. 202-203; PORTO NETO, Benedicto. Licitação para contratação de parceria público-privada. *Parcerias público-privadas*, p. 140; RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP – parcerias público-privadas: fundamentos econômico-jurídicos*, pp. 69-72; SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. *Parcerias público-privadas*, p. 31; ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henirque de La Rocque. *O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas*, p. 272.

[689] Sobre o conceito de relação jurídica, vide Cap. III, item 3.5.1.

sólidos, por exemplo, pode ser objeto de uma concessão administrativa. Não é necessário, para a configuração da delegação do serviço público, que o concessionário possa ser remunerado mediante tarifas. O fato é que a concessão administrativa possibilitou a delegação de serviços públicos *uti universi*. Mas, além desses, serviços *uti singuli* também poderão ser objeto de uma concessão administrativa. Este será o instrumento adequado para tal delegação quando o Estado resolver, dentro de uma política tarifária, não cobrar tarifa dos usuários. Suponha que determinado Município decida conceder o serviço de transporte urbano, mas repute ser socialmente adequado não cobrar as tarifas. Nesse caso, a concessão administrativa será a via adequada para tanto.

Na concessão administrativa de delegação de serviços públicos, o concessionário atuará como um ***centro próprio de imputação jurídica****. Ele atuará* ***em nome próprio*** *e* ***responderá por isso diretamente****, sendo o Estado responsável subsidiário*.[690]

Note-se que a identificação da concessão administrativa de delegação de serviços públicos, além de se mostrar compatível com o conceito constitucional de concessão acima enunciado (item 2.2.3), ***acaba por ampliar as garantias dos administrados***. Isso porque, se o Estado faz uma concessão da gestão de um hospital, ou de um serviço de limpeza pública, por exemplo, em caso de dano provado ao usuário, este poderá demandar diretamente contra o concessionário, respondendo o Estado subsidiariamente.

Em síntese, o direito positivo brasileiro possui, atualmente, *três modalidades de concessão de serviço público*: (i) a *concessão* ***comum***; (ii) a *concessão* ***patrocinada***; e (iii) a *concessão* ***administrativa de serviços públicos***. A concessão administrativa em

---

[690] "Uma concessão administrativa para delegação de serviços sociais importará transferir ao concessionário um controle gerencial sobre a operação (ainda que submetidos ao controle fiscalizatório e regulatório mais abrangente exercido pelo parceiro público ou por ente que titularize tal atribuição, como uma agência independente), fixando uma posição jurídica própria do concessionário em face dos usuários. Há a responsabilização do concessionário-parceiro privado em face do usuário, pois aquele assume a prestação do serviço em nome próprio. A Administração, aqui, figura como usuária indireta do serviço, na acepção de ser a pagadora pelas prestações organizadas e gerenciadas pelo parceiro privado. O fato de o custeio sobre a operação (que poderá manter-se atrelada a variantes de risco de utilização) trasladar-se dos usuários para a Administração não é razão bastante para eliminar a figura da delegação. Penso que essa modalidade deve ser examinada a partir da existência de delegação da gestão do serviço, porquanto todos os seus efeitos jurídicos estão presentes: há controle sobre a gestão dos serviços pelo parceiro privado, assim como sua responsabilização perante o usuário" (GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Parcerias público-privadas*, p. 177).

que há a prestação de serviços (ainda que envolvam a construção de obras ou o fornecimento de bens) *não é uma verdadeira concessão de serviço público*, no *sentido constitucional* atribuído a tal expressão.

3. O conceito de permissão de serviço público

A outra forma de delegação de serviços públicos a pessoas privadas existente na Constituição é a *permissão de serviço público*. O vocábulo "permissão" possui, no direito brasileiro, dois significados. Há a permissão de uso de bens públicos (e parece ser esse o sentido atribuído à expressão pelo art. 177, V, da Constituição) e a permissão de serviço público.

Tal como ocorre no conceito de concessão, a permissão possui uma natureza *constitutiva* e *derivativa*, voltada para a utilização de bens públicos ou para a delegação de atividades públicas.

Neste tópico, o objetivo consiste em conceituar, a partir da Constituição, a permissão de serviço público. Por isso, convém partir da indicação dos dispositivos constitucionais que tratam desse instituto.

3.1. As referências constitucionais à permissão de serviço público

Basicamente, os mesmos dispositivos constitucionais que fazem alusão à concessão (de serviço público) também indicam a permissão (art. 21, XI e XII; art. 30, V; art. 175; art. 223).

Desses dispositivos, o mais importante é o art. 175, *caput*, que prevê a regra geral em matéria de prestação de serviços públicos: estes são de titularidade do Poder Público, mas poderão ser delegados, mediante licitação pública, a pessoas privadas mediante concessão ou *permissão*, nos termos da lei.

Além disso, o parágrafo único do art. 175 dispõe que a lei disciplinará "o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão".

3.2. Elementos do conceito constitucional de permissão de serviço público

A partir dessas referências constitucionais, é possível dizer que a permissão de serviço público possui basicamente as mesmas características da concessão. Portanto:

(i) A permissão é um modo de gestão indireta de prestação de serviço público.

(ii) O seu objeto consiste na delegação de competências administrativas relativas à prestação do serviço público.

(iii) O permissionário, tal como o concessionário, atua em nome próprio, isto é, como um centro próprio de imputação jurídica, respondendo objetivamente por suas ações (CF, art. 37, § 6º).

As mesmas considerações realizadas no item 2.2.2(a), (b) e (c) deste Capítulo se aplicam à permissão de serviço público, sendo desnecessário tratar novamente da matéria.

A única questão que merece um maior destaque diz respeito à natureza jurídica da permissão de serviço público.

3.2.1. A discussão doutrinária sobre a natureza jurídica da permissão de serviço público

Tradicionalmente, a permissão de serviço público era vista como sendo o ato administrativo *unilateral* editado no exercício de *competência discricionária*, passível de revogação a qualquer tempo sem direito a indenização (*precariedade*).[691]

Dentro dessa perspectiva, a diferença entre a concessão e a permissão de serviço público residiria justamente na natureza contratual da primeira e na unilateralidade da segunda. Por isso, a permissão seria utilizada em situações que não demandassem grandes investimentos por parte do permissionário, ou quando não houvesse a realização de obras públicas, ou nas hipóteses em que a rentabilidade do serviço fosse vantajosa em face do risco da precariedade.[692]

Todavia, ao longo do tempo, as permissões foram utilizadas com o propósito

---

[691] Cfr. BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*, v. I, p. 559-560.

[692] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 775.

de delegar serviços públicos que demandavam investimentos de vulto. De igual modo, em alguns casos, havia a fixação de prazo. Hely Lopes Meirelles, por exemplo, defendia que a unilateralidade, a discricionariedade e a precariedade – apesar de serem atributos da permissão de serviço público – poderiam ser excepcionadas diante do caso concreto. Em tais situações, o jurista afirmava se tratar de uma *permissão condicionada*.[693]

Justamente por isso, diante de permissões condicionadas de serviço público, alguns autores se pronunciavam quanto à impropriedade do uso do termo "permissão", sendo que o regime jurídico dessas permissões condicionadas seria o mesmo de uma concessão de serviço público.

Com a Constituição Federal de 1988, alguns autores passaram a defender a natureza contratual da permissão de serviço público. Isso porque o art. 175, além de submeter a outorga de permissão ao processo de licitação pública, estabeleceu que o legislador iria dispor sobre "o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão" (art. 175, parágrafo único, I). Como se pode perceber, a leitura do dispositivo constitucional leva à conclusão de que o constituinte conferiu à permissão natureza contratual.

Em face desse texto, Celso Antônio Bandeira de Mello reputa que a natureza contratual da permissão somente poderia ser atribuída a uma impropriedade redacional do constituinte. Se a permissão fosse um contrato, desapareceria a diferença existente entre esta e a concessão de serviço público. Se o art. 175 fez menção aos dois institutos (concessão e permissão), é porque os acolheu como entidades jurídicas distintas.[694]

Note-se que a questão se tornou ainda mais complexa com o advento do art. 40 da LCSP, que prescreve ser a permissão formalizada mediante *contrato de adesão* e dotada das características da *precariedade* e a *revogabilidade unilateral* do contrato pelo Poder Concedente.

Vale destacar que o legislador, ao redigir a Lei 8.987/1995, acabou produzindo o *sem sentido jurídico*. Os contratos são estáveis, não sendo precários. E a revogação é um ato administrativo que retira do mundo jurídico atos administrativos unilaterais discricionários, e não contratos (embora exista a extinção unilateral dos contratos

---

[693] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, pp. 350-351.
[694] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 781.

administrativos por conveniência do Poder Público).

Em vista desse dispositivo legal, Márcio Cammarosano sustenta que, tendo em vista a incompatibilidade entre a figura do *contrato* e a *precariedade* e *revogabilidade unilateral*, não se pode resolver essa antinomia concluindo pela aplicação do regime contratual. O termo "contrato" é um mero rótulo inserido pelo legislador, devendo ser levadas em conta as características da *precariedade* e da *revogabilidade unilateral*, que são as notas próprias da permissão. Negar tais caracteres seria o mesmo que negar o próprio regime que a lei conferiu à permissão.[695]

Porém, existem autores que acolhem a natureza contratual do instituto da permissão de serviço público. Lúcia Valle Figueiredo, por exemplo, afirmava não ver diferenças de regime jurídico entre esta e a concessão. Por isso, a permissão se tornou um instituto ineficaz "pois, com as características da precariedade, temos a autorização de serviço público. A permissão de serviço público, insistimos, também deve ser ato bilateral, precedido de licitação, e jamais poderia ter natureza precária, exatamente porque deverá ser objeto de contrato".[696]

Já Cármen Lúcia Antunes Rocha apontou que não poderia ser atribuído ao constituinte um descuido na redação do art. 175, parágrafo único, I. Ele efetivamente pretendeu atribuir à permissão a natureza de contrato administrativo, afastando a sua precariedade.[697]

Diante desse panorama, Marçal Justen Filho entende não haver uma solução satisfatória para essa discussão sobre a natureza jurídica da concessão. Em determinados casos, a permissão será um ato unilateral; em outros, um contrato. Tudo dependerá da disciplina normativa adotada para determinado serviço público. Se houver a participação da vontade privada na formação do ato, será um contrato administrativo. Por outro lado, será permissão se o conteúdo do ato for integralmente determinado pela Administração, ainda que a vontade privada seja um requisito de validade para a formação do ato.[698]

---

[695] CAMMAROSANO, Márcio. Contratos da administração pública e natureza da permissão de serviço público: natureza jurídica. *Direito administrativo e constitucional: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*, p. 501.
[696] FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*, p. 121. Em sentido semelhante, vide: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, pp. 414-416.
[697] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Estudo sobre a concessão e a permissão de serviço público no direito brasileiro*, pp. 150-151.
[698] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, pp. 785-786.

3.2.2. A natureza jurídica da permissão de serviço público

Em face da discussão retratada no item 3.2.1 acima, pode-se questionar: *qual é a utilidade em se discutir a natureza jurídica da permissão de serviço público?*

A resposta óbvia é a seguinte: na permissão, dado o seu caráter precário (conforme o conceito tradicional), não caberia falar em prazo e em indenização. Já na concessão, sim.

Entretanto, a isso seria possível opor que é necessária a determinação de prazo na permissão, porquanto o art. 40, parágrafo único, LCSP estabeleceu que a esta se aplica o disposto em tal diploma legal. Lembre-se que o art. 23, I, obriga a fixação de prazo nas concessões. Logo, estabelecido o prazo na permissão e havendo a sua "revogação", caberia indenização.

Existe ainda outro efeito jurídico que é importante, mas não tem sido mencionado pela doutrina. Trata-se da *competência constitucional para legislar sobre o tema*. Ao se defender a natureza contratual, a edição de normas gerais sobre a permissão caberá à União (art. 22, XXVII, da CF). Todavia, em se tratando de ato unilateral, a disciplina completa do ato caberá ao ente político titular do serviço.

Neste estudo, adota-se a concepção de que a permissão de serviço público é um ***contrato administrativo***. Os termos utilizados pela Constituição são muito claros a esse respeito.

O fato de a LCSP prescrever que a permissão é um contrato *de adesão* é indiferente sob o ponto de vista do regime jurídico. Todo contrato administrativo é predeterminado pela Administração Pública, cabendo ao particular "aderir" àqueles termos.[699]

Por isso, reputa-se inconstitucional a expressão "precariedade" constante no art. 40, *caput*, da LCSP, bem como na definição de permissão prevista no art. 2º, IV.

---

[699] Como bem anota Marçal Justen Filho (*Curso de direito administrativo*, p. 787), a expressão "contrato de adesão" foi mal empregada pelo legislador no art. 40 da LCSP. "A figura do contrato de adesão foi elaborada no direito privado para proteger o particular subordinado a poder econômico empresarial. O contrato de adesão reflete as condições de superioridade econômica de uma parte, e sua disciplina pelo direito foi orientada a proteger a parte hipossuficiente". O autor continua, asseverando que a relação entre Estado e permissionário "não corresponde ao modelo do contrato de adesão. Aliás, a referência da lei a contrato de adesão é inútil e inócua".

Quanto à "revogabilidade unilateral", deverá ser considerado que, ao contrário do que ocorre na encampação da concessão, não é necessário *autorização legislativa* e indenização *prévia* para a extinção unilateral da permissão. A indenização, se existente, não precisará ser prévia, embora isso seja o mais adequado. Essa é a principal diferença de regime entre as duas figuras.

Há ainda outra pequena diferença, de menor importância. Pela LCSP, somente poderá ser concessionário uma pessoa jurídica ou consórcio de pessoas jurídicas (art. 2º, II e III). Na permissão, esse diploma legal admite que pessoas naturais e jurídicas sejam permissionárias.

Diante disso, a pergunta que fica é a seguinte: quando caberá a permissão de serviço público?

O cabimento da permissão de serviço público *dependerá, basicamente, da opção legislativa do ente titular do serviço público*. Desde que as características constitucionais do instituto estejam presentes (e são as mesmas da concessão), o legislador terá discricionariedade para determinar quando um serviço será delegado por permissão e por concessão.

Por exemplo: a Lei Federal 10.233/2001 estabelece, em seus arts. 13, IV, e 14, IV, "b", que dependerá de permissão a outorga de transporte ferroviário regular de passageiros não associado à exploração da infraestrutura. Isso porque, se a infraestrutura também for explorada, caberá a concessão (arts. 13, I, e 14, I, "b"). Ademais, o art. 39 prevê quais são as cláusulas obrigatórias do contrato de permissão de serviço público; e, ao contrário do que consta no art. 35 (cláusulas essenciais dos contratos de concessão), não há, por exemplo, a obrigatoriedade de indicação dos critérios de reversibilidade dos bens. Evidentemente, uma vez extinto unilateralmente o contrato de permissão, por conveniência administrativa, caberá indenização ao permissionário, se houver dano. Entretanto, o Poder Público não precisará de autorização legislativa para isso, nem pagar previamente a indenização.

Diante dessa diferença de regime, o legislador deverá atuar com razoabilidade ao fixar o modelo de delegação contratual do serviço público. Isso porque, em situações em que os investimentos forem de grande monta, será necessário que seja conferido ao particular uma maior estabilidade, o que é garantido na concessão em função da forma de extinção unilateral por conveniência administrativa (encampação). Nessas situações,

a concessão será o instituto adequado.

3.3. O conceito de permissão de serviço público

Em face do exposto, a permissão de serviço público é, sob o ponto de vista constitucional, ***o contrato administrativo por meio do qual o Poder Público delega a competência administrativa de prestar um serviço público, atuando o permissionário em nome próprio***.

Como se pode perceber, não há diferença constitucional entre a concessão e a permissão. Caberá ao legislador ***nacional*** estabelecê-la. A partir de uma interpretação dos arts. 2º, IV, e 40 da LCSP conforme a Constituição, a permissão de serviço público pode ser conceituada como sendo ***o contrato administrativo por meio do qual o Poder Público delega a competência administrativa de prestar um serviço público a uma pessoa natural ou jurídica, que atuará em nome próprio, cabendo a extinção unilateral por conveniência sem autorização legislativa e indenização prévia***.

4. As situações jurídicas dos concessionários e permissionários de serviço público

A situação jurídica dos concessionários e permissionários de serviço público é *individual*. Isso se deve à natureza contratual da relação que tais pessoas firmam com o Poder Concedente. Todavia, tal como já comentado acima,[700] todo contrato administrativo é um ato subjetivo e, ao mesmo tempo, um ato-condição. Logo, os direitos, poderes, deveres e sujeições das partes derivam tanto do ato subjetivo (o contrato administrativo) como de atos gerais, quais sejam, a Constituição, a lei, o regulamento e demais atos administrativos normativos relativos ao serviço público.

Há ainda outra relação estatutária que é estabelecida pelos concessionários e permissionários: com os usuários. É o caso dos usuários do serviço público de transporte aéreo de passageiros, em que estes aderem às condições de prestação do serviço, pagando a tarifa respectiva.

No entanto, conforme indicado no item 4.1 do Capítulo V, também é possível que exista uma relação predominantemente estatutária com os usuários, sendo possível

[700] Vide item 2.2.2(d) deste Capítulo.

haver um contrato entre os usuários e concessionários/permissionários. É o que ocorre na prestação do serviço portuário de cargas por "arrendatários" (concessionários) de terminais públicos. Por vezes, como há competição entre os diversos arrendatários dentro do mesmo porto organizado, são celebrados contratos entre estes e os donos de carga que se comprometem a movimentar um volume mínimo de carga nos terminais.

Diante disso, os concessionários e permissionários são partes de, ao menos, duas relações: (i) com o Poder Concedente; e (ii) com os usuários. Convém analisar as posições jurídicas existentes nessas relações complexas.[701]

Antes, porém, vale destacar que esse conjunto de posições ativas e passivas (derivadas ora de atos normativos, ora de atos concretos) *nada mais representam do que a chamada "repartição de riscos dos contratos administrativos"*. ***Atribuir riscos às partes nada mais é do que estipular que a elas foram atribuídos direitos, poderes, deveres e sujeições***. Por isso, esse tema – "repartição de riscos" – não será objeto de considerações diversas das realizadas abaixo.

4.1. Situações ativas

4.1.1. Direitos a prestações

Numa relação contratual como a existente entre o Poder Público e os concessionários e permissionários, é natural que surjam diversos direitos a algo[702] para ambas as partes. Sempre que é fixada uma obrigação para o Poder Público, a relação conversa nada mais é do que um direito a prestação do concessionário ou permissionário. Esses direitos poderão ter origem no próprio contrato administrativo, ou então serem decorrência da inserção das partes na condição de "Poder Concedente" e "concessionário/permissionário".

A fim de facilitar a exposição, será abordada a figura do concessionário e, ao final, serão feitas observações quanto ao permissionário.

Na relação de concessão, existem direitos concernentes: (i) ao objeto; (ii) às obras a serem feitas (quando houver); (iii) aos bens da concessão; (iv) à remuneração;

---

[701] O conceito de relação jurídica complexa foi exposto no Cap. III, item 3.5.3.
[702] Sobre o conceito de direito a algo (ou direito a prestações), vide Cap. III, itens 3.5.3(a) e 3.5.4.

(v) à realização de condutas decorrentes do exercício de poderes administrativos; (vi) ao fim do contrato. Ressalte-se, desde já, que essa classificação cumpre uma função meramente didática.

O objeto da concessão é a delegação de competências administrativas de prestação do serviço público. Em função disso, o primeiro direito que surge para o concessionário é o de prestar o serviço com a *autonomia conferida contratualmente*. O âmbito dessa autonomia dependerá, basicamente, dos termos do contrato. Além disso, a autonomia do prestador também encontra limites nos poderes da Administração. Convém lembrar ainda que o concessionário trava com o Poder Público uma relação de sujeição especial.[703]

Da autonomia do concessionário decorrem outros direitos, como o de subcontratar para executar o serviço delegado, o de fornecer garantias a financiadores (desde que observados determinados requisitos), o de alienar ações ou cotas (igualmente, conforme os termos legais), dentre outros.

Nos contratos de concessão, podem existir ainda direitos a prestações que se referem às obras. Esses direitos somente existirão se, evidentemente, houver a realização de "construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação" (art. 6º, I, da LGL) de bens públicos. Como exemplo, pode-se citar o direito do concessionário a que o Poder Público adote, dentro de certo prazo, as medidas necessárias para disponibilizar os terrenos para a construção (como a declaração de utilidade pública e a efetivação da desapropriação, quando isso é atribuído ao Estado).

Outro grupo de direitos diz respeito aos bens da concessão. A partir do momento em que o concessionário toma posse dos bens, ele passa a ter o direito a que terceiros não turbem o exercício legítimo dessa posse. Ademais, ele também poderá ter o direito de explorar o bem, obtendo retorno financeiro, desde que devidamente autorizado (ex.: receitas alternativas, complementares, acessórias ou derivadas de projetos associados).

Talvez o mais importante grupo de direitos, para o concessionário, diga respeito à sua remuneração. Desses, o mais relevante é o direito à intangibilidade da equação econômico-financeira, o qual se encontra assegurado em nível Constitucional. O concessionário também tem o direito de ser remunerado na forma estabelecida no

[703] Cfr. Cap. II, item 5.1.3.

contrato. Contudo, nada impede o Poder Público de, por razões de interesse público, alterar a forma de cobrança da tarifa, ou, até mesmo, o valor cobrado do usuário. O limite do Poder Concedente residirá apenas na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Frise-se ainda que, no grupo dos direitos relativos à remuneração, estão os direitos ao reajuste e à revisão (ordinária, se houver no contrato, e extraordinária).

Há ainda direitos do concessionário que decorrem do exercício de poderes da Administração. Quando a Administração instaura um processo administrativo sancionador em face do concessionário, este possui uma série de direitos processuais, como o direito ao contraditório e à ampla defesa.

O último grupo de direitos é aquele relacionado à extinção do contrato, seja qual for a sua modalidade. Por exemplo: na encampação da concessão, o concessionário possui o direito de ser previamente indenizado pelos prejuízos que sofreu (danos emergentes e lucros cessantes). Na caducidade, apenas pelos danos emergentes devidamente comprovados.

Quanto aos direitos dos permissionários, pode-se dizer que eles são basicamente os mesmos dos concessionários. A princípio, como a permissão costuma ser reservada para situações em que não há obras públicas e em que bens não são revertidos para a Administração (ex.: permissão para a exploração de terminais aduaneiros, os chamados "portos secos"), normalmente não há cláusulas relativas a obras e bens reversíveis. Mas pode haver e, nesse caso, o tratamento será o mesmo de uma concessão. Ainda, a partir da interpretação do art. 40 da LCSP, na extinção unilateral por conveniência, existe também o direito à indenização, ainda que ela não precise ser prévia, tal como na concessão.

Por fim, em suas relações com os usuários, além do direito à remuneração (se cabível), vale destacar que os concessionários e permissionários têm o direito de exigir dos administrados uma conduta conforme a *boa-fé*, com as suas decorrências (dever de cuidado e de lealdade dos usuários).

4.1.2. Poderes

Dentre as competências administrativas relativas à prestação do serviço público (vale lembrar que não cabe delegar atividades de organização), há a delegação de

poderes *administrativos* de configuração de efeitos inovadores. Na concessão e na permissão de serviço público, não são delegados poderes *normativos*, nem de *emissão de atos conferindo certeza jurídica, segurança jurídica e força probatória especial*.[704]

Basicamente, os poderes administrativos de configuração que podem ser delegados ao concessionário/permissionário residem na possibilidade de promover as desapropriações e servidões administrativas, após a declaração de utilidade pública (art. 18, XII, e art. 29, VIII, da LCSP).

Como se pode perceber, são muito poucos os poderes administrativos que são delegados ao concessionário e ao permissionário. ***Há muito mais a delegação de deveres do que propriamente de poderes administrativos***.

O que há são diversos poderes de natureza meramente contratual atribuídos ao concessionário ou ao permissionário. Normalmente, o concessionário e o permissionário são contratualmente obrigados a requerer as licenças e autorizações necessárias para a execução da atividade. A legitimidade para fazer os pedidos (que é um poder, ou direito formativo) provém do contrato.

Ainda, ao ser inserido na situação de concessionário ou permissionário, este possui os poderes necessários para preservar essa situação jurídica, podendo demandar administrativa ou judicialmente qualquer pessoa que pretenda violar suas posições jurídicas ativas.

4.2. Situações passivas

4.2.1. Deveres

Conforme já destacado no item 4.1.2 deste Capítulo, a delegação de competências administrativas relativas à prestação do serviço público envolve muito mais um conjunto de deveres do que de poderes.

Tal como foi feito em relação aos direitos dos concessionários, também aqui é possível classificar, apenas para fins didáticos, os deveres que incumbem ao concessionário. Esses deveres dizem respeito: (i) ao objeto; (ii) às obras a serem feitas (quando houver); (iii) aos bens da concessão; (iv) à remuneração; (v) decorrentes do

[704] Sobre as categorias de poderes administrativos, cfr. Cap. III, item 3.5.6(d).

exercício de poderes administrativos; (vi) ao fim do contrato.

Os deveres relacionados ao objeto são os mais importantes. Cabe ao concessionário prestar o serviço público *definido contratualmente*. É em função do que está especificado no contrato que ele apresenta uma proposta e se prontifica a executá-lo. É por conta deles que o concessionário se relaciona com o usuário do serviço. Disso decorrem todos os deveres que nada mais são do que a relação conversa dos direitos dos usuários, já especificados no item 4.2 do Capítulo V.

Note-se que, neste ponto, há uma diferença marcante para o regime das empresas estatais e fundações estatais de direito privado. *Enquanto o dever de universalização e adequação é contínuo para estas, estes deveres do concessionário são fixados contratualmente*.

Assim, sempre que a Administração pretender expandir o serviço para atender à universalidade, ela terá duas opções: (a) alterar o contrato de concessão, aumentando o escopo das atividades, mas reequilibrando a equação econômico-financeira; ou (b) fazer uma nova concessão, se for tecnicamente possível e mais conveniente do que a mera alteração.

Em relação ao princípio da adequação, os deveres de regularidade, de continuidade, de cortesia e de segurança são iguais aos das empresas estatais e fundações estatais privadas. O mesmo já não ocorre em relação aos deveres de eficiência, atualização e modicidade tarifária.

Isso porque os parâmetros de eficiência são estipulados contratualmente, ora de modo genérico, ora de modo específico. Quanto mais genérica, maior será o risco do concessionário. Por isso, atualmente, é difícil haver a celebração de um contrato sem um quadro com os indicadores de desempenho a serem cumpridos objetivamente pelo concessionário.

De igual modo, o concessionário não possui obrigações de atualização, se isso não estiver definido no contrato. Por vezes, essa atualização é detalhada; em outras situações, tal dever consta de modo genérico. Nesse último caso, ele poderá utilizar as técnicas e bens que reputar convenientes para atingir os parâmetros fixados em contrato; essa liberdade decorre do direito à autonomia na prestação do serviço. Mas também aqui o risco do concessionário será maior quanto mais genéricos forem os deveres de atualização.

Como se pode perceber a partir da análise dos deveres de eficiência e atualização, *sob a perspectiva do concessionário*, serviço adequado é aquele assim previsto no contrato.

Ademais, a princípio, a modicidade tarifária não é um dever imposto ao concessionário. Este irá praticar a tarifa determinada no contrato, tenha ela sido determinada pela sua proposta na licitação, ou tenha sido predefinida no contrato. Como este é um aspecto "regulamentar" do serviço público, a tarifa pode ser modificada caso o Poder Concedente assim repute conveniente. Mas, nesse caso, deverá ser mantida a equação econômico-financeira.

Outro dever diretamente relacionado com a execução do objeto consiste no dever de responder objetivamente pelas suas ações, e subjetivamente pelas suas omissões (art. 37, § 6º, da CF).

O segundo grupo de deveres do concessionário diz respeito à execução das obras, caso essa obrigação tenha sido incluída no contrato. A fim de conferir maior autonomia ao concessionário, não raro as licitações para a concessão de serviço público que envolvem a execução de obras públicas não possuem projeto básico, nem projeto executivo. Tal encargo, pois, é atribuído ao concessionário, que irá elaborar esses projetos a partir das diretrizes assim fixadas no edital (art. 18, XV, da LCSP). Numa concessão de rodovia, por exemplo, o concessionário poderá optar entre fazer um asfalto mais durável e gastar menos com manutenção, ou então fazer um asfalto menos durável e alocar mais recursos para a manutenção. Isso está dentro da sua autonomia gerencial. O importante é que ele cumpra os parâmetros de desempenho fixados no contrato de concessão.

Além dos deveres concernentes à obra (construção, reconstrução, reforma etc.), há ainda os relativos aos bens da concessão. O concessionário tem o dever de fazer a adequada manutenção dos bens públicos cuja posse lhe for transferida, ou que sejam adquiridos ou construídos durante a concessão.

Quanto à remuneração, há o dever do concessionário de não receber valores não autorizados pelo contrato de concessão. Por isso, além de não poder cobrar tarifas diferentes (seja quanto à modalidade de tarifa prevista, seja quanto ao valor) daquelas fixadas no contrato (salvo nos casos em que o valor das tarifas é livre, como nos atuais arrendamentos portuários), as receitas alternativas, complementares, acessórias ou

derivadas de projetos associados (art. 11 da LCSP) deverão ser devidamente autorizadas pelo Poder Concedente. E, ainda assim, deverá haver benefício para a modicidade tarifária, ou para a redução da contraprestação pública (no caso dos contratos de PPP).

Ressalte-se ainda que o resultado do exercício de direitos potestativos pelo Poder Concedente poderá criar deveres para o concessionário. O exercício em si dos poderes administrativos – como o de alteração unilateral – coloca o concessionário numa posição de sujeição. No entanto, em função dos atos editados com base nos poderes administrativos, podem ser criados deveres para o concessionário. É o que acontece quando o Poder Concedente determina a apresentação, pelo concessionário, de documentos necessários à fiscalização.

O contrato de concessão também cria uma série de deveres para o concessionário relacionados ao seu término (normal ou não). O primeiro deles diz respeito à devolução dos bens reversíveis em perfeito estado de conservação. De igual modo, caberá ao concessionário efetuar o pagamento de todos os valores eventualmente devidos em função da aplicação de multas ou danos causados ao Poder Público.

Deve ser destacado que os permissionários de serviço público possuem os mesmos tipos de deveres dos concessionários. Tudo dependerá, basicamente, do que foi estipulado no contrato. Entretanto, o comum é não haver a reversibilidade de bens (ex.: permissão para a exploração de terminais alfandegados, os "portos secos"), embora essa hipótese não possa ser generalizada.[705]

4.2.2. Sujeições

Por fim, há as sujeições do concessionário e do permissionário. Essas são a relação conversa de todos os poderes da Administração e dos usuários.

Assim, o concessionário se encontra em situação de sujeição em relação aos poderes de alteração unilateral, fiscalização, sanção e extinção unilateral do contrato. Como já mencionado, há sujeição quanto ao exercício do poder pelo Concedente. Entretanto, do exercício dos poderes poderão surgir direitos ou deveres para concessionários e permissionários. Do exercício do poder de alteração unilateral, para

[705] Nas concessões de transportes aéreos, não há reversibilidade das aeronaves. O CBA, em seu art. 191, prescreve que, encerradas (de forma normal ou não) as atividades da concessionária de serviços de transporte aéreo, a União terá o direito de adquirir as aeronaves e demais bens, pelo preço de mercado.

aumentar o campo de prestação do serviço ferroviário, *v.g.*, surgirá o direito de reequilíbrio da equação econômico-financeira para o concessionário. Da aplicação de multa contratual, o dever de recolher aos cofres públicos o valor respectivo.

Quanto aos usuários, as principais sujeições dos concessionários e permissionários dizem respeito ao poder dos usuários de fazer reclamações e de demandar judicialmente, conforme anotado no item 4.2.2 do Capítulo V.

CAPÍTULO VIII – DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS POR AUTORIZATÁRIOS

1. Considerações iniciais

A concessão e a permissão são os instrumentos normalmente utilizados para a exploração de serviços públicos por pessoas privadas não integrantes da Administração indireta. O art. 175 do Texto Constitucional prevê que a prestação de serviços públicos será realizada por meio de concessão e permissão, sempre precedida de licitação pública. O art. 25, § 2º, dispõe que os serviços locais de gás canalizado (art. 25, § 2º) poderão ser explorados mediante concessão, sendo possível este instrumento e a permissão para a prestação de serviços públicos de interesse local, inclusive o de transporte coletivo (art. 30, V).

Entretanto, além dessas duas figuras, a Lei Maior de 1988 também faz referência à ***autorização***. Enquanto ato destinado a possibilitar o exercício de uma atividade econômica, a autorização está prevista no art. 170, parágrafo único: a todos é assegurado "o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei".

Porém, a autorização parece ser usada pela Constituição também em outro sentido. Há dispositivos que atribuem à União a competência para explorar, diretamente, ou mediante *autorização*, concessão ou permissão, os seguintes serviços: (i) telecomunicações (art. 21, XI); (ii) radiodifusão sonora, de sons e imagens (art. 21, XII, "a"; art. 223, *caput*); (iii) serviços e instalações de energia elétrica, bem como o aproveitamento energético dos cursos de água (art. 21, XII, "b"); (iv) navegação aérea, aeroespacial e infraestrutura aeroportuária (art. 21, XII, "c"); (v) transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado (art. 21, XII, "d"); (vi) transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (art. 21, XII, "e"); (vii) portos (art. 21, XII, "f").

Assim, a primeira dificuldade com que se depara o intérprete é a seguinte: qual foi o sentido de autorização utilizado pelo constituinte de 1988?

No plano legal, a questão não é resolvida. Muito pelo contrário, leva a mais dúvidas. Convém fazer menção a alguns diplomas legais que dispõem sobre a autorização.

O Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565/1985) dispõe que os aeródromos públicos poderão ser explorados "por concessão ou autorização" (art. 36, IV), mas não explicita quando ocorrerá a autorização. O art. 98 do mesmo CBA dispõe que os aeroclubes, escolas ou cursos de aviação ou de atividade a ela vinculada somente poderão funcionar mediante autorização da autoridade aeronáutica. Em relação aos serviços de transporte aéreo regular, caberá a concessão; por outro lado, sendo serviço aéreo não regular ou serviço especializado, o título habilitador será a autorização (art. 180).

Em relação ao setor de energia, a Lei 9.074/1995 define o produtor independente de energia elétrica como aquele que recebe uma concessão ou autorização do Poder Concedente, a fim de produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco (art. 11).

Por sua vez, a Lei 9.472/1997 (LGT) prescreve que os serviços de telecomunicações no regime de direito privado dependem de autorização a ser emitida pela ANTEL (art. 131, *caput*). Trata-se, nos termos do art. 131, § 1º, de ato administrativo unilateral e vinculado.

Já a Lei 10.233/2001 prevê que o transporte rodoviário de passageiros, sob regime de afretamento, e o transporte aquaviário dependem de autorização (art. 13, V, "a" e "b", art. 14, III, "b" e "e"). Também depende de autorização a prestação de serviços de transportes ferroviários de carga, realizado por operador independente, não associado à exploração da infraestrutura (art. 13, V, "d", e parágrafo único, art. 14, III, "i").

Por fim, a MP 595/2012, que revogou a Lei 8.630/1993 (Lei dos Portos), em seu art. 1º, § 3º, prescreve que as concessões, arrendamentos e autorizações "serão outorgadas a pessoa jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco". O art. 2º, IX, define a autorização como sendo a "outorga de direito a exploração de instalação portuária localizada fora da área do porto organizado, formalizada mediante contrato de adesão". No art. 8º, *caput* e incisos, há a previsão de que a autorização será precedida de chamada e processo seletivo público, sendo que será

utilizada para a exploração de terminais de uso privado, estação de transbordo de carga, instalação portuária pública de pequeno porte e instalação portuária de turismo. Ressalte-se que a autorização será formalizada por contrato de adesão, o qual possuirá as mesmas cláusulas dos contratos de concessão e arrendamento, bem como prazo de 25 anos, sendo prorrogável por igual período (art. 8º, §§ 1º e 2º). Por fim, vale destacar que, se o autorizatário encerrar voluntariamente suas atividades, os bens reverterão para o patrimônio da União, sem qualquer ônus para esta.

Em diversos dos exemplos acima citados, a autorização se destina a admitir o exercício, por um sujeito privado, de uma atividade voltada a terceiros, e não apenas à realização de uma atividade privada. Em vista disso, algumas questões se colocam. Em primeiro lugar: a autorização se destina a delegar um serviço público? Se afirmativa a resposta, qual é o regime jurídico derivado da Constituição? Quais são as posições jurídicas ativas e passivas dos autorizatários de serviço público?

De plano, pode-se responder que há uma autorização de serviço público. Porém, é necessário aprofundar o tema.

2. O conceito de autorização de serviço público

2.1. A autorização na doutrina

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello define a autorização como sendo o ato administrativo unilateral e discricionário, por meio do qual se faculta – a título precário – o exercício de certa atividade material, que sem ela seria vedada. Em função do seu caráter precário, pode ser revogada a qualquer tempo, salvo disposição de lei em contrário ou se emitida a prazo certo. Cita, como exemplo, a autorização para porte de armas.[706]

Na lição do jurista brasileiro, a autorização difere da *aprovação*, porque, neste caso, o que se permite é a prática de ato jurídico. É o que ocorre quando o Senado Federal aprova a celebração de empréstimos externos pelos entes federativos. Na autorização, está em pauta uma atividade material, que pode ser facultada a título

[706] BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*, v. I, pp. 560-561.

precário. O mesmo já não ocorre em relação à aprovação de ato jurídico, que não pode ser revogada, "salvo se quem tem o poder de aprovar também tem o poder de praticar o ato, pois a revogação é prerrogativa daquele que possui esta atribuição".[707]

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello contesta a doutrina italiana que defende haver a remoção de um obstáculo para o exercício de um direito preexistente. A autorização – escreve ele – não remove obstáculo, mas apenas torna possível o exercício da atividade material, que sem ela seria proibida. "Quem pretende a autorização tem apenas possibilidade jurídica de obtê-la, jamais direito preexistente. Ela amplia suas faculdades jurídicas, simplesmente".[708]

Para o autor, a autorização difere da licença por ser esta vinculada. Na licença, assiste ao interessado o direito a ela, caso preencha os requisitos legais. Aqui sim se pode afirmar que há a remoção de um obstáculo ao exercício de um direito preexistente. Assevera que, apesar de a maioria da doutrina (estrangeira) utilizar a autorização e a licença como sinônimas, é necessária tal distinção. A autorização cria direito ao ampliar as faculdades do autorizado; já a licença "consiste em acertamento constitutivo formal, pois se trata de declaração recognitiva de direito, de asseguramento de situação jurídica".[709]

A concepção acima sumarizada tem se mostrado comum entre os autores brasileiros. Ainda que com algumas variações, a maioria dos autores define a autorização como ato unilateral e discricionário que faculta o exercício de atividade material, enquanto a licença seria um ato vinculado. Logo, enquanto na autorização cabe, *como regra*, a revogação (justamente por ser discricionário), o mesmo não ocorre na licença. A diferença reside, pois, na natureza vinculada ou discricionária da competência para a produção do ato.[710]

---

[707] BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*, v. I, p. 561.
[708] *Idem*, p. 562.
[709] *Idem*, pp. 577-578.
[710] Cfr.: ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*, pp. 187-188; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Reflexões sobre direito administrativo*, p. 199; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 444; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*, pp. 285-286; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, pp. 144-145; CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*, v. III, p. 192; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, pp. 233-235; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*, pp. 123 e 183; GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*, pp. 136-138; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, pp. 377-378; LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*, p. 91; MASAGÃO, Mário. *Natureza jurídica da concessão de serviço público*, pp. 8-11, e *Curso de direito administrativo*, p. 152; MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*, p. 225;

Antes de indicar o conceito de autorização a ser adotado neste estudo, convém apresentar alguns posicionamentos de autores estrangeiros.

Na Itália, Ranelletti define a autorização como um ato que, no caso concreto, permite o exercício ou a aquisição de um direito. A autorização, então, remove o limite que a lei impôs como condição para o exercício ou aquisição do direito.[711] Umberto Fragola segue os ensinamentos de Ranelletti e inclui a licença de polícia nessa categoria (Ranelletti também fazia menção à licença ao explicar o conteúdo da autorização).[712] Cino Vitta atribui a Ranelletti os louros pela definição da autorização e aduz que ela pode ser vinculada ou discricionária.[713]

Vale destacar que esse conceito de autorização (como forma de remover um obstáculo ao exercício de um direito já existente), fundado nas lições de Ranelletti, é tradicional na doutrina italiana, sendo acolhido por diversos autores.[714] Porém, de acordo com Giampaolo Rossi, essa concepção está em crise, pois a doutrina e a jurisprudência identificaram casos em que a autorização possui um efeito constitutivo de uma situação não preexistente. Nesse sentido, a autorização seria o ato que confere o direito a um sujeito que possui a legitimidade para requerer tal provimento. Conforme esse professor da Universidade de Roma, a autorização pode ser vinculada ou discricionária.[715]

No direito espanhol, convém expor a lição de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández. Para os autores, há uma série de atos com denominações distintas (licenças, autorizações, vistos, habilitações etc.) que possuem um denominador comum: uma atividade privada é previamente consentida pela Administração Pública em função do interesse público que a norma legal tutela em cada caso. Esses atos foram

---

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, pp. 372-373; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 164; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 176; PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Regime jurídico das licenças*, pp. 16-18; POMPEU, Cid Tomanik. *Autorização administrativa*, pp. 199-200; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Estudos sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*, p. 176.

[711] RANELLETTI, Oreste. *Teoria degli atti amministrativi speciali*, pp. 21-22.

[712] FRAGOLA, Umberto. *Gli atti amministrativi*, p. 94.

[713] VITTA, Cino. *Diritto amministrativo*, t. I, pp. 332-333.

[714] Em igual sentido, cfr.: ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*, t. I, p. 357; DE VALLES, Arnaldo. *Elementi di diritto amministrativo*, p. 193; IRELLI, Vincenzo Cerulli. *Lineamenti del diritto amministrativo*, p. 448; VIRGA, Pietro. *Il provvedimento amministrativo*, pp. 44-58.

[715] ROSSI, Giampaolo. *Principi di diritto amministrativi*, p. 312.

incluídos pelos autores na categoria genérica de *autorização*.[716]

Para Enterría e Fernández, a concepção clássica de autorização pode ser diferenciada em duas posições. A primeira, defendida por Otto Mayer, postula que a autorização levanta uma proibição geral, previamente estabelecida pela norma de polícia. Pela segunda, de Ranelletti, a autorização remove os limites para o exercício de um direito preexistente do sujeito privado. Nesse último caso, a autorização possui um caráter declaratório. Na concepção dos autores espanhóis, a realidade demonstra ser bem mais complexa que as duas construções por eles citadas, principalmente a tese de Ranelletti. Eles entendem que, no cenário atual, é preciso formular um conceito de autorização capaz de compreender todas as suas variedades, sem prejuízo de uma especificação posterior de cada tipo. Assim, definem a autorização como o ato da Administração por meio do qual esta consente a um particular o exercício de uma atividade privada, inicialmente proibida para fins de controle administrativo do seu exercício. A autorização é, nessa linha, um ato constitutivo.[717]

Os juristas espanhóis trazem algumas classificações das autorizações. No presente trabalho, vale fazer menção à distinção entre autorizações discricionárias e autorizações vinculadas.[718]

Ainda na doutrina espanhola, Juan Alfonso Santamaría Pastor faz considerações semelhantes às de Enterría e Fernández, inclusive em relação às duas construções doutrinárias sobre a autorização (de Otto Mayer e de Ranelletti). Conclui, porém, que as diferenças entre tais posições são apenas de perspectiva (e de ideologia política). Santamaría Pastor igualmente diferencia as autorizações em vinculadas e discricionárias.[719]

As posições citadas no direito italiano e espanhol já se mostram suficientes para indicar que o instituto da autorização não é tratado de modo igual pela doutrina estrangeira e brasileira.

---

[716] ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*, t. II, pp. 133-135.
[717] *Idem*, pp. 135-137.
[718] *Idem*, pp. 142-144.
[719] PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Princípios de derecho administrativo general*, v. II, pp. 270-276.

2.2. A definição ampla de autorização

Como foi possível verificar em relação à autorização, duas questões principais se colocam. Em primeiro lugar, cabe indagar qual é o conteúdo do ato, se mera liberação de atividade privada e de uso de bem, ou se também é possível haver a delegação de serviço público. Em segundo, cabe perquirir qual é a natureza da competência para a sua emissão, se vinculada ou discricionária.

No que se refere ao conteúdo do ato, não há controvérsia quanto ao fato de que a autorização é um ato administrativo unilateral que possibilita o exercício de uma atividade situada no domínio privado. É por isso que a doutrina italiana afirmava que havia um direito preexistente.

A rigor, o que há é o *direito fundamental de liberdade de exercício de atividade privada* não vedada pela ordem jurídica. Assim, qualquer pessoa possui o direito de exercer uma atividade econômica, sendo necessária a autorização sempre que a lei assim o exigir (art. 170, parágrafo único, da CF). A autorização é, nessa hipótese, um ato típico da atividade administrativa ordenadora.[720] Por isso se pode qualificá-la, aqui, como ***autorização ordenadora***.

Também não há dúvidas quanto ao fato de a Administração poder autorizar o uso de bem público por sujeitos privados. Discute-se apenas qual é a diferença entre a autorização e a permissão de uso de bem público, já que ambas seriam, a princípio, passíveis de revogação a qualquer tempo. Porém, essa questão não é relevante para os fins deste estudo. Aqui, o que importa é destacar que a figura da ***autorização de uso de bem público*** é amplamente aceita.

Em função principalmente do disposto no art. 21, XI e XII, e no art. 223 da Constituição, a maioria da doutrina brasileira tem admitido a ***autorização de serviço público***.[721] Nesse caso, não se trata de consentimento para que um sujeito exerça uma atividade situada no domínio privado, ou então para que utilize um bem público. A função da autorização, nessa hipótese, é de *transferir uma* ***competência administrativa***, qual seja, *as situações jurídicas concernentes à prestação de serviço público*.[722] O que

---

[720] Sobre a atividade ordenadora, cfr. Cap. II, item 4.2.

[721] Em sentido contrário, vide: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, p. 221; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, p. 441 e ss.

[722] Os seguintes autores admitem a autorização como forma de delegação de serviço público, embora haja

existe é discussão quanto às características desse ato de delegação, mas isso será abordado no tópico 2.3 abaixo.

Quanto à natureza vinculada ou discricionária do ato de autorização, o que se percebe é que a Lei Maior não diferencia a licença da autorização. Muito pelo contrário, os termos do art. 170, parágrafo único, do Texto Constitucional parece fazer menção à autorização em seu sentido amplo, podendo ser discricionária ou vinculada (licença). A Constituição somente utiliza o vocábulo "licença" (com o sentido de ato que libera o exercício de atividade material) em duas passagens. Nos dois casos, veda-se a previsão de licença para condicionar: (i) a livre expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 5º, IX); e (ii) a publicação de veículo impresso de comunicação (art. 220, § 6).

Por isso, concorda-se com Almiro do Couto e Silva, quando assevera que ficou "portanto, ao legislador ordinário a tarefa de atribuir ao conceito de 'autorização' contornos mais definidos, os quais tanto poderão caracterizá-la como ato discricionário, quanto como ato vinculado, e, pois, como licença".[723]

Com efeito, a atribuição da característica da "discricionariedade" à autorização existe apenas para diferenciá-la da licença, que seria vinculada. Embora cientificamente correta, o fato é que a importância da distinção – a identificação da natureza da competência para se permitir o exercício de atividade material – não possui uma utilidade prática. O que se verifica é que o legislador ora usa a expressão "autorização" como ato vinculado, ora como discricionário. Aliás, a distinção fundada na natureza da competência tem, em verdade, prejudicado a aplicação do instituto nas situações concretas. Por vezes, apesar de a denominação "autorização", a lei não confere discricionariedade à Administração. Apesar disso, há aplicadores que pretendem revogar essas "autorizações", sem indenização, sob o argumento de que é da natureza

---

divergências quanto aos aspectos mencionados no item 2.2.3 deste Capítulo: ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*, pp. 187-188; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Reflexões sobre direito administrativo*, p. 199; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, pp. 706-707; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*, pp. 285-286; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, pp. 233-235; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*, p. 123; GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*, p. 136; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, pp. 792-793; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, pp. 311-312; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Estudos sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*, pp. 175-178.

[723] COUTO E SILVA, Almiro. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público "à brasileira"? *Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]*, v. 27, nº 57, p. 233.

desse ato a discricionariedade e a precariedade.

Ressalte-se que há outros autores brasileiros que, principalmente a partir da LGT, defendem a natureza vinculada ou discricionária da autorização.[724]

Em suma, é possível definir a autorização, em sentido amplo, como sendo ***o ato administrativo unilateral que possibilita o exercício de atividade material pelo sujeito privado***. Como modalidades de autorização, há a *autorização ordenadora*, a *autorização de uso de bem público* e a *autorização de serviço público*. Quanto à natureza da competência para a edição do ato de autorização, ela poderá ser vinculada ou discricionária, conforme previsto em lei, regulamentos e demais atos administrativos normativos.

Cabe agora verificar quando será possível utilizar a autorização para a delegação de um serviço público.

2.3. O conceito constitucional de autorização de serviço público

Como já foi destacado acima, a doutrina brasileira tem reconhecido a utilização da autorização como uma forma de delegar a prestação de serviços públicos. Esse reconhecimento existe por conta da redação dos arts. 21, XI e XII, e 223 da Constituição Federal.

As dúvidas que existem em relação à autorização de serviço público dizem respeito não tanto à sua possibilidade, mas sim à sua *função*.

Para alguns autores, a autorização se destinaria a delegar, em caráter eventual e emergencial, a prestação de um serviço público. É a linha de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem esta é a única forma de conciliar o art. 175 (que prevê a regra geral da concessão e permissão) e os arts. 21, XI e XII, e o art. 223 da Lei Maior. Ressalte-se ainda que, para o autor, a autorização dos arts. 21, XI e XII, e 223 também tem o significado acima indicado para as *autorizações ordenadoras*, que teriam cabimento quando a atividade constante nos dispositivos citados não fosse voltada aos administrados em geral (ex.: radioamador e interligação de empresas por cabos de fibras

---

[724] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, p. 218 e ss.; CÂMARA, Jacintho Arruda. Autorizações administrativas vinculadas: o exemplo do setor de telecomunicações. *Direito administrativo e seus novos paradigmas*, pp. 631-632; MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995 (parte geral)*, p. 68.

óticas).[725]

Maria Sylvia Zanella Di Pietro acrescenta que, justamente por ser a autorização "de serviço público" do art. 21, XI e XII, dada no interesse exclusivo do particular, é que não há que se falar em delegação de prerrogativas públicas.[726]

Por outro lado, Almiro do Couto e Silva defende uma linha diversa. Após analisar os atos legislativos que dispõem sobre a autorização em energia elétrica, telecomunicações e transportes, chega à conclusão de que há a autorização de serviços públicos. Nessas hipóteses, o autor afirma haver duas formas de conciliar o instituto com o princípio da isonomia: (i) realizar licitação pública; ou (ii) atribuir a natureza vinculada à autorização.[727]

Egon Bockmann Moreira vai mais longe e sustenta ser a autorização um *tertium genus*: não é o regime próprio dos tradicionais serviços públicos, nem do extrato comum das atividades econômicas privadas. Trata-se de uma autorização para o exercício de tarefas econômicas de titularidade da União (apenas as previstas nos incisos XI e XII do art. 21). A finalidade dessas autorizações consiste em submeter essas atividades ao direito privado administrativo combinado com as exigências típicas do mercado competitivo. Essas autorizações ora serão vinculadas, ora discricionárias (respeitando o princípio da isonomia e da razoabilidade). E, a depender do caso concreto, as autorizações terão a natureza de ato administrativo contratual ou de contrato administrativo de adesão.[728]

Diante dos posicionamentos acima, concorda-se com Celso Antônio Bandeira de Mello quando assevera que a autorização de serviço público poderá ser utilizada para a delegação temporária e precária de um serviço público. Ela terá lugar em situações emergenciais, a serem avaliadas discricionariamente pelo administrador. E, mesmo assim, elas terão a duração necessária para a retomada do serviço pelo Poder Público, ou para a realização de nova licitação para a concessão ou permissão.

Mas também não é possível descartar uma autorização de serviço público, em

---

[725] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, pp. 706-707.
[726] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*, p. 138.
[727] COUTO E SILVA, Almiro. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público "à brasileira"? *Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]*, v. 27, nº 57, p. 227 e ss.
[728] MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995 (parte geral)*, pp. 68-70.

que este será prestado de modo contínuo pelo autorizatário. O legislador poderá prever uma autorização de serviço público, desde que sejam satisfeitas algumas condições.

Primeiramente, a autorização terá ***natureza unilateral***. Vale destacar que, se em relação à permissão de serviço público o constituinte foi expresso ao atribuir a natureza contratual, o mesmo não ocorre com a autorização. Por isso, a significação mínima do instituto é de se tratar de um ato unilateral, produzido pela Administração Pública. A autorização sempre teve essa natureza, não havendo razão para reputar que o constituinte fez menção à autorização em sentido diverso.

Nesse sentido, o legislador infraconstitucional foi infeliz ao prever, no caso de terminais de uso privado, a formalização da autorização por meio de "contrato de adesão" (art. 2º, XI, e art. 8º, § 1º, da MP 595/2012). Esse modo de formalização da autorização já existia na revogada Lei 8.630/1993 e foi inserida com o objetivo de garantir estabilidade ao ato e, com isso, possibilitar a realização de financiamentos pelos titulares de terminais. No entanto, essa estabilidade é garantida com a ***vinculação*** do ato, que é o segundo requisito para a autorização de serviços públicos.

Assim, a competência para editar a autorização de serviço público deverá ser ***vinculada***, *a fim de garantir o* ***princípio da isonomia***. Isso, porém, só terá sentido quando *for* ***tecnicamente possível*** *e* ***conveniente para a realização dos princípios da universalidade e da adequação****, que o maior número possível de interessados venha a prestar o serviço, atuando num regime de competição*. Ou seja, a situação relativa à oferta do serviço deverá ser tal, *a ponto de levar o Estado a prever – a partir de estudos específicos – que a melhor forma de garantir a universalidade do serviço público e a sua adequação (o que significa regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, cortesia e modicidade tarifária) é pela autorização a diversos particulares que atendam aos requisitos fixados em lei*.

Numa situação diversa, qual seja, a de que o número de potenciais interessados em prestar o serviço é superior ao que seria mais eficiente em termos de oferta do serviço, *a autorização* ***não será*** *o instrumento cabível*, mas sim *a* ***concessão*** *ou a* ***permissão****,* ***precedidas de licitação pública***.

Foi essa a finalidade da Lei 12.743/2012 ao alterar a Lei 10.233/2012 (mais especificamente, o art. 13, V, "d", e parágrafo único, e o art. 14, III, "i"), que introduziu a outorga de transporte de cargas por meio de operador ferroviário independente. Como

esse serviço está desvinculado da exploração da infraestrutura ferroviária, o objetivo é que os diversos operadores concorram entre si e utilizem a infraestrutura ferroviária a ser concedida para outros sujeitos. Com isso, espera-se que a universalização e a adequação sejam observadas.

Outro requisito importante consiste nos serviços públicos passíveis de autorização. A regra geral na matéria é que, para a delegação a particulares, seja utilizada a concessão e a permissão, conforme prevê o art. 175 da Constituição. Se um Estado pretender delegar algum serviço público de sua titularidade (ex.: transporte intermunicipal de passageiros) por meio de autorização, ele não poderá. O mesmo vale para o Distrito Federal e para os Municípios. Isso porque ***a autorização de serviços públicos está admitida apenas para os serviços previstos no art. 21, XI e XII, da Constituição, todos de titularidade da União***. Do contrário, se fosse possível a entes políticos diversos da União delegar serviço público por meio de autorização, tal instituto estaria previsto no art. 175 da Lei Maior.

Por isso, somente cabe a autorização dos seguintes serviços públicos titularizados pela União: (a) telecomunicações; (b) radiodifusão sonora, e de sons e imagens; (c) serviços e instalações de energia elétrica e aproveitamento energético dos cursos de água; (d) navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária; (e) transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; (f) transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; (g) portos marítimos, fluviais e lacustres.

Outro requisito de extrema relevância é que o autorizatário, ao prestar o serviço, o fará ***em nome próprio***, tal como qualquer outro prestador de serviço público. Logo, incide aqui o art. 37, § 6º, da Constituição. Porém, mais do que isso, por se tratar de uma ato administrativo unilateral de autorização – não estando presente o direito à intangibilidade da equação econômico-financeira (art. 37, XXI, da CF) –, o autorizatário irá prestar ***o serviço por sua conta e risco***, no sentido original dessa expressão. Ele deverá suportar os riscos ordinários e extraordinários desse empreendimento.

Por fim, há um requisito de extrema relevância. O autorizatário, enquanto pessoa que está prestando serviço público (isto é, por exercer função administrativa), ***estará submetido – quanto ao exercício da atividade – ao direito público***. Se a atividade é parcela de função administrativa, então o direito público incide sobre ela.

Quando se concorda com o conceito de direito público exposto no Capítulo I, item 2.4, não é possível negar essa assertiva. Por isso, não é possível falar em direito privado administrativo, expressão já criticada neste estudo.[729]

Uma das principais consequências disso reside ***na proteção à situação jurídica do usuário (tal como mencionada no item 4.2 do Capítulo V), a qual não poderá ser afastada***. É isso que o regime de direito público visa a proteger. Se isso for assegurado e as condições mencionadas estiverem presentes, o legislador ordinário poderá permitir a delegação dos serviços públicos previstos no art. 21, XI e XII, da Constituição por meio da autorização.

Nesse sentido, a única interpretação conforme a Constituição que se pode atribuir à LGT, quando trata da prestação dos serviços de telecomunicações no regime privado (art. 65, II, § 1º, art. 126 a 131, dentre outros), é o de que os autorizatários atuarão de modo competitivo, estabelecendo suas tarifas de modo livre. Falar em regime privado de prestação significaria afastar o direito público das relações entre autorizatários e usuários, o que não se mostra possível em face da Constituição brasileira de 1988. O legislador ordinário não possui discricionariedade para afastar o regime protetivo de direito público.

Em face do exposto, a autorização de serviço público, sob a perspectiva constitucional, consiste no ***ato administrativo unilateral que delega a competência administrativa de prestar os serviços públicos previstos no art. 21, XI e XII, da Constituição, em nome do autorizatário e por sua conta e risco, sujeito ao regime de direito público***.

A autorização de serviço público poderá assumir duas modalidades: (i) ***discricionária****, quando se tratar da prestação de serviço público para atender a situação emergencial, tendo natureza precária*; e (ii) ***vinculada****, quando a pluralidade de diversos prestadores for a melhor forma de realizar os princípios da universalidade e da adequação*.

3. As situações jurídicas dos autorizatários de serviço público

Antes de especificar os poderes, direitos, deveres e sujeições dos autorizatários,

[729] Vide Cap. II, item 2.

é preciso lembrar que tais pessoas de direito privado terão uma ***situação jurídica estatutária***. A autorização de serviço público é um ***ato-condição***.[730] É evidente que, como todo ato individual e concreto, há especificações que constam no próprio ato. Mas isso não afasta a sua natureza de inserir a pessoa numa situação jurídica estatutária, qual seja, a de autorizatário de serviço público.

Assim, ao se tornar um autorizatário, a pessoa de direito privado passa a ser titular de diversos poderes, direitos, deveres e sujeições que decorrem das normas gerais e abstratas constantes na Constituição, na lei, no regulamento e demais atos administrativos normativos do Poder Público. Portanto, suas situações ativas e passivas poderão ser diversas, a depender da legislação vigente.

Deve ser destacado ainda que, tal como ocorre com os concessionários e permissionários, os autorizatários também são partes de, ao menos, duas relações jurídicas: (a) com o Poder Público; e (b) com os usuários.

3.1. Situações ativas

3.1.1. Direitos a prestações

A partir do momento em que um sujeito privado se torna autorizatário[731] de serviço público, surgem vários direitos a algo previstos nas normas gerais e abstratas introduzidas pela Constituição, pelas leis e demais atos administrativos normativos.

Desses, o mais importante consiste no *direito de prestar o serviço com autonomia*. A prestação do serviço público em nome próprio – e por sua conta e risco – somente tem sentido quando há autonomia na gestão da atividade, tal como ocorre na concessão e na permissão. Esse é um direito do autorizatário oponível em face de qualquer pessoa, pública ou privada.

Além disso, o autorizatário também possui o direito de obter uma remuneração pela exploração do serviço. Ressalte-se que, aqui, o autorizatário não possui um direito à remuneração, pois é possível que ninguém queira utilizar o serviço público por ele

[730] Sobre os atos subjetivos e atos-condição, cfr. Cap. V, item 4.1.

[731] Vale destacar que, na autorização vinculada, o particular tem o direito a que a Administração edite a autorização, caso ele cumpra os requisitos previstos nas normas gerais e abstratas. Tal direito não foi inserido no corpo do texto, porque se trata de direito a algo anterior à aquisição da situação jurídica de autorizatário.

ofertado, mas sim por outro autorizatário. E, ainda que se verifique uma álea extraordinária durante a execução do serviço, ele não terá sequer o direito à manutenção da equação econômico-financeira, pois esta não existe na autorização de serviço público. Mas, sem dúvida, ele possui o direito de explorar a atividade e cobrar por ela.

Tal como ocorre na concessão e na permissão, o exercício de poderes da Administração pode levar ao exercício de uma série de direitos pelo autorizatário. É o que ocorre quando a Administração instaura um processo administrativo destinado a aplicar uma sanção ao autorizatário, em que surge, para este, *v.g.*, os direitos ao contraditório e à ampla defesa.

No que se refere ao fim da autorização de serviço público, do mesmo modo que o autorizatário tinha liberdade para requerer a autorização, ele terá para *renunciar*.[732] Uma questão que poderá surgir aqui diz respeito à eventual reversibilidade dos bens. A princípio, não faz sentido, na autorização de serviço público, falar em reversibilidade. Isso porque esse instituto existe com o objetivo de garantir a continuidade do serviço público. Porém, como na autorização, em tese, existem vários autorizatários, a saída de um sujeito dessa atividade não afeta o princípio da continuidade.

Por isso, o art. 8º, § 3º, da MP 595/2012 não tem sentido quando prevê que, na autorização para a realização de atividade portuária, se o autorizatário renunciar ao ato, "a área e os bens a ela vinculados reverterão, sem qualquer ônus, ao patrimônio da União, nos termos do regulamento". Ora, é direito do autorizatário que os bens que ele construiu para desenvolver a atividade portuária continuem sendo de sua propriedade. Se a União pretende utilizá-los para prestar o serviço público portuário, deverá realizar o devido processo de desapropriação.

3.1.2. Poderes

Conforme descrito no item 2.3 acima, Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que, na autorização de serviço público, não há a delegação de poderes públicos. Com efeito, nas leis que dispõem sobre as autorizações, não se encontra a delegação de

[732] Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, p. 456), renúncia consiste "na extinção dos efeitos do ato ante a rejeição pelo beneficiário de uma situação jurídica favorável de que desfrutava em consequência daquele ato".

poderes administrativos para o autorizatário.[733]

Em verdade, somente é possível identificar um poder: o de configuração de efeitos inovadores, mais precisamente, aquele necessário para o acesso do usuário ao serviço público. Quando um operador de terminal portuário celebra um contrato com um usuário para a movimentação da carga deste, ele está exercendo um poder administrativo de configuração relativo ao acesso ao serviço.

Porém, nos atos legislativos relativos a telecomunicações, energia elétrica, portos e transportes, não se conseguiu identificar a possibilidade de delegação de outros poderes administrativos.

Assim, os poderes que o autorizatário possui não têm natureza administrativa. São direitos potestativos de outra natureza, como o de reclamar perante o Poder Público e os destinados a proteger sua situação jurídica.

3.2. Situações passivas

3.2.1. Deveres

Se, por um lado, não há a delegação de poderes administrativos, há, sem dúvida, a de deveres da Administração em relação ao serviço público. ***Os deveres do autorizatário serão a relação conversa dos direitos a prestações dos usuários***, conforme apontado no item 4.2 do Capítulo V.

Ressalte-se apenas que os deveres relacionados à universalidade e à adequação existirão nos termos das normas gerais e abstratas previstas na Constituição, nas leis e demais atos administrativos normativos.

Em relação ao princípio da adequação, os deveres de regularidade, de continuidade, de cortesia e de segurança são os mesmos dos demais prestadores privados de serviço público. O mesmo já não ocorre em relação aos deveres de eficiência, atualização e modicidade tarifária.

Os deveres relacionados à eficiência e à atualização deverão ser fixados em atos normativos e poderão ser alterados sempre que o Poder Público reputar conveniente ao interesse público. É por isso que a Lei 10.233/2001 prevê, em seu art. 47, que o

[733] As modalidades de poderes administrativos foram abordadas no Capítulo III, item 3.5.6(d).

autorizatário não tem direito às condições previstas no ato de outorga. Isto é: não há direito adquirido a regime jurídico. Aliás, é justamente esse um dos efeitos da situação jurídica estatutária.

No que se refere à modicidade tarifária, não há uma obrigação específica do autorizatário. A princípio, as tarifas são livres. Isso ocorre porque a finalidade é que a presença de diversos autorizatários, em regime de competição, realize o princípio da modicidade tarifária. Mas também não se pode descartar um cenário em que há tarifas máximas, em que os sujeitos privados concorrem dentro desse parâmetro. Tudo dependerá da forma de organização do serviço e se essa medida é a melhor ou não para realizar os princípios da universalidade e adequação.

3.2.2. Sujeições

Por fim, existem as sujeições dos autorizatários. Em primeiro lugar, há as sujeições em face dos usuários, que nada mais são do que a relação conversa dos poderes desses (vide item 4.2 do Capítulo V).

Mas, além disso, há as sujeições aos poderes da Administração relativos à fiscalização, à alteração das condições de prestação do serviço (por meio de atos normativos) e à extinção (cassação, decaimento).

CAPÍTULO IX – CONCLUSÕES

1. O objeto da pesquisa

Na Introdução, foi constado que qualquer pesquisa acerca do serviço público é algo extremamente difícil. Essa dificuldade deriva de algumas razões.

Em primeiro lugar, a doutrina nacional e estrangeira se dedica bastante a esse tema. A sensação é que nada mais há com o que contribuir para o desenvolvimento da noção e de seu regime jurídico, a não ser tratar das questões já postas pelos juristas e tomar partido por uma das correntes doutrinárias acerca de dado problema. O segundo ponto reside nas polêmicas inerentes ao instituto do serviço público. Isso ocorre porque o serviço público se relaciona não apenas com teses jurídicas, mas também com questões situadas em outros ramos do saber (economia, política etc.).

Essa observação leva ao seguinte problema: *por vezes, as teses relativas a aspectos do serviço público podem ter como fundamento argumentos que não estão propriamente situados na dogmática do direito, mas têm base em outras ciências*.

Ademais, essa dificuldade é potencializada quando se percebe, em diversos trabalhos, que *alguns conceitos jurídicos fundamentais – sejam eles relacionados à teoria geral do direito, à teoria do direito público ou, até mesmo, à teoria do direito administrativo – não são explicitados*.

A partir disso e tendo em vista a forma como a prestação de serviços públicos por empresas estatais, concessionários, permissionários e autorizatários é abordada na doutrina, percebeu-se haver um espaço para desenvolver uma pesquisa voltada à identificação do regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas.

Assim, a pergunta central deste estudo foi a seguinte: ***quais são as situações jurídicas ativas e passivas dos prestadores privados de serviço público criadas por normas de direito público***?

Essa pergunta vem acompanhada de outra: ***qual é a diferença entre essas situações jurídicas de direito público quando o prestador for um ente da Administração indireta ou um sujeito privado não integrante da estrutura***

administrativa (concessionários, permissionários e autorizatários)?

A tese, portanto, teve o propósito de responder a essas questões. Para a sua elaboração, partiu-se de uma abordagem metodológica fundada no direito positivo brasileiro. A análise, portanto, foi dogmática, e não zetética. E, mais do que isso, a aproximação a esse objeto foi orientada pelas três dimensões da dogmática expostas por Alexy, quais sejam, a dogmática analítica, empírica e normativa.

Com base nisso, chegou-se aos resultados sintetizados nos tópicos abaixo, conforme cada Capítulo.

2. Capítulo I – Das atividades estatais e o regime de direito público

O Capítulo I foi de extrema importância para o desenvolvimento deste estudo. Isso porque nele foram lançadas premissas fundamentais, que nada mais são do que a base de todo o raciocínio no âmbito do direito público. Um sumário dessas premissas consta abaixo.

A Constituição fez uma clara separação: de um lado, estão as atividades públicas, de titularidade do Estado; de outro, as atividades privadas. Essa distinção tem sido objeto de críticas improcedentes. Diferenciar as duas atividades é uma tarefa necessária: ao se estipular o campo próprio do Estado, todo o restante fica protegido contra as interferências ilegítimas que este venha a realizar no domínio privado. De outro lado, a fixação de um espaço próprio de tarefas estatais leva ao dever jurídico do Estado de buscar a sua realização. *E a relação conversa desse dever reside no direito dos indivíduos de exigir do Poder Público o seu cumprimento*. Ademais, a classificação das atividades em públicas e privadas tem *uma grande* ***importância jurídico-dogmática****: ela é o* ***critério*** *que distingue a* ***incidência das normas de direito público das de direito privado***.

Para saber quando uma atividade é pública *basta verificar na Constituição e nas leis* se a tarefa foi ou não atribuída ao Poder Público como sendo de sua ***titularidade***. Há, aqui, um ***princípio de competência***: se a atividade foi conferida pela ordem jurídica ao Estado, trata-se de atividade pública e, portanto, incide o direito público. Se a atividade não foi juridicamente reservada ao Estado, ela é livre aos sujeitos privados (***princípio de liberdade***), é de sua titularidade, sendo, pois, aplicável o

direito privado. Logo, ***será o próprio direito positivo*** *que indicará quando estará em pauta o direito público e o privado*. O critério é, por conseguinte, ***formal***. Aliás, em razão disso, o âmbito do direito público poderá ser maior ou menor, conforme seja o direito positivo de cada Estado.

Uma das consequências dessa constatação reside no fato de que todas as atividades públicas são ***funcionalizadas***, enquanto o mesmo não ocorre nas atividades privadas, em que apenas em certas situações haverá o exercício de função (privada). Ou seja, *as atividades estatais são sempre* ***funções públicas***.

Em vista das considerações acima, foi proposto o seguinte conceito de direito público: *conjunto de normas jurídicas que disciplina o* ***exercício das atividades públicas (ou das funções públicas)***. Nesse conceito, está implícito: *quem* exerce a atividade, *como* a exerce, qual o seu *conteúdo* e *quais os limites*.

Ressalte-se que o conceito de direito público acima apresentado não leva a uma identidade desse ramo com o exercício de poderes públicos. Em primeiro lugar, porque, como já destacado, o ***dever*** de realização de ***fins públicos*** domina o direito público. Em segundo, porque o Estado é *titular de outras situações ativas*, como direitos a prestações, sem que isso signifique submissão aos princípios do direito privado. ***As situações jurídicas ativas, enquanto estruturas, existem tanto num ramo como no outro***. A diferença é que, no direito público, todas as situações jurídicas ativas são *funções*; *o seu exercício, portanto, é obrigatório*.

De igual modo, quando se faz menção a "fins públicos" e "interesse público", adota-se uma concepção formal. Interesse público é aquele devidamente positivado na ordem jurídica a ser perseguido e protegido pelo Poder Público. Os interesses privados são os demais, podendo ter natureza egoística ou não.

O regime de direito público é caracterizado pela presença, na Constituição, de determinados princípios fundamentais, os quais delineiam o perfil do direito público brasileiro, quais sejam: (a) Estado Democrático e Social de Direito; (b) República; e (c) Federação. Isso pode ser traduzido pelo reconhecimento da existência, no sistema jurídico-positivo brasileiro, dos *princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e o da indisponibilidade do interesse público*.

No que se refere à aplicação do direito privado às atividades públicas, pode-se dizer que isso será possível. No entanto, é preciso alertar, em primeiro lugar, que ***é o***

direito público a base da atividade estatal e é ele que preside a sua lógica. O segundo ponto é que, a determinadas atividades públicas, ***não será aplicável o direito privado, seja qual for o caso***. O direito público incidirá com exclusividade. Aliás, isso não causa qualquer estranheza, tendo em vista que *o direito público é o regime característico e normal das atividades públicas*. É o que ocorre no âmbito das funções legislativa, jurisdicional e de governo.

Todavia, a algumas atividades ***administrativas*** será possível aplicar o direito privado.

A primeira hipótese consiste na aplicação do direito privado por ***força de determinação constitucional ou legal***, *desde que isso* ***não enfraqueça a situação jurídica dos administrados***. A segunda situação de aplicação do direito privado reside na verificação de lacuna ou dúvida interpretativa não suprida pelo direito público.

Portanto, toda atividade pública – pelo simples fato de ter sido assim qualificada pela ordem jurídica – é regida pelo direito público. O que cabe é a incidência do direito privado em hipóteses bastante específicas e, mesmo assim, desde que não implique prejuízo à situação jurídica dos indivíduos.

3. Capítulo II – Das atividades administrativas e do regime de direito administrativo

No Capítulo II, também foram estabelecidas premissas necessárias para o desenvolvimento do estudo.

Nele, foi proposta uma classificação das atividades administrativas, a partir de um ***critério formal*** (fundado no interesse público primário e secundário), em *atividades administrativas finalísticas* e *atividades administrativas instrumentais (ou meio).*

As atividades administrativas meio são aquelas que o Estado tem que realizar simplesmente por ser uma pessoa jurídica, a qual possui necessidades próprias a serem satisfeitas, tal como qualquer sujeito privado. É possível sistematizar as atividades instrumentais do seguinte modo: (a) atividade financeira do Estado; e (b) atividades de gestão interna. No primeiro grupo, estão as tarefas administrativas referentes ao orçamento público, à despesa pública e à receita pública. As atividades de gestão interna são aquelas voltadas para as necessidades da pessoa administrativa.

Por sua vez, as atividades administrativas finalísticas são as destinadas a atender ao interesse público primário. Com base no meio utilizado para realizar os fins públicos, pode-se diferenciar as atividades fins em ordenadora, promocional (ou de fomento) e prestacionais.

A ***atividade ordenadora*** é a tarefa administrativa de condicionar e restringir a autonomia privada. Na ***atividade promocional*** *ou de* ***fomento***, o Poder Público procura estimular a prática de *comportamentos privados*, sempre com o propósito de realizar fins públicos (técnica do encorajamento de condutas). A terceira e última tarefa administrativa finalística consiste na ***atividade prestacional***. Aqui, a Administração oferece aos administrados alguma utilidade ou comodidade. Isto é, na atividade prestacional, a Administração está obrigada a realizar uma *prestação de dar* ou *de fazer*, seja ela simplesmente material (ex.: saúde pública, construção de parques etc.), seja jurídica (ou seja, voltada para a produção de atos jurídicos, como no caso dos notários).

As atividades administrativas – por serem espécies das atividades públicas – *estão submetidas ao regime de direito público* (ex.: isonomia, razoabilidade, devido processo legal etc.). Mas, além disso, elas *deverão observar o* ***regime de direito administrativo***, o qual é caracterizado pela sujeição aos *princípios da legalidade* e do *controle de juridicidade pelo Poder Judiciário*.

Vale destacar que o princípio da legalidade administrativa implica *o dever da Administração de atuar em conformidade (formal e material) com as normas jurídicas veiculadas por meio de lei (ato legislativo)*. Como uma modulação do princípio da legalidade, há a presença, no direito administrativo brasileiro, de relações de sujeição especial e de sujeição geral.

Como as atividades administrativas são disciplinadas pelo direito público-administrativo, ***não existe atividade administrativa de direito privado***. Por isso, não se concorda com a utilização da teoria alemã do direito privado administrativo no direito brasileiro.

Diante do perfil do direito administrativo brasileiro – *voltado à proteção e promoção das situações ativas dos administrados* – é preciso ter muita cautela ao se falar na aplicação do direito privado no âmbito da função administrativa. ***O direito privado não confere aos administrados maiores benefícios do que o direito público***.

Isso, porém, não significa que o direito privado não possa incidir no âmbito de

atuação da Administração Pública. Ressalte-se que essa incidência, respeitadas as vinculações de direito público, *somente ocorrerá se isso trouxer maior eficiência na execução de atividades administrativas*.

Em relação às atividades administrativas instrumentais, o direito privado somente poderá ser aplicado nas tarefas de gestão interna. No que tange às atividades administrativas finalísticas, em duas delas será possível haver incidência do direito privado: na *atividade promocional* e na *atividade prestacional*. E isso ocorrerá em dois aspectos: *organizacional* e *funcional*.

Sob o *aspecto organizacional*, a Administração Pública poderá se valer de empresas estatais e fundações estatais de direito privado para executar as atividades de fomento e prestacional. O direito privado incidirá, aqui, de modo indireto: o conteúdo da atividade será regido pelo direito público, mas a organização da pessoa que a executa poderá ser de direito privado, ainda que com derrogações de direito público.

Por outro lado, sob o ponto de vista do conteúdo da atividade (aqui denominado de *funcional*) o direito privado poderá igualmente incidir no âmbito das atividades de fomento e prestacional (ex.: linhas de crédito benéficas; aplicação subsidiária da teoria dos contratos privados aos contratos de concessão de serviços públicos).

Por fim, o direito privado não poderá ser aplicado, nem mesmo subsidiariamente, à atividade ordenadora. A existência de uma relação de sujeição geral e a necessidade de proteção à situação jurídica dos administrados leva à incidência total do direito público.

4. Capítulo III – Da descentralização administrativa

Neste Capítulo, foi desenvolvida a teoria da descentralização administrativa, que nada mais é do que um segmento da teoria da organização do Estado.

Na ***descentralização*** (seja ela política ou administrativa), *há a transferência do dever de realizar uma tarefa (bem como das situações jurídicas ativas e passivas disso decorrentes) de uma pessoa pública para outra pessoa (pública ou privada).* Na descentralização política, a descentralização é feita pela própria Constituição a pessoas jurídicas com autonomia política. Já na descentralização administrativa, o fundamento

da transferência de competências públicas é a lei, ainda que se mostre necessário produzir um ato infralegal de delegação.

A ***descentralização administrativa*** *é a transferência de* ***competências público-administrativas*** *a* ***outras pessoas****, naturais ou jurídicas, de direito público ou privado*.

Diante disso, foi necessário examinar, com profundidade, o conceito de competência público-administrativa. O que se percebeu durante a pesquisa é que os conceitos apresentados pelos diversos autores (nacionais e estrangeiros) não são uniformes e ora focam nas atribuições do Estado, ora no conjunto de deveres e de poderes.

Neste estudo, identificou-se as *atribuições* com as *tarefas públicas*, isto é, com as ***atividades estatais*** *previstas na Constituição e nas leis* (exploração de ferrovias, produção de atos que conferem certeza jurídica a negócios privados, edição de atos administrativos gerais e abstratos etc.). As atribuições (as tarefas estatais, as atividades públicas) são – para usar uma expressão kelseniana – a *esfera* ***material*** *de validade* das normas jurídicas que conferem às pessoas públicas tais situações ativas e passivas. Esse ***conjunto de situações ativas e passivas*** *conferidas pela ordem jurídica às pessoas e órgãos públicos (e manifestados por agentes públicos), relacionado a determinadas* ***atribuições estatais****, é a* ***competência pública***. A competência pública é, por conseguinte, uma *qualificação subjetiva* do ente ou órgão público, a ser exercida pelos agentes públicos.

O instituto da ***competência pública*** (aqui incluída a competência público-administrativa) tem como finalidades: (a) delimitar o campo de atuação do Estado, deixando as demais atividades livres aos sujeitos privados; e (b) servir como um processo técnico de promoção da eficiência, ao dividir as tarefas estatais entre os diversos entes e órgãos públicos.

A *competência público-****administrativa*** foi definida como sendo *o* ***conjunto de situações ativas*** *e* ***passivas*** *da pessoa ou órgão público (ainda que exercida por pessoas de direito privado) relativamente a determinadas atribuições* ***administrativas****, nos termos fixados pela* ***ordem jurídica***.

A Constituição disciplina a competência administrativa de dois modos. Em primeiro lugar, *ela prevê as atividades administrativas*. E, em segundo lugar, ela estabelece principalmente os ***deveres da Administração*** concernentes às atribuições

administrativas. Trata-se da estipulação do regime jurídico de direito administrativo, ***não cabendo ao legislador reduzir esse grupo de deveres públicos ou afastá-los, pois não possui sobre eles qualquer disponibilidade***. Admitir essa discricionariedade legislativa representaria reconhecer a possibilidade de um ato de hierarquia inferior (a lei) poder excluir competências fixadas pela Constituição.

Dessa forma, caberá ao Poder Legislativo – no exercício de sua competência legislativa – prever as situações jurídicas ativas da Administração (principalmente os poderes unilaterais) e disciplinar aquelas já estabelecidas no Texto Constitucional. Ademais, a lei também deverá especificar as situações passivas contidas na Constituição e criar outras obrigações que se mostrem adequadas.

Como mencionado, o conceito de competência administrativa envolve a presença de *situações jurídicas*. Neste estudo, ***situação jurídica*** *é o conjunto das* ***posições ativas*** *e* ***passivas*** *de um* ***sujeito*** *no âmbito de uma* ***relação jurídica*** *(em sentido amplo)*. A definição apresentada acima traz duas complexidades.

A *primeira* reside na utilização do conceito de *relação jurídica* como um dos elementos caracterizadores da situação jurídica. Ressalte-se que se referiu à relação jurídica em seu *sentido amplo*: trata-se, portanto, de ***qualquer estrutura relacional*** *no direito, em que seus termos são* ***sujeitos de direito***. Esse é o sentido amplo de relação jurídica proposto por Lourival Vilanova e aqui adotado.

A *segunda* complexidade do conceito de situação jurídica diz respeito à expressão "posições ativas e passivas". Usa-se "posição" para indicar o *termo* da relação jurídica *simples*, seja esse termo *referente* (ou antecedente) ou *relato* (ou consequente). E, quando se faz alusão a "posição ***ativa*** e ***passiva***", remete-se ao complicado tema dos direitos subjetivos e poderes (posições ativas), de um lado, e dos deveres e sujeições (posições passivas), de outro.

Nesse sentido, adotadas as premissas de Robert Alexy sobre os direitos subjetivos, no grupo das situações jurídicas ativas (ou "direitos subjetivos em sentido amplo") se encontram as seguintes categorias: (a) ***direitos a algo*** (direitos a prestações, direitos subjetivos em sentido estrito); e (b) ***poderes*** (potestades, direitos formativos, direitos potestativos). O direito a algo consiste numa posição em que um sujeito (ativo) pode exigir um comportamento (positivo ou negativo) de outro sujeito (passivo). Já o poder é a posição ativa capaz de alterar a situação jurídica de alguém. A relação

conversa dos direitos a prestações e dos poderes correspondem, respectivamente, aos ***deveres*** e às ***sujeições***.

A partir do conceito de "poder", o *poder administrativo* foi definido como a posição ativa em que o Poder Público (ou quem lhe faça as vezes), no exercício de função administrativa, modifica a situação jurídica do sujeito passivo. Neste estudo, foi realizada a seguinte proposta de tipologia dos poderes administrativos: (a) *poder* ***normativo***; (b) *poder* ***de configuração de efeitos inovadores***; (c) *poder* ***de emissão de atos conferindo certeza jurídica, segurança jurídica ou força probatória especial***.

As competências públicas possuem cinco características. Elas são: (i) de exercício obrigatório (trata-se do efeito vinculativo da competência); (ii) irrenunciáveis; (iii) indisponíveis; (iv) imodificáveis; e (v) imprescritíveis.

Uma vez apresentada a teoria das competências público-administrativas, passou-se para a análise das pessoas descentralizadas, que poderão ser naturais e jurídicas, de direito público ou privado.

As pessoas jurídicas de direito público foram definidas como um centro de imputação de normas públicas. Uma pessoa jurídica de direito público é aquela cujas situações ativas e passivas dizem respeito sempre a uma atividade pública. É um ente que, necessariamente, está no exercício de uma função pública. Em se tratando de pessoas administrativas públicas, esse regime será o de direito administrativo.

Por outro lado, uma pessoa jurídica privada é um termo aglutinador de normas de direito privado. Esse é o seu regime jurídico característico e normal. Logo, a criação, a organização e a extinção das pessoas jurídicas de direito privado seguem a legislação civil, em especial o Código Civil de 2002. Todavia, em situações específicas, o direito público irá derrogar o regime de direito privado. É o caso das empresas estatais e das fundações estatais de direito privado, que são entes integrantes da Administração indireta do Estado.

Em seguida, foi pontuado que a descentralização administrativa nada mais é do que uma técnica de organização administrativa. É, pois, um mecanismo voltado para a melhor execução das tarefas públicas. O objetivo da descentralização administrativa é simples: ***ser um meio para que o Poder Público possa transferir suas competências para outras pessoas, por considerar que, em tese, tal medida levará a uma melhor execução das atividades públicas***. Em última análise, o objetivo é proporcionar uma

melhora na realização das atribuições públicas, sempre tendo em vista o benefício dos administrados.

A descentralização administrativa, seja qual for a modalidade, possui determinadas características.

Em primeiro lugar, *somente haverá descentralização quando ocorrer transferência de competências administrativas entre sujeitos de direito*. A descentralização administrativa pressupõe duas pessoas diferentes: uma titular originária da competência e outra, descentralizada. Na descentralização, não há vínculo de hierarquia entre esses dois sujeitos, o que não afasta uma relação de controle entre o ente descentralizador e o descentralizado. Na relação entre a Administração direta e a Administração indireta, esse vínculo é denominado de *tutela*, cujos limites estão fixados na lei que criou ou autorizou a criação da pessoa administrativa descentralizada.

Ademais, a descentralização leva a uma transferência de ***competências administrativas***. Trata-se, pois, da transferência, com base em lei, de um ***bloco de situações ativas e passivas relativas a uma atribuição administrativa*** de um ente público para outro sujeito de direito. Este passará a ser, conforme o caso, o *titular* de tais situações ativas e passivas (se pessoa jurídica de direito público), ou então deverá apenas *exercer* tais situações (pessoas privadas, sejam ou não da Administração Pública indireta). Então, embora por uma questão de pragmatismo linguístico se afirme haver uma descentralização de atividades administrativas (de tarefas ou de atribuições), sob o ponto de vista jurídico, *o que ocorre é uma descentralização de* ***competências administrativas***, ou seja, de um conjunto de situações jurídicas ativas e passivas que incidem sobre determinada atribuição administrativa.

A doutrina tem diferenciado três tipos de descentralização administrativa: (i) a descentralização territorial (ou geográfica); (ii) a descentralização técnica (ou funcional); e (iii) a descentralização por colaboração. No Brasil, embora admitida pela ordem jurídica, a descentralização territorial não tem sido colocada em prática; por isso, esse tema não foi aprofundado.

A descentralização técnica é aquela em que a pessoa política cria uma pessoa jurídica de direito público ou privado, a qual será integrante da Administração Pública indireta, com o propósito de descentralizar uma competência administrativa específica.

A descentralização por colaboração consiste na transferência de competências

administrativas a pessoas privadas não integrantes da Administração Pública indireta, naturais ou jurídicas, realizada sempre mediante ato administrativo (unilateral ou bilateral). Aqui, o ato administrativo irá delegar uma competência administrativa a um sujeito privado não integrante da Administração Pública do ente titular da atividade.

No que se refere ao regime de descentralização no âmbito das atividades administrativas, *será sempre possível a descentralização técnica para pessoas jurídicas de direito público*.

Quanto à descentralização funcional para pessoas de direito privado (empresas estatais e fundações estatais privadas), é preciso analisar cada atividade administrativa. Na atividade ordenadora, em que há uma relação de sujeição geral entre Poder Público e administrados, o Estado sempre deverá aplicar o regime de direito público, sem exceções. Isso implica ser possível a descentralização técnica apenas para pessoas jurídicas de direito público. Já em relação às demais atividades finalísticas, a descentralização técnica a pessoas privadas será possível.

No que tange à descentralização por colaboração, *ela não será possível no âmbito das atividades instrumentais, ordenadora e fomentadora*. ***Apenas nas atividades prestacionais***, será possível haver uma delegação de competências administrativas por meio de ato infralegal.

Em suma, ***nas atividades prestacionais, serão possíveis todas as formas de descentralização administrativa***, inclusive aquelas em que a transferência de competências administrativas ocorre para pessoas privadas não integrantes da Administração Pública indireta.

5. Capítulo IV – Do conceito de serviço público

No Capítulo IV, foi feita a estipulação do conceito de serviço público. Depois de indicados os critérios e os sentidos de serviço público utilizados pela doutrina, passou-se à análise de julgados do STF, a fim de verificar se tal Corte adota um conceito de serviço público.

O que se constatou é que o STF, em seus diversos pronunciamentos, não utiliza um critério para definir serviço público. Na motivação dos julgados, a definição de serviço público tem sido utilizada de forma tópica, apenas para resolver o problema

concreto que se apresentou para o Tribunal em dado momento. Mais do que isso, as concepções sobre serviço público também variam conforme a posição de cada julgador. Logo, o STF não fixou um conceito de serviço público a ser aplicado de modo indistinto a todos os casos que se apresentem.

Entretanto, apesar de o STF não ter sedimentado um critério para qualificar uma atividade como serviço público, verificou-se que *a Corte tem identificado o serviço público como sendo uma atividade de* ***titularidade do Estado***, como sendo um espaço próprio do Poder Público, isto é, como uma atividade estatal. Por isso, como também ficou claro, não há que aplicar, aqui, os princípios da ordem econômica, como livre iniciativa e livre concorrência. Ademais, o Supremo Tribunal Federal tem atribuído ao serviço público um regime constitucional específico, marcado pela isonomia, universalidade, adaptabilidade (ou atualidade), continuidade, dentre outros.

Neste estudo, sustentou-se que o único critério que confere segurança jurídica à conceituação de serviço público, pois delimita claramente o campo público e o privado, é o ***formal***. Contudo, o mais importante é que esse modo de encarar o tema segue um método coerente e seguro de análise do fenômeno jurídico, isto é, aquele que tem como objeto o conjunto de normas jurídicas vigentes num dado tempo e espaço. *Essa é a melhor forma de analisar e controlar a racionalidade das decisões produzidas pelos magistrados e demais agentes públicos*.

Diante disso, como o serviço público equivale a um regime jurídico, isso leva o intérprete a identificar: (i) o sujeito titular da atividade; (ii) a hipótese de incidência desse regime; e (iii) as suas consequências jurídicas.

A primeira característica do regime jurídico dos serviços públicos diz respeito ao seu titular. O serviço público é uma tarefa pública conferida pela Constituição e pelas leis ao Estado. Note-se, aliás, que a afirmação da titularidade do Estado tem se mostrado frequente nos julgados do STF acerca do serviço público, não podendo ser negligenciada pela dogmática jurídica.

Então, ***uma atividade somente será serviço público quando a Constituição assim o definir***. Há, como reconhece o STF em alguns julgados, serviços públicos por determinação constitucional. Mas, além da Constituição, *também é conferido ao legislador ordinário (federal, estadual, distrital ou municipal) a possibilidade de transformar uma atividade econômica em serviço público*.

Em síntese, o primeiro traço do regime jurídico dos serviços públicos consiste na sua ***titularidade***, que ***é exclusiva do Estado*** (e, neste ponto, o STF tem sido coerente).

No que tange ao segundo aspecto do regime de serviço público – a sua hipótese de incidência –, o suporte fático sobre o qual incide o regime de serviço público é formado pelas *atividades administrativas* ***prestacionais****, mais precisamente, pelas* ***prestações materiais*** *voltadas aos* ***administrados em geral*** *e destinadas a atender* ***fins públicos***.

Quanto às consequências jurídicas impostas pelo ordenamento jurídico, as atividades qualificadas pela ordem jurídica como serviço público deverão observar, além do regime geral do direito público-administrativo, ***os princípios da universalidade e da adequação***. Tais princípios incidem sobre *todos os serviços públicos*, não cabendo ao legislador ordinário afastar tais normas. No exercício da sua competência público-legislativa, ele não possui disponibilidade sobre isso. O que o legislador poderá fazer – até mesmo em razão do caráter principiológico dessas normas – é estabelecer ***medidas distintas de concretização***, de acordo com as características de cada serviço público. Porém, em hipótese alguma, caberá afastá-los.

Em suma, o serviço público – além de ter que observar o regime de direito público-administrativo – submete-se aos princípios constitucionais da universalidade e da adequação, dos quais decorrem outras normas. Esse regime informa não apenas a prestação do serviço, mas também a sua criação e organização pelo Estado.

Em vista do exposto, definiu-se serviço público como sendo a ***atividade administrativa de realização de prestações materiais voltadas aos administrados em geral, sempre como meio de atingir um fim público positivado na ordem jurídica e sujeita ao regime jurídico de direito público-administrativo e, em especial, aos princípios da universalidade e da adequação***

6. Capítulo V – Da criação, organização e prestação de serviços públicos

Neste Capítulo, as três dimensões do serviço público foram objeto de análise: a criação, a organização e a prestação.

No direito brasileiro, a expressão "criação de serviços públicos" possui um

sentido semelhante, porém, não idêntico àquele verificado na França. Neste país europeu, em que sua Constituição não qualifica expressamente determinadas atividades como serviços públicos, compete somente à lei criar um serviço público. Na França, efetivamente se dá a *publicatio* por via legal (embora a jurisprudência e a doutrina reputem que determinados serviços são públicos por força da Constituição de 1958). No direito brasileiro, isso *pode ocorrer*, mas, em grande medida, *já há serviços assim qualificados pela Lei Maior do Brasil*. É por isso que a doutrina brasileira faz alusão aos ***serviços públicos por determinação constitucional***, categoria que foi acolhida pelo STF na ADPF 46.

Haverá ***serviço público por determinação constitucional*** quando: (a) *a Constituição expressamente indicar a locução "serviço público" para certa tarefa* (ex.: art. 198); (b) apesar de não haver tal menção, *a atividade material voltada aos administrados em geral for constitucionalmente atribuída a determinado ente político, como sendo de sua titularidade* (ex.: art. 21, X; art. 25, § 2º). Essa qualificação ficará ainda mais clara quando a outorga da prestação material a terceiros for submetida a concessão ou a permissão (ex.: art. 21, XII).

Em face disso, percebe-se que a expressão "criação de serviços públicos", no Brasil, possui dois sentidos. Em primeiro lugar, significa a efetiva *publicatio* (mediante lei) de uma atividade assim não qualificada pela Constituição. Pelo segundo significado, tal locução consiste na disciplina legal das *condições para a prestação do serviço público*. Nesse caso, "criar o serviço público" implica estabelecer: (i) as condições gerais do serviço público (princípios específicos, estruturação dos serviços etc.) a serem observados tanto na sua organização como na sua prestação; (ii) os órgãos ou pessoas administrativas que irão organizá-lo; (iii) a forma de prestação dos serviços (por pessoa administrativa, mediante concessão etc.).

Em relação ao âmbito de discricionariedade legislativa em matéria de criação de serviços públicos, o legislador tem competência para retirar uma atividade do domínio privado para inseri-la no campo próprio do Estado (*publicatio*). Contudo, essa discricionariedade legislativa possui limites.

Em primeiro lugar, União, Estados, Distrito Federal e Municípios somente poderão criar serviços públicos se esses possuírem *pertinência com o interesse de cada ente político*, isto é, se tais serviços forem de interesse nacional, regional, distrital e

local, respectivamente. Ademais, é impensável que uma atividade econômica seja transformada em serviço público se não estiver presente a segurança nacional ou o relevante interesse coletivo. Por fim, o legislador deverá respeitar os princípios da ordem econômica, somente podendo transformar atividades que *não são*, por determinação constitucional, qualificadas como atividades econômicas. A rigor, esse exame somente poderá ser feito em face de cada caso concreto e será norteado pelo princípio da razoabilidade.

Por outro lado, *o legislador* ***não possui discricionariedade para retirar uma atividade do domínio estatal***. O serviço postal, por exemplo, não poderá ser "privatizado", ou seja, transformado em atividade privada. O mesmo vale para outros serviços públicos por determinação constitucional. Sustentar linha oposta implica subverter a hierarquia normativa e desconsiderar a finalidade das competências públicas, em ofensa ao princípio da supremacia constitucional.

Além disso, o âmbito de discrição do legislador no que tange aos serviços públicos possui *condicionamentos negativos* e *positivos*.

Quanto aos condicionamentos negativos, há, evidentemente, o dever de respeitar os limites estabelecidos na Constituição. O legislador (federal, estadual, distrital ou municipal) não poderá criar formas de delegação da prestação de serviços públicos a pessoas privadas não previstas na Constituição (como a franquia, por exemplo).

Ademais, o legislador estadual, distrital e municipal não possui competência para dispor sobre todos os elementos e pressupostos dos *contratos* de concessão e permissão de serviço público de interesse regional e local, respectivamente. Ele deverá seguir as normas gerais disciplinadas na Lei 8.987/1995, na Lei 11.079/2004 e na Lei 8.666/1993, tendo em vista a prescrição contida no art. 22, XXVII, da CF. Nesse sentido, sua competência será suplementar, para editar normas específicas sobre o contrato.

De igual modo, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não poderão prever a autorização de serviço público de interesse regional e local, respectivamente, já que a Constituição não lhes abriu essa possibilidade. A autorização de serviço público está restrita aos casos especificados na Lei Maior de 1988. Para as demais situações, vale a ***regra geral***, qual seja, a concessão e a permissão de serviços públicos (art. 175 da

CF). Ele somente poderá utilizar a autorização enquanto técnica de administração ordenadora, isto é, para condicionar a autonomia privada das pessoas (art. 170, parágrafo único, da CF).

Quanto aos condicionamentos positivos, a lei que criar o serviço público deverá, tal como já destacado acima, estabelecer as condições gerais do serviço público, a estrutura institucional e o modo de prestação do serviço público. Esses aspectos deverão ser obrigatoriamente disciplinados pelo legislador. Caberá a ele, portanto, disciplinar ***de que modo os princípios da universalidade e da adequação serão concretizados***. Ressalte-se que cada serviço público possui peculiaridades – algumas derivadas de evoluções tecnológicas, por exemplo – que podem resultar em formas diferentes de se realizar tais princípios. Há discrição legislativa quanto a esse aspecto. Caberá ao intérprete apenas avaliar se esses princípios constitucionais estão sendo atendidos pelo legislador, isto é, se ele criou mecanismos para que eles sejam devidamente concretizados.

A organização do serviço público é uma dimensão do serviço público situada no plano da função administrativa. Na organização, são produzidas medidas administrativas tendentes a concretizar os comandos legais e a disciplinar o modo de prestação de serviço público previsto pela lei. As três modalidades de poderes administrativos estão presentes aqui.

A Administração Pública exerce um ***poder normativo*** no âmbito da organização dos serviços públicos *em mais de um nível*. Há os regulamentos do Chefe do Poder Executivo e outros atos administrativos normativos produzidos pelos entes administrativos competentes para organizar o serviço (ex.: agências reguladoras).

O segundo poder administrativo de autoridade existente no âmbito da organização do serviço público consiste no de *configuração de efeitos inovadores*, os quais poderão ser ampliativos ou restritivos. No âmbito da organização de serviços públicos, esses poderes têm como objeto disciplinar a conduta dos sujeitos da relação de prestação de serviço público. Eles podem vir a alterar a situação jurídica dos prestadores do serviço público (ex.: concessionários) ou dos usuários do serviço.

Na organização dos serviços públicos, também é possível identificar poderes de emissão de atos conferindo certeza jurídica, segurança jurídica e força probatória especial.

A competência para organizar o serviço público é sempre do titular dessa tarefa. Entretanto, as situações jurídicas ativas e passivas relacionadas à organização estão distribuídas entre mais de um órgão e entidade administrativa. Aliás, até mesmo pessoas privadas da Administração Pública podem, em certa medida, organizar o serviço público. Todavia, pessoas puramente privadas – sem qualquer vínculo orgânico com a Administração Pública – não poderão ser delegatárias da atividade de organização do serviço público. O art. 175 deixa claro que a concessão e a permissão se destinam a delegar a *prestação* do serviço público.

A última dimensão no âmbito dos serviços públicos é a sua prestação. O serviço foi criado, organizado e, agora, será *prestado*, isto é, *posto à disposição* ou *efetivamente executado* em prol dos usuários.

Nessa dimensão, o aspecto mais importante – ***e que mostra o objetivo de toda disciplina do serviço público*** – é a ***situação jurídica do usuário***. Vale frisar que, entre *usuários* e *prestadores de serviço* (seja a Administração Pública direta ou indireta, sejam as pessoas privadas não integrantes dessa estrutura) é formada uma relação jurídica, a ***relação de prestação de serviço público***. Justamente por se tratar de uma relação jurídica referente a uma atividade público-administrativa, será ela disciplinada pelo ***direito público***.

Note-se que o conjunto de situações jurídicas ativas e passivas de direito público atribuídas a cada parte não será idêntico em todos os serviços públicos. As normas – previstas na Constituição, nas leis e nos atos administrativos (unilaterais ou bilaterais) – ***poderão conferir aos prestadores e usuários situações ativas e passivas diversas, conforme seja a natureza e a complexidade do serviço público***. Tudo dependerá ***da forma como o serviço público for criado pela lei e organizado pela Administração***.

No entanto, é possível identificar algumas características comuns a todos os casos, isto é, situações jurídicas presentes *em qualquer relação jurídica de prestação*. Essas posições têm ligação com a *situação jurídica do usuário*, que não poderá ser reduzida pelo legislador.

Neste trabalho, adota-se o posicionamento de que a situação jurídica do usuário ***será total ou predominantemente estatutária***, em linha com a concepção de Cesar Guimarães Pereira. De fato, haverá casos em que o liame será fixado

independentemente de qualquer ato jurídico, ou por meio de atos administrativos de admissão, havendo a manifestação do particular na sua edição. Ainda, também é possível que a ordem jurídica autorize a edição de contratos entre prestador e usuário. *Nos dois primeiros casos, a situação será totalmente estatutária; no terceiro, predominantemente estatutária*.

A situação jurídica dos usuários é composta por direitos a prestações, poderes, deveres e sujeições. Na relação de prestação, os deveres e sujeições são a relação conversa dos direitos e poderes dos prestadores do serviço público, os quais foram abordados nos Capítulos VI a VIII. Quanto às posições ativas, foram destacados os direitos a algo e os poderes.

Nos direitos a prestações dos usuários, foram diferenciadas duas categorias: (i) *direitos ligados à universalidade*; e (ii) *direitos ligados à adequação do serviço*. *Vale ressaltar novamente que* ***esses direitos poderão ter uma configuração concreta diversa, conforme disponham as normas que criam e organizam o serviço público***.

Basicamente, a universalidade confere ao usuário o direito à *prestação material* que preenche o conteúdo do serviço público. Trata-se do ***direito de acesso ao serviço público***.

A *universalidade formal* pressupõe um serviço público já criado e organizado. Nessa situação, o usuário que preencher os requisitos previstos nas normas legais e administrativas, ***terá o direito a receber a prestação material***. Como decorrência disso, ele terá o *direito de ser tratado* ***de modo isonômico*** em relação aos demais usuários, não cabendo discriminações *injustificadas*.

A segunda hipótese – ligada à *universalidade material* – é aquela em que o serviço público está sendo prestado (o que também pressupõe a sua criação e organização), embora ele não tenha o alcance exigido pela ordem jurídica. Aqui, o serviço público não atende a todos que dele necessitam.

Nessa hipótese, *os usuários terão sempre um* ***direito de acesso*** *aos serviços públicos ligados ao* ***conteúdo mínimo dos direitos sociais***. Não cabe, nessa hipótese, qualquer invocação da reserva do possível. Trata-se de uma prioridade constitucional. Somente em relação ao que escapa ao mínimo existencial, é que poderá haver a invocação, pelo Poder Público, da reserva do possível.

Assim, em relação aos *serviços públicos que **não** estão diretamente vinculados aos direitos sociais, o direito de acesso ocorrerá nos **termos previstos nas normas legais e administrativas que organizam o serviço***.

O segundo grupo de direitos a prestações dos usuários se refere à *adequação do serviço*. Trata-se de direito que tem fundamento na Constituição de 1988 (art. 175, parágrafo único, IV), embora tenha sido positivado em nível legal no art. 6º e no art. 7º, I, da LCSP. O direito ao serviço adequado implica uma série de direitos dos usuários, os quais estarão previstos em diversas normas.

Em primeiro lugar, pode-se fazer menção ao *direito do usuário à regularidade do serviço*, isto é, o direito a que ele seja prestado em conformidade com as normas estabelecidas para esse fim.

Em estreita conexão com o direito à regularidade está o *direito do usuário à continuidade* do serviço público. É neste âmbito que se encontra o tema da suspensão do serviço por inadimplemento do usuário. Concluiu-se, em linha com Celso Antônio Bandeira de Mello, que essa suspensão não é possível em relação a serviços essenciais (como água), ou de grande importância para a normalidade da vida atual (como energia elétrica), na hipótese de o usuário demonstrar insuficiência de recursos para o pagamento das contas mensais.

Existem outros direitos diretamente conexos à adequação, como o direito à cortesia. Por este, os usuários têm o direito de serem bem tratados pelos prestadores do serviço público. Além desse, há o direito à eficiência e à segurança na prestação, os quais guardam estreita ligação com o direito à regularidade.

Note-se que os princípios da modicidade tarifária e da adaptabilidade também conferem direitos aos usuários. Entretanto, ***a sua manifestação ocorre muito mais no âmbito da organização do serviço do que na prestação***.

Dentre os direitos a algo, pode-se ainda citar o direito de ser indenizado pelo prestador do serviço em caso de dano. Trata-se do princípio da responsabilidade objetiva dos prestadores do serviço público (art. 37, § 6º, da CF).

O usuário possui, além dos direitos a prestações, poderes no âmbito do serviço público. Alguns desses direitos formativos derivam, em verdade, de um *direito à participação do usuário nos serviços públicos*.

O "direito de reclamação" (que nada mais é do que uma emanação do direito

de petição), por exemplo, é um poder jurídico. O usuário reclama perante a Administração, que, a partir desse momento, estará obrigada a responder. A situação jurídica da Administração se altera nesse momento, pois passa a surgir um dever específico, concreto, que antes inexistia.

Por fim, dentre os principais poderes dos usuários estão os referentes à proteção judicial de suas situações ativas.

7. Capítulo VI – Da prestação de serviços públicos por empresas estatais e fundações estatais de direito privado

A Parte III deste trabalho foi iniciada com o Capítulo VI, que visava a analisar as situações jurídicas ativas e passivas das empresas estatais e fundações estatais de direito privado.

Em primeiro lugar, constatou-se que a diferença entre as empresas públicas e sociedades de economia mista não foi estabelecida pela Constituição. A distinção entre as duas figuras ficou, portanto, relegada à legislação infraconstitucional, mais especificamente à lei federal, tendo em vista se tratar de matéria concernente ao direito privado, cuja competência legislativa constitucional é privativa da União (art. 22, I).

Não há, no direito brasileiro, uma lei geral sobre as empresas estatais. O Decreto-lei 200/1967 (cujo âmbito subjetivo de validade diz respeito unicamente à Administração Pública ***federal***), que foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, é aplicável de forma analógica às empresas estatais estaduais, distritais e municipais.

A partir dele, definiu-se *as empresas públicas como pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta, cuja estrutura societária é formada somente por entidades (públicas ou privadas) da Administração Pública, voltadas para a execução de atividades administrativas ou para a exploração de atividade econômica, podendo assumir qualquer forma societária admitida pelo direito positivo*.

Já as *sociedades de economia mista são pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta, em que a maioria das ações com direito a voto pertencem a entidades (públicas ou privadas) da Administração Pública e o*

restante das ações são de domínio privado, voltadas para a execução de atividades administrativas ou para a exploração de atividade econômica, devendo assumir a forma de sociedade anônima.

Dentre as distinções úteis existentes na matéria, convém indicar aquela que separa as empresas estatais *prestadoras de serviços públicos* das *exploradoras de atividade econômica*. Esta distinção é bastante relevante, porquanto o regime jurídico das empresas estatais será relativamente diverso conforme se trate de empresa estatal prestadora de serviços públicos e de exploradora de atividade econômica. No caso das prestadoras de serviços públicos, haverá uma maior derrogação do direito público, tendo em vista a própria natureza da atividade executada pela empresa estatal. Por outro lado, no caso das exploradoras de atividade econômica, o seu regime será o mais próximo possível do direito privado, de acordo com o previsto no art. 173, § 1º, II, da CF.

Quanto às *fundações estatais privadas*, elas *são pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta, as quais estão voltadas apenas para a execução de atividades administrativas situadas no domínio social ou atividades administrativas instrumentais*. As fundações estatais privadas possuem as mesmas derrogações de direito público das empresas estatais prestadoras de serviço público.

O critério para a descentralização de um serviço público a uma empresa estatal e a uma fundação estatal privada não é diverso daquele existente para a descentralização de qualquer atividade administrativa: *a conclusão de que, em tese, essa medida propiciará uma maior eficiência*. Em matéria de serviços públicos, isso significa que ***a descentralização técnica será (ao menos em tese) a decisão mais adequada para realizar os princípios da universalidade e da adequação do serviço público***.

A relação jurídica existente entre a Administração direta e a empresa estatal (empresa pública e sociedade de economia mista) ou fundação estatal de direito privado a quem o serviço público foi descentralizado ***não pode ser reputada como sendo de concessão de serviço público***. As situações jurídicas ativas e passivas típicas de uma concessão não estão presentes na relação entre empresa estatal (e fundação estatal privada) e a Administração direta. Aqui, trata-se pura e simplesmente de uma descentralização funcional.

A descentralização técnica *ordinária* é aquela em que a pessoa política titular do serviço público cria uma pessoa jurídica de direito público ou privado, que será integrante da sua Administração indireta.

Além da descentralização técnica ordinária, há a "descentralização técnica associativa". Tal denominação deriva do fato de que a decisão pela descentralização técnica é uma decorrência de um processo de ***gestão associada de serviços públicos***, por meio de consórcios públicos e convênios (art. 241 da CF).

A descentralização de serviços públicos a consórcios públicos *é uma forma de descentralização técnica*, porquanto realizada por meio de ***lei***. Ainda que exista um protocolo de intenções antes da lei, é esta que efetivamente descentraliza as competências do ente político consorciado para o consórcio público. É importante frisar aqui que, uma vez formado o consórcio público com personalidade de direito privado, tal entidade se comportará tal como uma empresa estatal prestadora de serviços públicos. *Respeitadas as peculiaridades do consórcio público, seu regime será idêntico ao das demais entidades privadas desse tipo*.

Quanto aos convênios – que são atos administrativos bilaterais (ou multilaterais) e precários, celebrados pela Administração e outras pessoas (públicas ou privadas), voltados para a execução de atividades de interesse público –, eles poderão ser utilizados para a delegação de serviços públicos desde que exista lei do ente titular do serviço autorizando a medida. Nesses casos, por vezes, o convênio obriga ou faculta ao ente político a quem as competências foram delegadas a criar uma pessoa de sua Administração indireta, inclusive de direito privado. *Quando isso ocorrer, estará em pauta uma descentralização técnica, com todas as características daí decorrentes*.

A natureza da situação jurídica das empresas estatais prestadoras de serviços públicos e das fundações estatais privadas será, em relação ao ente político titular do serviço, ***estatutária***. Na sua relação com os usuários, será *total ou predominantemente estatutária*, a depender da forma como o serviço foi criado e organizado.

No grupo dos ***direitos a prestações*** das empresas estatais e fundações estatais de direito privado, encontra-se o *direito de prestar o serviço com a autonomia conferida pela lei*. Este é um direito que se manifesta em face do ente político titular do serviço. Isso significa que, a não ser que a lei disponha de modo diverso, a Administração direta somente poderá influir no modo de prestação do serviço *pelos mecanismos atribuídos*

pela lei para o exercício da tutela.

Ademais, as empresas estatais e fundações estatais de direito privado também possuem o direito de prestar o serviço em face dos usuários e terceiros, o que *impede qualquer pessoa de obstar essa prestação*.

Há ainda o direito de ser *remunerado pelo serviço prestado aos usuários*, salvo quando o regime do serviço público exija a gratuidade na sua prestação. Contudo, o direito de ser remunerado pelos usuários ***não*** confere à empresa estatal ou à fundação estatal privada o direito de exigir da Administração direta que exerce a tutela, qualquer direito a equilíbrio econômico-financeiro.

Além disso, as entidades de direito privado da Administração indireta têm o *direito de exigir dos usuários uma conduta conforme a* ***boa-fé***. Desse modo, os usuários têm, em face de tais pessoas privadas da Administração indireta, deveres de cuidado e de lealdade.

Quanto aos ***poderes*** das empresas estatais e fundações estatais privadas, as três modalidades de poderes administrativos poderão ser exercidas tanto na *organização quanto na prestação do serviço público*.

Na dimensão da organização do serviço público, as empresas estatais e fundações estatais de direito privado podem ser titulares de um *poder normativo*. Esse poder será sempre subordinado ao que prescrevem a Constituição, a lei e os regulamentos do Poder Executivo e, conforme o caso, de atos normativos de autarquias (tal como as agências reguladoras). Sua intensidade dependerá, basicamente, da forma como a questão foi disciplinada em lei. Mas, por se tratar de pessoa jurídica de direito privado, a eficácia desses atos normativos será *interna e em relação aos terceiros que estejam numa relação de sujeição especial com a entidade*.

A empresa estatal ou fundação estatal de direito privado também poderá exercer um *poder configurador de efeitos inovadores*, como, por exemplo, os relacionados à promoção de desapropriações e servidões. Nas situações em que tais entes privados da Administração indireta figurarem como "Poder Concedente", eles também poderão exercer os poderes de configuração típicos dos contratos de concessão, como alteração unilateral, fiscalização, dentre outros.

Ainda, as pessoas privadas da Administração indireta terão autorização para exercer poderes de emissão de atos conferindo certeza jurídica, segurança jurídica e

força probatória especial.

No lado das situações jurídicas passivas, há deveres e sujeições em face tanto da Administração direta como dos usuários. Dentre esses, os mais importantes são os relativos aos usuários.

Note-se que os deveres das empresas estatais e fundações estatais privadas nada mais são do que *a **relação conversa dos direitos dos usuários relativos à universalidade e à adequação do serviço***. Entretanto, convém fazer duas observações.

Por se tratar de uma descentralização técnica, em que o Estado transfere sua competência de executar o serviço público a uma entidade privada da Administração indireta – isto é, a uma criatura do ente político – os deveres relativos à universalidade e adequação do serviço ***são bastante intensos***. Em verdade, ***eles têm a mesma compostura do dever de universalidade e adequação do ente titular do serviço***, ainda que circunscritos ao âmbito territorial e material de atuação da pessoa de direito privado da Administração indireta.

Ao contrário do que ocorre na concessão e na permissão, não é descentralizado à empresa estatal ou à fundação estatal privada um objeto definido contratualmente. No caso dos concessionários e permissionários, os deveres referentes à universalidade e adequação já estão estipulados no contrato. Quanto às empresas estatais e fundações estatais privadas, *há um dever contínuo de buscar a universalidade e a adequação*.

No âmbito dos deveres ligados à adequação, vale frisar que o dever de eficiência se relaciona diretamente com os deveres de atualização e modicidade tarifária. Isso porque "ser eficiente" na prestação do serviço pode significar aumentar o custo pelo incremento de tecnologia, ou pela melhoria num processo de gestão. Tal medida pode resultar num aumento da tarifa. Por outro lado, não atualizar o serviço pode representar uma tarifa mais acessível aos usuários.

Enquanto cabe à entidade privada da Administração indireta decidir pela atualização do serviço e o valor da tarifa, tendo o dever de buscar a melhor solução possível, no caso das concessões e permissões essa decisão cabe à Administração concedente. Aliás, se uma decisão pela atualização resultar em desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, essa relação deverá ser recomposta. Ou seja, concessionários e permissionários não estão obrigados a atualizar e a reduzir a tarifa (a não ser nos termos do contrato e outros atos administrativos posteriores). *Já as*

empresas estatais e as fundações estatais privadas têm essa obrigação permanente.

Outro dever de extrema relevância no regime de prestação dos serviços públicos reside no de responder objetivamente pelos danos causados em função de suas ações (art. 37, § 6º, da CF). Quanto às omissões, adota-se a concepção de que a responsabilidade não é objetiva, mas subjetiva.

Dentre as sujeições que merecem destaque, encontra-se a sujeição à fiscalização pelo ente político, seja por meio dos seus órgãos, seja por meio de outras entidades (ex.: agências reguladoras). Entretanto, por não haver um contrato de concessão ou de permissão de serviço público, não é possível falar em sujeição às sanções do art. 87 da Lei 8.666/1993. Tais pessoas – ao contrário dos concessionários e permissionários – não podem, por exemplo, serem declaradas inidôneas para licitar e contratar com a Administração Pública.

8. Capítulo VII – Da prestação de serviços públicos por concessionários e permissionários

Para se chegar às situações ativas e passivas dos concessionários e permissionários de serviço público, foi necessário, em primeiro lugar, definir a concessão e a permissão de serviço público com base na Constituição de 1988.

Sob a *perspectiva constitucional*, a concessão de serviço público é o *contrato administrativo por meio do qual o Poder Público delega a competência administrativa de prestar um serviço público, atuando o concessionário em nome próprio*.

Nessa linha, os elementos constitucionais do conceito de concessão de serviço público, os quais não poderão ser afastados pelo legislador ordinário, são os seguintes:

(a) A concessão é uma forma de *gestão indireta de serviços públicos*. Por ser forma de descentralização administrativa, a decisão de conceder um serviço público segue a mesma lógica da descentralização de qualquer atividade administrativa. O Poder Público somente poderá conceder um serviço público se esta via se mostrar – a partir de dados técnicos – *como a **melhor alternativa** para a prestação de um **serviço público adequado** e que contribua para a **universalidade do serviço***.

(b) O art. 175 da Lei Maior fixou o objeto da concessão: a ***prestação*** *de serviços públicos*. Isso significa que, por meio da concessão, o Estado delega um ***conjunto de competências administrativas relativas à execução dos serviços públicos em prol dos administrados***. Não há que se falar, na concessão, em transferir competências relativas à *criação* e *organização* do serviço público, as quais serão sempre, por determinação constitucional, *do Poder Público* titular do serviço.

(c) O concessionário ***age sempre em nome próprio***. Esse é um elemento do conceito constitucional da concessão por força do art. 37, § 6º, da Constituição, o qual estabelece que as pessoas privadas prestadoras de serviços públicos respondem, perante os administrados, objetivamente por suas ações.

(d) A natureza da concessão foi determinada pela Constituição: trata-se de um *contrato administrativo*. Isso é importante porque o contrato administrativo – ao mesmo tempo em que prevê prerrogativas à Administração – confere ao contratado o direito à intangibilidade da equação econômico-financeira, a qual está assegurada constitucionalmente (art. 37, XXI, da CF). Ademais, as normas gerais sobre o tema deverão ser introduzidas por lei *nacional*, conforme estabelece o art. 22, XXVII, da Lei Maior.

Não fazem parte do conceito constitucional de concessão de serviço público: (i) o fato de o serviço ter que ser prestado por conta e risco do concessionário; e (ii) a sua remuneração.

A exploração do serviço público por conta e risco do concessionário *não é uma norma constitucional*, porque a solidariedade financeira sempre foi uma prática admitida pela lei, pela doutrina e pela jurisprudência, mesmo antes da Constituição de 1988.

Ademais, a forma de remuneração do concessionário não está positivada no Texto Constitucional. Não cabe opor que o art. 175, parágrafo único, III, da Constituição estabelece que a lei disciplinará a política tarifária e que, por isso, em toda concessão deverá haver a cobrança de tarifas. Essa seria uma interpretação bastante restrita do dispositivo constitucional. O que foi prescrito pelo constituinte é que, em

relação à política tarifária, caberá à lei dispor sobre o seu regime. A lei poderá estabelecer que as tarifas serão subsidiadas, ou então que não haverá tarifas.

Observados os requisitos constitucionais, o legislador possui discricionariedade para estruturar as concessões de serviço público, inclusive para a criação de modalidades. Atualmente, o direito positivo brasileiro possui *três modalidades de concessão de serviço público*: (i) a *concessão* ***comum***; (ii) a *concessão* ***patrocinada***; e (iii) a *concessão* ***administrativa de serviços públicos***. A concessão administrativa em que há a prestação de serviços (ainda que envolvam a construção de obras ou o fornecimento de bens) *não é uma verdadeira concessão de serviço público*, no *sentido constitucional* atribuído a tal expressão.

A permissão de serviço público é, sob o ponto de vista constitucional, *o contrato administrativo por meio do qual o Poder Público delega a competência administrativa de prestar um serviço público, atuando o permissionário em nome próprio*.

Como se pode perceber, não há diferença constitucional entre a concessão e a permissão. Caberá ao legislador *nacional* estabelecê-la. A partir de uma interpretação dos arts. 2º, IV, e 40 da LCSP conforme a Constituição, a permissão de serviço público pode ser conceituada como sendo *o contrato administrativo por meio do qual o Poder Público delega a competência administrativa de prestar um serviço público a uma pessoa natural ou jurídica, que atuará em nome próprio, cabendo a extinção unilateral por conveniência sem autorização legislativa e indenização prévia*.

A situação jurídica dos concessionários e permissionários de serviço público é ***individual***. Isso se deve à natureza contratual da relação que tais pessoas firmam com o Poder Concedente. Todavia, *todo contrato administrativo é um ato subjetivo e, ao mesmo tempo, um ato-condição*. Logo, os direitos, poderes, deveres e sujeições das partes derivam tanto do ato subjetivo (o contrato administrativo) como de atos gerais, quais sejam, a Constituição, a lei, o regulamento e demais atos administrativos normativos relativos ao serviço público.

Há ainda outra relação, de natureza estatutária, que é estabelecida pelos concessionários e permissionários: com os usuários. Mas, além dessa, a depender da forma como o serviço foi criado e organizado, a relação entre concessionários/permissionários e usuários poderá ser predominantemente estatutária.

Note-se que o conjunto de posições ativas e passivas (derivadas ora de atos normativos, ora de atos concretos) dos concessionários e permissionários nada mais representa do que a chamada "repartição de riscos dos contratos administrativos". *Atribuir riscos às partes nada mais é do que estipular que a elas foram atribuídos direitos, poderes, deveres e sujeições*.

No que concerne aos ***direitos a prestações*** dos concessionários e permissionários, é possível classificar, apenas para fins didáticos, aqueles relativos: (i) ao objeto; (ii) às obras a serem feitas (quando houver); (iii) aos bens da concessão; (iv) à remuneração; (v) à realização de condutas decorrentes do exercício de poderes administrativos; (vi) ao fim do contrato. Aqui, convém destacar o direito do concessionário e permissionário de *prestar o serviço com a autonomia conferida contratualmente*, bem como o *direito à intangibilidade da equação econômico-financeira*.

Quanto aos ***poderes***, há a delegação de poderes administrativos de configuração de efeitos inovadores. Na concessão e na permissão de serviço público, não são delegados poderes normativos, nem de emissão de atos conferindo certeza jurídica, segurança jurídica e força probatória especial.

Basicamente, os poderes administrativos de configuração que podem ser delegados ao concessionário/permissionário residem na possibilidade de promover as desapropriações e servidões administrativas, após a declaração de utilidade pública (art. 18, XII, e art. 29, VIII, da LCSP).

Em verdade, são muito poucos os poderes administrativos que são delegados ao concessionário e ao permissionário. ***Há muito mais a delegação de deveres do que propriamente de poderes administrativos***.

Quanto aos ***deveres*** do concessionário e permissionário, também é possível separar aqueles concernentes: (i) ao objeto; (ii) às obras a serem feitas (quando houver); (iii) aos bens da concessão; (iv) à remuneração; (v) decorrentes do exercício de poderes administrativos; (vi) ao fim do contrato.

Os deveres relacionados ao objeto são os mais importantes. Cabe ao concessionário prestar o serviço público *definido contratualmente*. É em função do que está especificado no contrato que ele apresenta uma proposta e se prontifica a executá-lo. É por conta deles que o concessionário se relaciona com o usuário do serviço. Disso

decorrem todos os deveres que nada mais são do que a relação conversa dos direitos dos usuários.

Neste ponto, há uma diferença marcante para o regime das empresas estatais e fundações estatais de direito privado. *Enquanto os deveres de universalização e adequação são contínuos para estas, estes deveres do concessionário/permissionário são fixados contratualmente*.

Assim, sempre que a Administração pretender expandir o serviço para atender à universalidade, ela terá duas opções: (a) alterar o contrato de concessão, aumentando o escopo das atividades, mas reequilibrando a equação econômico-financeira; ou (b) fazer uma nova concessão ou permissão, se for tecnicamente possível e mais conveniente do que a mera alteração.

Em relação ao princípio da adequação, *os deveres de regularidade, de continuidade, de cortesia e de segurança são os mesmos das empresas estatais e fundações estatais privadas*. Porém, a situação é diversa em relação aos deveres de eficiência, atualização e modicidade tarifária.

Isso porque os parâmetros de eficiência são estipulados contratualmente, ora de modo genérico, ora de modo específico. Quanto mais genérica a previsão contratual, maior será o risco do concessionário. Por isso, atualmente, é difícil haver a celebração de um contrato sem um quadro com os indicadores de desempenho a serem cumpridos objetivamente pelo concessionário.

De igual modo, *o concessionário não possui obrigações de atualização, se isso não estiver definido no contrato*. Por vezes, essa atualização é detalhada; em outras situações, tal dever consta de modo genérico. Nesse último caso, ele poderá utilizar as técnicas e bens que reputar convenientes para atingir os parâmetros fixados em contrato; essa liberdade decorre do direito à autonomia na prestação do serviço. Mas também aqui o risco do concessionário será maior quanto mais genéricos forem os deveres de atualização.

Ademais, *a modicidade tarifária não é um dever imposto ao concessionário*. Este irá praticar a tarifa determinada no contrato, tenha ela sido fixada pela sua proposta na licitação, ou tenha sido predefinida no contrato. Como este é um aspecto "regulamentar" do serviço público, a tarifa pode ser modificada caso o Poder Concedente assim repute conveniente. Mas, nesse caso, deverá ser mantida a equação

econômico-financeira.

Outro dever importante consiste no de responder objetivamente pelas suas ações, e subjetivamente pelas suas omissões (art. 37, § 6º, da CF).

Por fim, há as ***sujeições*** do concessionário e do permissionário. Essas são a relação conversa de todos os poderes da Administração e dos usuários.

Assim, o concessionário se encontra em situação de sujeição em relação aos poderes de alteração unilateral, fiscalização, sanção e extinção unilateral do contrato. Quanto aos usuários, as principais sujeições dos concessionários e permissionários dizem respeito ao poder dos usuários de fazer reclamações e de demandar judicialmente

9. Capítulo VIII – Da prestação de serviços públicos por autorizatários

No Capítulo VIII, o objetivo residiu em discutir a autorização de serviço público. A partir do Texto Constitucional, foi possível definir a autorização, *em sentido amplo*, como sendo *o ato administrativo unilateral que possibilita o exercício de atividade material pelo sujeito privado*. Como modalidades da autorização, há a autorização ordenadora, a autorização de uso de bem público e a autorização de serviço público. Quanto à natureza da competência para a edição do ato de autorização, ela poderá ser *vinculada ou discricionária*, conforme previsto em lei, regulamentos e demais atos administrativos normativos.

A ***autorização de serviço público***, sob a perspectiva constitucional, é o ***ato administrativo unilateral que delega a competência administrativa de prestar os serviços públicos previstos no art. 21, XI e XII, da Constituição, em nome do autorizatário e por sua conta e risco, sujeito ao regime de direito público***.

A autorização de serviço público poderá assumir duas modalidades: (i) ***discricionária****, quando se tratar da prestação de serviço público para atender a situação emergencial, tendo natureza precária*; e (ii) ***vinculada****, quando a pluralidade de diversos prestadores for a melhor forma de realizar os princípios da universalidade e da adequação*.

Assim, no segundo caso, a competência para editar a autorização de serviço público deverá ser vinculada, a fim de garantir o princípio da isonomia. Isso, porém, só terá sentido quando for tecnicamente possível e conveniente para a realização dos

princípios da universalidade e da adequação, que o maior número possível de interessados venha a prestar o serviço, atuando num regime de competição. Ou seja, a situação relativa à oferta do serviço deverá ser tal a ponto de levar o Estado a prever – a partir de estudos específicos – que a melhor forma de garantir a universalidade do serviço público e a sua adequação (o que significa regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, cortesia e modicidade tarifária) é pela autorização a diversos particulares que atendam aos requisitos fixados em lei.

O autorizatário, enquanto pessoa que está prestando serviço público (isto é, por exercer função administrativa), ***estará submetido – quanto ao exercício da atividade – ao direito público***. Se a atividade é parcela de função administrativa, então o direito público incide sobre ela. *Quando se concorda com o conceito de direito público proposto neste trabalho, não é possível negar essa assertiva.*

Uma das principais consequências disso reside ***na proteção à situação jurídica do usuário, a qual não poderá ser afastada***. É isso que o regime de direito público visa a proteger. Se isso for assegurado e as condições mencionadas estiverem presentes, o legislador ordinário poderá permitir a delegação dos serviços públicos previstos no art. 21, XI e XII, da Constituição por meio da autorização.

A partir do momento em que um sujeito privado se torna autorizatário de serviço público, surge uma série de ***direitos a algo*** previstos nas normas gerais e abstratas introduzidas pela Constituição, pelas leis e demais atos administrativos normativos.

Desses, o mais importante consiste no *direito de prestar o serviço com autonomia*. A prestação do serviço público em nome próprio – e por sua conta e risco – somente tem sentido quando há autonomia na gestão da atividade, tal como ocorre na concessão e na permissão. Esse é um direito do autorizatário oponível em face de qualquer pessoa, pública ou privada.

Além disso, o autorizatário também possui o *direito de obter uma remuneração pela exploração do serviço*. Ressalte-se que, aqui, *o autorizatário não possui um direito à remuneração*, pois é possível que ninguém queira utilizar o serviço público por ele ofertado, mas sim por outro autorizatário. E, ainda que se verifique uma álea extraordinária durante a execução do serviço, ele não terá sequer o direito à manutenção

da equação econômico-financeira, pois esta não existe na autorização de serviço público. Mas, sem dúvida, ele possui o direito de explorar a atividade e cobrar por ela.

Nas leis que dispõem sobre as autorizações, não se encontra a delegação de poderes administrativos para o autorizatário. Os poderes que o autorizatário possui não têm natureza administrativa. São direitos potestativos de outra natureza, como o de reclamar perante o Poder Público e os destinados a proteger sua situação jurídica.

Se, por um lado, não há a delegação de poderes administrativos, há, sem dúvida, a outorga de deveres da Administração em relação ao serviço público. ***Os deveres do autorizatário serão a relação conversa dos direitos a prestações dos usuários***.

Ressalte-se apenas que os deveres relacionados à universalidade e à adequação existirão nos termos das normas gerais e abstratas previstas na Constituição, nas leis e demais atos administrativos normativos.

Em relação ao princípio da adequação, os deveres de regularidade, de continuidade, de cortesia e de segurança são os mesmos dos demais prestadores privados de serviço público. O mesmo já não ocorre em relação aos deveres de eficiência, atualização e modicidade tarifária.

Os deveres relacionados à eficiência e à atualização deverão ser fixados em atos normativos e poderão ser alterados sempre que o Poder Público reputar conveniente ao interesse público.

No que se refere à modicidade tarifária, não há uma obrigação específica do autorizatário. A princípio, as tarifas são livres. Isso ocorre porque a finalidade é que a presença de diversos autorizatários, em regime de competição, realize o princípio da modicidade tarifária. Mas, também não se pode descartar um cenário em que há tarifas máximas, em que os sujeitos privados concorrem dentro desse patamar. Tudo dependerá da forma de organização do serviço e se essa medida é a melhor ou não para realizar os princípios da universalidade e adequação.

Além dos deveres, existem as ***sujeições*** dos autorizatários. Em primeiro lugar, há as sujeições em face dos usuários, que nada mais são do que a relação conversa dos poderes desses (vide item 4.2 do Capítulo V).

Por fim, há as sujeições aos poderes da Administração relativos à fiscalização, à alteração das condições de prestação do serviço (por meio de atos normativos) e à

extinção (cassação, decaimento).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. ***Dicionário de filosofía.*** 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

AGUILLAR, Fernando Herrem. ***Serviços públicos: doutrina, jurisprudência e legislação***. São Paulo: Saraiva, 2011.

ANABITARTE, Alfredo Gallego. Transferencia y descentralización; delegación e desconcentración; mandato y gestión o encomienda: teoría jurídica y derecho positivo. ***Revista de administración pública***, nº 122, maio/agosto de 1990.

_____. Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la administración. ***Revista de administración pública***, nº 34, janeiro/abril de 1961.

ALESSI, Renato. ***Principi di diritto amministrativo***. Milão: Giuffrè, 1966. Tomos I e II.

_____. ***Le prestazioni amministrative rese ai privati***. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1953.

ALEXY, Robert. ***Teoria dos direitos fundamentais***. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. ***Competências na Constituição de 1988***. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. ***Concessão de serviços públicos: novas tendências***. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

_____. ***Concessão de serviço público***. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

AMARAL, Diogo Freitas do. ***Curso de direito administrativo***. 3. ed. 6. reimp. com a colaboração de Luís Fábrica, Carla Amado Gomes e J. Pereira da Silva. Coimbra: Almedina, 2006. Volume I.

AMARAL, Francisco. ***Direito civil: introdução***. 5. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANDRADE, Letícia Queiroz de. ***Teoria das relações jurídicas da prestação de serviço público sob regime de concessão***. Tese (Doutorado em Direito do Estado).

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: São Paulo, 2010.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. ***Teoria geral da relação jurídica***. Coimbra: Almedina, 1997. Volume I.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. ***Curso de direito administrativo***. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. A necessidade de preponderância de carga própria nos terminais portuários privativos de uso misto. ***Regulação portuária e concorrência: pareceres jurídicos e econômicos***. Rio de Janeiro: ABRATEC, 2009.

_____. ***Direitos dos serviços públicos***. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ARAÚJO, Edmir Netto de. ***Curso de direito administrativo***. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

ARAUJO, Luiz Alberto David. Características comuns do federalismo. ***Por uma nova federação***. Celso Bastos (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. ***Curso de direito constitucional***. 16. ed. atual. São Paulo: Verbatim, 2012.

ASCENSÃO, José de Oliveira. ***O direito: introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso-brasileira***. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1991.

ATALIBA, Geraldo. ***República e Constituição***. 2. ed. 2. tir. atual. por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

_____. Sabesp – Serviço público – Delegação a empresa estatal – Imunidade a impostos – Regime de taxas. ***Revista de direito público***, nº 92. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro/dezembro, 1989.

_____. ***Apontamentos de ciência das finanças, direito financeiro e tributário***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

ÁVILA, Humberto. ***Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos***. 13. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

_____. Repensando o "princípio da supermacia do interesse público sobre o particular". ***Revista eletrônica sobre a reforma do Estado***, n° 11. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, setembro/novembro, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>.

AURÉLIO, Bruno. ***Atos administrativos ampliativos de direitos: revogação e***

invalidação. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei de. ***Concessão de serviços públicos: comentários às Leis 8.987 e 9.074 (parte geral), com as modificações introduzidas pela Lei 9.648, de 27.5.98***. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. ***Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar***. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. ***Reflexões sobre direito administrativo***. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. ***Direito administrativo e o novo Código Civil***. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. ***Direito administrativo***. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. ***Curso de direito administrativo***. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

_____. ***Pareceres de direito administrativo***. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

_____. ***Grandes temas de direito administrativo***. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. ***Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais***. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. ***Discricionariedade e controle jurisdicional***. 2. ed. 7. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. ***Prestação de serviços públicos e administração indireta***. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

_____. ***Natureza e regime jurídico das autarquias***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. ***Princípios gerais de direito administrativo***. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. Volume I.

_____. Natureza jurídica da concessão de serviço público. ***Revista de direito público***, nº 19. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro/março,

1972.

_____. Do serviço público. ***Revista de direito administrativo***, nº 21. Rio de Janeiro: FGV, julho/setembro, 1950.

BARCELLOS, Ana Paula de. ***A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana***. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. ***Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo***. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. ***Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora***. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. ***Curso de direito administrativo***. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BATISTA, Joana Paula. ***Remuneração dos serviços públicos***. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BÉNOIT, Francis-Paul. ***Le droit administratif français***. Paris: Dalloz, 1968.

BERTHÉLEMY, Henry. ***Traité élémentaire de droit administratif***. 12. ed. Paris : Librairie Arthur Rousseau, 1930.

BINENBOJM, Gustavo. ***Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização***. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. ***Direito e poder***. Trad. Nilson Moulin. São Paulo: Editora UNESP, 2008.

_____. ***Da estrutura à função***. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BONNARD, Roger. ***Précis élémentaire de droit administratif***. Paris: Sirey, 1926.

BORGES, Alice Gonzalez. Os consórcios públicos e sua legislação reguladora. ***Revista eletrônica de direito do Estado***, nº 3. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, julho/agosto/setembro, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>.

BOROWSKI, Martin. ***La estructura de los derechos fundamentales***. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BRACONIER, Stéphane. ***Droit des services publics***. 2. ed. Paris: PUF, 2007.

CAETANO, Marcello. ***Manual de direito administrativo***. 10. ed. 10. reimp. rev. e atual. por Diogo Freitas do Amaral. Coimbra: Almedina, 2010. Volumes I e II.

CÂMARA, Jacintho Arruda. Autorizações administrativas vinculadas: o exemplo do setor de telecomunicações. ***Direito administrativo e seus novos paradigmas***. Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto (coords.). Belo Horizonte: Fórum, 2008.

CAMMAROSANO, Márcio. Contratos da administração pública e natureza da permissão de serviço público. ***Direito administrativo e constitucional: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba***. Celso Antônio Bandeira de Mello (org.). São Paulo: Malheiros Editores, 1997. Volume 2.

CARDOZO, José Eduardo Martins. As empresas estatais que exploram atividade econômica e seu dever de licitar. ***Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello***. Marcelo Figueiredo e Valmir Pontes Filho (orgs.). São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. ***Teoría general del derecho***. Trad. Carlos G. Posada. Granda: Comares, 2003.

CARRAZZA, Roque Antonio. ***Curso de direito constitucional tributário***. 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

CARVALHO, Paulo de Barros. ***Curso de direito tributário***. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. ***Direito tributário, linguagem e método***. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008.

_____. ***Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência***. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. ***Manual de direito administrativo***. 25. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

CASSAGNE, Juan Carlos. ***Derecho administrativo***. 9. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008. Tomos I e II.

_____. ***La intervencion administrativa***. 2. ed. atual. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

CASSAGNE, Juan Carlos; ORTIZ, Gaspar Ariño. ***Servicios públicos, regulación y renegociación***. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004.

CASSESE, Sabino. ***La crisis del Estado***. Trad. Pascual Caiella e Juan González Moras. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. ***Tratado de direito administrativo***. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965. Volume II.

CHAPUS, René. ***Droit administratif général***. 15. ed. Paris : Montchrestien, 2001. Tomo 1.

CHENOT, Bernard. ***Organisation économique de l'État***. Paris: Dalloz, 1965.

CHEVALIER, Jacques. ***Le service public***. 7. ed. Paris: PUF, 2008.

_____. L'état régulateur. ***Revue française d'administration publique***, n° 111, 2004.

CLÈVE, Clèmerson Mérlin. ***Atividade legislativa do Poder Executivo***. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Preceitos constitucionais fundamentais da República Federativa do Brasil, serviço público portuário e autorização para exploração de atividade portuária por meio de terminais privativos de uso misto. ***Interesse público***, nº 51. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. ***Teoria geral do processo***. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

COELHO, Luiz Fernando. ***Aulas de introdução ao direito***. Barueri: Manole, 2004.

COLAÇO, João Maria Tello de Magalhães. ***Concessões de serviços públicos: sua natureza jurídica***. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1928.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. ***Direito administrativo e constitucional: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba***. Celso Antônio Bandeira de Mello (org.). São Paulo: Malheiros Editores, 1997. Volume 2.

CORDEIRO, António Menezes. ***Tratado de direito civil português***. 2. ed.

Coimbra: Almedina, 2000. Volume I. Tomo I.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. ***Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos***. Coimbra: Almedina, 2003.

COSTA, Angelo Augusto. O Fundo Garantidor de Parcerias (FGP): estrutura, função e (in)compatibilidade com a ordem jurídico-constitucional. ***Intervenção do Estado no domínio econômico e no domínio social: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello***. Priscilia Sparapani e Renata Porto Adri (coords.). Belo Horizonte: Fórum, 2010.

COSTA, Regina Helena. ***Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional***. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

COUTO E SILVA, Almiro do. _____. Problemas jurídicos do planejamento. ***Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]***, v. 27, nº 57. Porto Alegre, 2004.

_____. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. ***Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]***, v. 27, nº 57. Porto Alegre, 2004.

_____. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público "à brasileira"? ***Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]***, v. 27, nº 57. Porto Alegre, 2004.

_____. Atos jurídicos de direito administrativo praticados por particulares e direitos formativos. ***Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]***, v. 27, nº 57. Porto Alegre, 2004.

_____. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. ***Direito administrativo e constitucional: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba***. Celso Antônio Bandeira de Mello (org.). São Paulo: Malheiros Editores, 1997. Volume 2.

_____. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de direito contemporâneo. ***Revista de direito público***, nº 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro/dezembro, 1987.

CRETELLA JÚNIOR, José. ***Tratado de direito administrativo***. 2. ed. atual., ampl. e rev. Rio de Janeiro: Forense, 2002. Volumes I, II, III e IV.

DALLARI, Adilson Abreu. Arrendamento portuário – Diferenças no regime de exploração de terminais de uso privativo e terminais de uso público - Uso privativo de caráter misto – Obrigatoriedade de movimentação de carga própria mínima, suficiente para assegurar a viabilidade econômica do empreendimento – Posicionamento em sentido contrário proferido pela ANTAQ – Violação a princípios constitucionais e ao marco regulatório aplicáveis à matéria. ***Revista trimestral de direito público***, nº 53. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. Empresa estatal prestadora de serviços públicos – Natureza jurídica – Repercussão tributária. ***Revista de direito público***, nº 94. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro/dezembro, 1990.

DAL POZZO, Augusto Neves. A gestão do serviço de saneamento básico pelo instrumento da concessão. ***Estudos sobre o marco regulatório de saneamento básico no Brasil***. José Roberto Pimenta Oliveira e Augusto Neves (coords.). Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. ***Aspectos fundamentais do serviço público no direito brasileiro***. Dissertação de Mestrado: PUCSP, São Paulo, 2010.

DE CICCO, Cláudio; GONZAGA, Álvaro de Azevedo. ***Teoria geral do Estado e ciência política***. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DERANI, Cristiane. ***Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica***. São Paulo: Max Limonad, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. ***Direito administrativo***. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. ***Parcerias na administração pública***. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. O princípio da supremacia do interesse púbico. ***Interesse público***, n° 56. Belo Horizonte: Fórum, jul/ago, 2009.

DINIZ, Maria Helena. ***Compêndio de introdução à ciência do direito***. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DROMI, Roberto. ***Derecho administrativo***. 4. ed. atual. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995.

DUGUIT, Léon. ***Traité de droit constitucionnel***. 2. ed. Paris: Ancienne

Librairie Fontemoing, 1923. Tomos I e II.

_____. ***Las transformaciones del derecho público***. Trad. Adolfo Posada e Ramón Jaén. Granada: Libreria General Enrique Prieto Carcía, 1913. Reimpressão fac-sílime por Analecta Editorial.

DWORKIN, Ronald. ***Levando os direitos a sério***. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ECHAVE, Delia Teresa; URQUIJO, María Eugenia; GUIBOURG, Ricardo A. ***Lógica, proposición y norma***. 6. reimp. Buenos Aires: Astrea, 2002.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. ***Curso de derecho administrativo***. Buenos Aires: La Ley, 2006. Tomos I e II.

ESPÍNOLA, Eduardo. ***Sistema do direito civil brasileiro***. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1938.

ESTORNINHO, Maria João. ***A fuga para o direito privado***. Coimbra: Almedina, 1999.

FAGUNDES, Miguel Seabra. ***O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário***. 7. ed. atual. por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FALLA, Garrido. ***Tratado de derecho administrativo***. 12. ed. Madri: Tecnos, 1994. Volume I.

_____. ***Tratado de derecho administrativo***. 10. ed. Madri: Tecnos, 1992. Volume II.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. ***Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação***. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. ***Processo administrativo***. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

FERREIRA, Daniel. ***Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988***. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. ***Sanções administrativas***. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

FERREIRA, Luiz Tarcísio Teixeira. ***Parcerias público-privadas: aspectos constitucionais***. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. ***Curso de direito administrativo***. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil – uma visão geral. ***Revista eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP***, nº 1. São Paulo, 2008. Disponível em: < http://revistas.pucsp.br/index.php/red/issue/view/70>.

_____. A crise no entendimento clássico do princípio da legalidade administrativa e temas correlatos. ***Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello***. Marcelo Figueiredo e Valmir Pontes Filho (orgs.) São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

FIORINI, Bartolome A. ***Manual de derecho administrativo***. Buenos Aires: La Ley, 1968. Primeira e Segunda Parte.

FLEINER, Fritz. ***Instituiciones de derecho administrativo***. Trad. Sabino A. Gendin. Barcelona: Labor, 1933.

FORSTHOFF, Ernst. ***Tratado de derecho administrativo***. Trad. Legaz Lacambra, Fernando Garrido Falla e Gómez de Ortega y Junge. Madri: Instituto de Estudos Jurídicos, 1958.

FORTINI, Cristiana. ***Contratos administrativos: franquia, concessão, permissão e PPP***. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FRAGA, Gabino. ***Derecho administrativo***. 15. ed. Cidade do México: Porrúa, 1973.

FRAGOLA, Umberto. ***Gli atti amministrativi***. Turim: Editrice Torinese, 1952.

FRANÇA, Phillip Gil. ***O controle da administração pública***. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. ***Da competência constitucional administrativa***. Curitiba: Gênese, 1995. Disponível em: <http:// www.institutooliveirafranco.org.br/pdfs/DaCompetencia.PDF>

FREIRE, André Luiz. ***Manutenção e retirada dos contratos administrativos inválidos***. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. Apontamentos sobre as funções estatais no direito brasileiro. ***Revista de direito administrativo***, nº 248, São Paulo: Atlas: FGV, maio/agosto, 2008.

_____. A crise financeira e o papel do Estado: uma análise a partir do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e do serviço público. ***Revista de direito administrativo e constitucional,*** nº 39, Belo Horizonte: Fórum, janeiro/março, 2010.

_____. Apontamentos sobre a gestão associada de serviços públicos. ***Serviço público: direitos fundamentais, formas organizacionais e cidadania***. Angela Cassia Costaldello (coord.). Curitiba: Juruá, 2005.

FREITAS, Juarez. ***Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública***. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. ***O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais***. 4. ed. ref. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

FUX, Luiz. ***Curso de direito processual civil***. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GABARDO, Emerson. ***Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal***. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. ***Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo***. Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Carlos Vinícios Alves Ribeiro (coords.). São Paulo: Atlas, 2010.

GALVIS, Álvaro Tafur. ***Las entidades descentralizadas***. Bogotá: Themis, 1977.

GASPARINI, Diogenes. ***Direito administrativo***. 16. ed. atual. por Fabrício Motta. Saraiva: São Paulo, 2011.

GAUDMET, Yves. ***Traité de droit administratif***. 16. ed. Paris: L.G.D.J., 2001. Tomo 1.

GIANNINI, Massimo Severo. ***Diritto amministrativo***. Milão: Giuffrè, 1970. Volume I.

GOMES, Orlando. ***Introdução ao direito civil***. 20. ed. rev., atual. e aum. por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

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

administrativas. Coimbra: Almedina, 2005.

_____. ***A concessão de serviços públicos (uma aplicação da técnica concessória)***. Coimbra: Almedina, 1999.

GORDILLO, Agustín. ***Tratado de derecho administrativo***. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey: Fundación de Derecho Administrativo, 2003. Tomo I e II.

GRAU, Eros Roberto. ***A ordem econômica na Constituição de 1988***. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. ***O direito posto e o direito pressuposto***. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Evolução histórica e princípios do serviço público de saneamento básico. ***Estudos sobre o marco regulatório de saneamento básico no Brasil***. José Roberto Pimenta Oliveira e Augusto Neves Dal Pozzo (coords.). Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. A experiência brasileira nas concessões de serviço público. ***Parcerias público-privadas***. Carlos Ari Sundfeld (coord.) 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

_____. Parcerias público-privadas: o objeto da concessão administrativa. ***Direito das infraestruturas: um estudo dos distintos mercados regulados***. André Saddy e Aurilivi Linares Martínez (coords.) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. ***O serviço público e a Constituição brasileira de 1988***. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

GUALAZZI, Eduardo Botelho. ***Serviços comerciais, industriais e internacionais do Estado***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

GUASTINI, Riccardo. ***La sintassi del diritto***. Turim: G. Giappichelli, 2011.

_____. ***Teoría e ideología de La interpretación constitucional***. Trad. Miguel Carbonell e Pedro Salazar. Madri: Trotta, 2008.

_____. ***Das fontes às normas***. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. ***Estudios de teoría constitucional***. México: UNAM, 2001. Disponível em: <http://www.bibiojuridica.org>.

GUERRA, Sérgio. ***Controle judicial dos atos regulatórios***. Rio de Janeiro:

Lumen Juris, 2005.

GUGLIELMI, Gilles J.; KOUBI, Geneviève. ***Droit du service public***. 3. ed. Paris: Montchrestien, 2011.

GUIBOURG, Ricardo A.; GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V. ***Introducción al conocimiento científico***. 3. ed. 4. reimp. Buenos Aires: Eudeba, 2004.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. ***Concessão de serviço público***. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. ***Parcerias público-privadas***. São Paulo: Saraiva, 2012.

HACHEM, Daniel Wunder. ***Princípio constitucional da supremacia do interesse público***. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HARB, Karina Houat. ***A revisão na concessão comum de serviço público***. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

HESSE, Konrad. ***Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha***. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

HOHFELD, Wesley Newcomb. ***Os conceitos jurídicos fundamentais aplicados na argumentação judicial***. Trad. Margarida Lima Rego. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

IRELLI, Vincenzo Cerulli. ***Lineamenti del diritto amministrativo***. 2. ed. Turim: G. Giappichelli, 2010.

JÈZE, Gaston. ***Les príncipes généraux du droit administratif***. 3. ed. Paris: Dalloz, 2004. Tomo 2.

JUSTEN FILHO, Marçal. ***Curso de direito administrativo***. 8. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. ***O direito das agências reguladoras independentes***. São Paulo: Dialética, 2002.

KAUFMANN, Arthur. ***Filosofia do direito***. Trad. António Ulisses Cortês. 4.

ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

KELSEN, Hans. ***Teoria pura do direito***. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. 5. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. ***Teoria geral do direito e do Estado***. Trad. Luís Carlos Borges. 3. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KLOSS, Eduardo Soto. La delegacion em el derecho administrativo chileno. ***Revista de derecho público***, nº 45-46, Chile, 1989.

LABAND, Paul. ***Le droit public de l'Emipre Allemand***. Trad. C. Gandilhon e Th. Lacuire. Paris: V. Giard & E. Briere, 1901. Tomo II.

LANDI, Guido; POTENZA, Giuseppe; ITALIA, Vittorio. ***Manuale di diritto amministrativo***. 11. ed. Milão: Giuffrè, 1999.

LARENZ, Karl. ***Derecho civil: parte general***. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.

LAUBADÈRE, André de. ***Traité théorique et pratique des contrats administratifs***. Paris : L.G.D.J., 2001. Tomo I.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. ***Introducción a la ciencia del derecho***. Barcelona: Bosch, 1943.

LIMA, Cristiana Maria Melhado Araújo. ***Regime jurídico dos portos***. São Paulo: Verbatim, 2011.

LIMA, Ruy Cirne. ***Princípios de direito administrativo***. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Os terminais portuários privativos na Lei nº 8.630/93. ***Revista de direito administrativo***, nº 220. Rio de Janeiro: FGV: Renovar, abril/junho, 2000.

LUMIA, Giuseppe. ***Elementos de teoria e ideologia do direito***. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MACHADO, J. Baptista. ***Introdução ao direito e ao discurso legitimador***. Coimbra: Almedina, 1989.

MACHO, Ricardo García. En torno a las garantías de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones de especial sujeción. ***Revista española de***

derecho administrativo, nº 64. Madri: Civitas, outubro/dezembro, 1989, pp. 521-532.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. ***Processo de conhecimento***. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, José Frederico. ***Manual de processo civil***. 2. ed. atual. Campinas: Millenium, 1988. Volume I.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Poderes da administração pública. ***Novos rumos para o direito público: reflexões em homenagem à Professora Lúcia Valle Figueiredo***. Marcelo Figueredo (coord.) Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. As parcerias público-privadas no saneamento ambiental. ***Parcerias público-privadas***. Carlos Ari Sundfeld (coord.) 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

_____. A nova regulamentação dos serviços públicos. ***Revista eletrônica de direito administrativo econômico***, nº 1. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, fevereiro, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>.

_____. ***Regulação estatal e interesses públicos***. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián. Reflexiones sobre la 'huida' del derecho administrativo. ***Revista de administración pública***, nº 140, maio/agosto, 1996.

MARTINS, Ricardo Marcondes. ***Regulação administrativa à luz da Constituição Federal***. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

_____. ***Efeitos dos vícios do ato administrativo***. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MASAGÃO, Mário. ***Curso de direito administrativo***. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

_____. ***Natureza jurídica da concessão de serviço público***. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1933.

MATTEUCCI, Nicola. República. ***Dicionário de política***. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (orgs.). Trad. Carmen C. Varriale et. al. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial, 2000. Volume 2.

MAURER, Hartmut. ***Direito administrativo geral***. Trad. Luís Afonso Heck.

Barueri: Manole, 2006.

MAYER, Otto. ***Le droit administratif allemand***. Paris: V. Giard & Brière, 1903. Tomo I.

MAYNES, Eduardo Garcia. ***Introduccion al estudio del derecho***. 7. ed. Cidade do México: Porrua, 1956.

MAZZA, Alexandre. ***Manual de direito administrativo***. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. ***Relação jurídica de administração pública***. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. ***Agências reguladoras***. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MEDAUAR, Odete. ***Direito administrativo moderno***. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. ***Direito administrativo em evolução***. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Nova crise do serviço público? ***Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva***. Sérgio Sérvulo da Cunha e Eros Roberto Grau (orgs.). São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. ***Consórcios públicos: comentários à Lei 11.107/2005***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. ***Direito administrativo brasileiro***. 14. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

MELLO, Marcos Bernardes de. ***Teoria do fato jurídico: plano da eficácia (1ª parte)***. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2004.

MELLO, Rafael Munhoz. ***Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988***. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. ***Curso de direito constitucional***. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENEGALE, J. Guimarães. ***Direito administrativo e ciência da administração***. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957.

MIELE, Giovanni. ***Principî di diritto amministrativo***. Padova: Cedam, 1960. Tomo I.

MIRANDA, Jorge. ***Teoria do Estado e da Constituição***. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MIRANDA, Pontes de. ***Tratado de direito privado***. 4. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. Tomo I.

_____. ***Tratado de direito privado***. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. Tomo V.

MODESTO, Paulo. As fundações estatais de direito privado e o debate sobre a nova estrutura orgânica da administração pública. ***Revista eletrônica sobre a reforma do Estado***, nº 14. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, junho/jullho/agosto, 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>.

_____. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas. ***Revista eletrônica de direito administrativo econômico***, nº 2. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, maio/junho/julho, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>.

MONCADA, Luís S. Cabral de. ***Estudos de direito público***. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

MONTEIRO, Vera. ***Concessão***. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros. ***Curso de direito civil***. 39. ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003. Volume 1.

MONTORO, André Franco. ***Introdução à ciência do direito***. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MOREIRA, Egon Bockmann. ***Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995 (parte geral)***. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MOREIRA, Vital. ***Administração autónoma e associações públicas***. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. ***Curso de direito administrativo***. 15. ed. rev., refun. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. Mutações nos serviços públicos. ***Revista eletrônica de direito administrativo econômico***, nº 1. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, fevereiro, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>.

_____. ***Direito regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no Estado democrático***. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAND-DEVILLIER, Jacqueline. ***Droit administratif***. 12. ed. Paris: Montchrestien, 2011.

MOTTA, Fabrício. ***Função normativa da administração pública***. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. ***Regulação e universalização dos serviços públicos: análise crítica da regulação da energia elétrica e das telecomunicações***. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

NEVES, Marcelo. ***Teoria da inconstitucionalidade das leis***. São Paulo: Saraiva, 1988.

NORONHA, Fernando. ***Direito das obrigações***. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. Volume I.

NUCCI, Guilherme de Souza. ***Manual de processo penal e de execução penal***. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Fernando Andrade de. ***Direito administrativo: origens, perspectivas e outros temas***. Curitiba: Juruá, 2003.

OLIVEIRA, Fernão Justen de. ***Parceria público-privada: aspectos de direito público econômico***. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. ***Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional***. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. ***Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro***. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. Atividade administrativa de ordenação da propriedade privada e tombamento: natureza jurídica e indenizabilidade. ***Intervenções do Estado***.

Luis Manuel Fonseca Pires e Maurício Zockun (coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2008.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. ***Infrações e sanções administrativas***. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. ***Delegação e avocação administrativas***. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ORLANDO, Vittorio Emanuele. *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*. Milão: Società Editrice Libraria, 1915. Volume 1.

ORTIZ, Gaspar Ariño. Sucessos e fracassos da regulação. ***Revista eletrônica de direito administrativo econômico***, n° 3, Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, agosto/setembro, 2005, p. 2. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>.

OSÓRIO, Fábio Medina. ***Direito administrativo sancionador***. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OTERO, Paulo. ***Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade***. Coimbra: Almedina, 2007.

PARADA, Ramón. ***Derecho administrativo***. 15. ed. Madri: Marcial Pons, 2004. Volume I.

PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. ***Principios de derecho administrativo general***. 2. ed. Madri: Iustel, 2009. Volumes I e II.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. ***Instituições de direito civil***. 23. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Volume I.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. ***Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos***. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. O processo licitatório das parcerias público-privadas (PPP) na Lei 11.079/2004. ***Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar***. Eduardo Talamini e Monica Spezia Justen (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. ***Da reforma administrativa constitucional***. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PEREZ, Marcos Augusto. ***O risco no contrato de concessão de serviço público***. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. ***Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional***. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PESSOA, Robertônio Santos. Administração pública indireta. ***Direito administrativo econômico***. José Eduardo Cardozo, João Eduardo Lopes Queiroz e Márcia Walquíria Batista dos Santos (coords.). São Paulo: Atlas, 2011.

PETIAN, Angélica. ***Regime jurídico dos processos administrativos ampliativos e restritivos de direito***. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

_____. O alcance e os limites da competência da União para legislar sobre saneamento. ***Estudos sobre o marco regulatório de saneamento básico no Brasil***. José Roberto Pimenta Oliveira e Augusto Neves Dal Pozzo (coords.). Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PIMENTA BUENO, José Antonio. ***Direito público brazileiro***. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve, 1857.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. ***Teoria geral do direito civil***. 3. ed. atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. ***Empresa estatal: função econômica e dilemas societários***. São Paulo: Atlas, 2010.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. ***O Estado Social e Democrático e o serviço público: um breve ensaio sobre liberdade, igualdade e fraternidade***. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. ***Limitações administrativas à liberdade e à propriedade***. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. ***Regime jurídico das licenças***. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

POMPEU, Cid Tomanik. ***Autorização administrativa***. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PONTES FILHO, Valmir. ***Poder, direito e Constituição***. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

PORTO NETO, Benedicto. Licitação para contratação de parcerias público-privadas. ***Parcerias público-privadas***. Carlos Ari Sundfeld (coord.) 2. ed. São Paulo:

Malheiros Editores, 2011.

_____. ***Concessão de serviço público no regime da Lei nº 8.987/95: conceito e princípios***. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

POZAS, Luis Jordana de. Ensayo de una teoria del fomento en el derecho administrativo. ***Revista de estudios políticos***, n° 48. Madri: Instituto de Estúdios Políticos, novembro/dezembro, 1948.

PRADO FILHO, Francisco Octavio de Almeida. Diretrizes para a instituição de tarifas e taxas para os serviços de saneamento básico. ***Estudos sobre o marco regulatório de saneamento básico no Brasil***. José Roberto Pimenta Oliveira e Augusto Neves Dal Pozzo (coords.). Belo Horizonte: Fórum, 2011.

RADBRUCH, Gustav. ***Introdução à ciência do direito***. Trad. Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

RANELLETTI, Oreste. ***Teoria degli atti amministrativi speciali***. 7. ed. Milão: Giuffrè, 1945.

REALE, Miguel. ***Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico***. 4. tir. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. ***O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias***. 3. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. ***Lições preliminares de direito***. 27. ed. 10. tir. São Paulo: Saraiva, 2011.

REIS, Luciano Elias. ***Convênios administrativos como instrumentos para eficiência do Estado e o desenvolvimento social***. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Paraná: Curitiba, 2011.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. ***Comentários à Lei de PPP – parcerias público-privadas: fundamentos econômico-jurídicos***. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

RIVERO, Jean. ***Direito administrativo***. Trad. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. ***República e federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira***. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. ***Estudo sobre concessão e permissão de serviço***

público no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. ***Princípios constitucionais da administração pública***. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. ***Manual de direito administrativo***. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

_____. Breves considerações sobre a intervenção do Estado no domínio econômico e a distinção entre atividade econômica e serviço público. ***Intervenção do Estado no domínio econômico e no domínio social: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello***. Priscilia Sparapani e Renata Porto Adri (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. ***Terceiro setor***. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. Repercussões do Código Civil de 2002 no direito administrativo. ***Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello***. Marcelo Figueiredo e Valmir Pontes Filho (orgs.). São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. ***Introdução ao processo civil: processo de conhecimento***. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

RODRIGUES, Carlos Roberto Martins. A crise e a evolução do conceito de serviço público. ***Revista de direito público***, nº 57-58. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro/junho, 1981.

RODRIGUES, Sílvio. ***Direito civil***. 32. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. Volume 1.

ROLLAND, Louis. ***Précis de droit administratif***. 9. ed. Paris: Dalloz, 1947.

ROMAN, Flávio José. A função regulamentar da administração pública e a regulação do sistema financeiro nacional. ***A regulação jurídica do sistema financeiro nacional***. Fabiano Jantalia (coord.) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROMANO, Santi. ***Fragmentos de un diccionario jurídico***. Trad. Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redín. Granada: Comares, 2002.

_____. ***Princípios de direito constitucional geral***. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

ROSS, Alf. ***Direito e justiça***. Trad. Edson Bini. Bauru, 2003.

ROSSI, Giampaolo. ***Principi di diritto amministrativo***. Turim: G. Giappichelli, 2010.

ROUBIER, Paul. ***Droits subjectifs et situations juridiques***. Paris: Dalloz, 2005.

RUGGIERO, Roberto. ***Instituições de direito civil***. Trad. Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1957. Volume I.

SALOMONI, Jorge Luis. ***Teoría general de los servicios públicos***. Buenos Aires: Ad-hoc, 2004.

_____. La cuestión de las relaciones de sujeción especial en el derecho público argentino. ***Problemática de la administración contemporánea: una comparación europea-argentina***. Guilhermo A. Muñoz e Jorge Luis Salomoni (coord.) Buenos Aires: Instituto de Derecho Administrativo: Editorial Ad-Hoc, 1997, pp. 152-179.

SANDULI, Aldo M. ***Manuale di diritto amministrativo***. 3. ed. Nápoles: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1955.

SARLET, Ingo Wolfgang. ***A eficácia dos direitos fundamentais***. 9. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHIRATO, Vitor Rhein. ***Livre iniciativa nos serviços públicos***. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. ***La teoría general del derecho administrativo como sistema***. Madri: INAP: Marcial Pons, 2003.

SILVA, Clarissa Sampaio. ***Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição: o caso dos agentes públicos***. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SILVA, José Afonso da. ***Curso de direito constitucional positivo***. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. ***A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares***. 3. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

_____. ***Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia***. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SILVEIRA, Raquel Dias da. ***Regime jurídico dos serviços de telefonia fixa***.

Belo Horizonte: Fórum, 2003.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. ***Desestatatização: privatização, concessões e terceirizações***. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SOUZA, Ruy. Serviços do Estado e seu regime jurídico. ***Revista de direito administrativo***, nº 28. Rio de Janeiro: FGV, abril/junho, 1962.

SUNDFELD, Carlos Ari. ***Fundamentos de direito público***. 4. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

_____. ***Direito administrativo ordenador***. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. Introdução às agências reguladoras. ***Direito administrativo econômico***. Carlos Ari Sundfeld (coord.) 3. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. A participação privada nas empresas estatais. ***Direito administrativo econômico***. Carlos Ari Sundfeld (coord.) 3. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. Guia jurídico das parcerias público-privadas. ***Parcerias público-privadas***. Carlos Ari Sundfeld (coord.) 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari; CAMPOS, Rodrigo Pinto de; PINTO, Henrique Motta. Regime jurídico das fundações governamentais. ***Introdução ao direito administrativo***. Carlos Ari Sundfeld e Vera Monteiro (coords.) São Paulo: Saraiva, 2008.

STEBBING, L. Susan. ***Introducción moderna a la lógica***. Trad. Robert S. Hartman e José Luis González. Cidade do México: UNAM, 1965.

TÁCITO, Caio. ***Temas de direito público (estudos e pareceres)***. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Volume 3.

_____. ***Temas de direito público (estudos e pareceres)***. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. Volume 1.

_____. ***Direito administrativo***. São Paulo: Saraiva, 1975.

TAVARES, André Ramos. ***Curso de direito constitucional***. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

TEMER, Michel. ***Elementos de direito constitucional***. 19. ed. 2. tir. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. ***Curso de direito processual civil***. 49. ed. 2. tir. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Volume I.

TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero. ***Manuale di diritto privato***. 15. ed. Milão: Giuffrè, 1997.

TORRES, Ricardo Lobo. ***O direito ao mínimo existencial***. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TRABUCCHI, Alberto. ***Instituiciones de derecho civil***. Trad. Luis Martínez-Calcerrada. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1967. Tomo I.

TUHR, A. von. ***Tratado de las obligaciones***. Trad. W. Roces. Granada: Comares, 2007.

VALIM, Rafael. ***O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro***. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

_____. As condições de validade do artigo 11 da Lei nº 11.445/2007 e as concessões de serviços de saneamento básico vigentes. ***Estudos sobre o marco regulatório de saneamento básico no Brasil***. José Roberto Pimenta Oliveira e Augusto Neves Dal Pozzo (coords.). Belo Horizonte: Fórum, 2011.

VALLES, Arnaldo de. ***Elementi di diritto amministrativo***. Pádua: CEDAM, 1951.

VERNENGO, Roberto José. ***Curso de teoría general del derecho***. 2. ed. 4. reimp. Buenos Aires: Depalma, 1995.

VILANOVA, Lourival. ***As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo***. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2005.

_____. ***Escritos jurídicos e filosóficos***. São Paulo: Axis Mundi: IBET, 2003. Volume I.

_____. ***Causalidade e relação no direito***. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

VIOLIN, Tarso Cabral. ***Terceiro setor e as parcerias com a administração pública: uma análise crítica***. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

VIRGA, Pietro. ***Il provvedimento amministrativo***. 4. ed. Milão: Giuffrè, 1972.

VITTA, Cino. ***Diritto amministrativo***. 3. ed. Turim: Editrice Torinese, 1949. Tomo I.

VITTA, Heraldo Garcia. ***Soberania do Estado e poder de polícia***. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

_____. ***Poder de polícia***. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

_____. ***A sanção no direito administrativo***. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

WALINE, Marcel. ***Traité de droit administratif***. 7. ed. Paris: Sirey, 1957.

WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. ***Direito administrativo***. Trad. António F. de Souza. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. Volume 1.

ZAGREBELSKY, Gustavo. ***El derecho dúctil: ley, derechos, justicia***. 8. ed. Madri: Trotta, 2003.

ZANCANER, Weida. Responsabilidade do Estado, serviço público e os direitos dos usuários. ***Responsabilidade civil do Estado***. Juarez Freitas (org.). São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

ZANOBINI, Guido. ***Corso di diritto amministrativo***. 7. ed. Milão: Giuffrè, 1954. Volume I.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. ***Da intervenção do Estado no domínio social***. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

ZOCKUN, Maurício. ***Responsabilidade patrimonial do Estado: matriz constitucional, a responsabilidade por atos legislativos, a obrigatoriedade da prévia indenização e a responsabilidade pessoal do parlamentar***. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

_____. ***Regime jurídico da obrigação tributária acessória***. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henirque de La Rocque. ***O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas***. Belo Horizonte: Fórum, 2008.