

**TEMA:**

**O CONTRATO ADMINISTRATIVO EM FACE DA ATUAL CONCEPÇÃO DE ESTADO.**

**Enunciado:**

Estudo da atual concepção jurídica de Estado, que se volta para o aprimoramento de institutos e figuras contratuais celebrados pela Administração Pública.

**Objetivo:**

Identificar o Contrato Administrativo como fenômeno atual do Direito Econômico.

**Hipótese de Trabalho:**

Partindo da assertiva de que o Estado é apenas um dos atores sociais e que o contrato administrativo representa um elo de ligação e de renovação das relações públicas com o setor privado, deve-se identificar as novas figuras e institutos contratuais surgidos com uma nova concepção de Estado, para verificar as possíveis modificações e aprimoramento na teoria do Contrato Administrativo, trazendo considerações doutrinárias e posicionamento jurisprudencial a respeito da sua natureza jurídica, do conceito, e dos institutos que o informam, na efetivação do interesse do Estado e da sociedade.

# Í N D I C E

1. Introdução – Os Caminhos a Percorrer .....	4
2. A Atual concepção jurídica do Estado .....	10
2.1- Síntese Histórico-Evolutiva .....	10
2.2- A busca da concepção jurídica do Estado .....	29
2.3- O Estado sobre o ângulo das competências e das atribuições gerais .....	37
3. A Noção de Serviço Público .....	42
3.1- Posicionamentos doutrinários .....	43
3.2- Critérios classificatórios de serviço público .....	50
3.3- Princípios que regem o serviço público .....	54
3.4- Conclusões sobre a noção de serviço público .....	58
4. Atuação do Estado no Domínio Público .....	66
4.1- Serviços públicos próprios .....	70
4.2- Serviços públicos impróprios .....	74
4.3- Atividades Prestacionais de Atendimento dos fins do Estado .....	77
5. Atuação do Estado no Domínio Econômico .....	84
5.1- Atuação Econômica do Estado .....	84
5.2- A Ordem Econômica na Constituição de 1988 .....	90
6. O Contrato Administrativo .....	99
6.1- Natureza jurídica do Contrato Administrativo .....	109
6.2- Características e Elementos do Contrato Administrativo .....	117
7. Contratos Administrativos e a atual concepção de Estado .....	125
7.1- Novos Tipos contratuais .....	144
7.2- Tendências atuais .....	166
7.3- Exigências atuais .....	173
8. Conclusão .....	180
9. Referências Bibliográficas .....	184
9.1- Fontes Primárias .....	184
9.2- Referências Bibliográficas .....	184

*"A teoria dos contratos administrativos constitui assim um dos pontos mais importantes no estudo do direito administrativo, não somente pela relevância de sua aplicação, como ainda porque aqui se encontra a fronteira menos definida do direito público com o direito privado".* **Themístocles Brandão Cavalcante** (1955: 309).

## 1. INTRODUÇÃO – OS CAMINHOS A PERCORRER

Os pontos fundamentais abordados neste trabalho consistem na análise do instituto do Contrato Administrativo em vista da nova forma que o Estado vem assumindo no último quartel do século XX.

É de se fazer notar que o estudo aqui apresentado trabalha com duas vertentes principais: a primeira, diz respeito aos contratos administrativos celebrados pela Administração Pública, dos diversos níveis de governo, com os particulares; a segunda consiste em construir, a partir de um embasamento teórico, sob o aspecto jurídico, a concepção de Estado que emerge da Constituição de 1988 e suas alterações posteriores.

Pela imperiosa necessidade de primeiro demonstrar a atual importância, em nível do regramento jurídico, dispensada aos contratos celebrados pela Administração Pública, é necessário iniciar a dissertação pela segunda vertente, *i.e.*, empreendendo a específica verificação desta atual concepção de Estado, visto que é a forma como têm sido exercidas as atividades estatais que conferem aquela valorização.

Noutro aspecto, a empreitada em derredor da busca da concepção jurídica de Estado é deveras dificultada, tendo em vista o contexto da legitimidade desta atual concepção jurídica.

A partir das relações existentes entre poder, Direito e Estado, deflui a questão da legitimidade das normas jurídicas, sendo esta uma importante questão para que se possa perceber o grau de aceitação/satisfação dos governados para com os governantes, verificando, ainda, a viabilidade e efetividade dos sistemas de representação. Isto porque o Estado é gestado, justamente, a partir do embate das *forças reais de poder*<sup>1</sup>, que no momento da estruturação plena e originária da organização

---

<sup>1</sup>Idéia veiculada no livro de **Ferdinand Lassale**, *A Essência da Constituição*, segundo a qual a Constituição é o resultado do embate das forças reais de poder existentes na sociedade. O Autor francês, afirma que a lei fundamental (Constituição) é uma "*força ativa que faz, por uma exigência da necessidade, que todas as outras leis e instituições jurídicas vigentes no país sejam o que realmente são*" e, sendo assim, esta força ativa constitui os "*fatores reais de poder*", que regem a sociedade. Elencando os *fatores reais de poder* de sua época, menciona a

político-jurídica advinda do *Poder Constituinte* e subsequentes demonstrações do *Poder de Reforma*, impõem, juridicamente, a organização estatal sob os aspectos político, social, econômico e cultural.

Assim, é justamente no campo constitucional que se dá o embate das forças reais de poder, pois que aqui se insere a questão da análise da legitimidade da concepção jurídica do Estado, que se tenha e que se queira, uma vez que a organização estatal, juridicamente estruturada através de um arcabouço de competências e limitações, deve refletir o anseio colhido na sociedade, ou que pelo menos esteja implícita a idéia de "consenso", compreendendo as formas de participação popular, baseadas não somente no sistema representativo, mas decididas ou referendadas também pelo 'todo' social.

**Edvaldo Brito** observa como verdadeira a idéia de que o "o **constitucionalismo** sintetiza todas as forças reais de poder com as quais se compõe a **sociedade civil** e as quais atuam para limitar a esfera de poder político; para assegurar os direitos da personalidade humana a ela intrínsecos, por isso, anteriores às leis positivas; fornece-nos a concepção de que a **Constituição** é um repositório das aspirações dessa **sociedade** e, assim, não se confunde com a forma de veiculação ou seja a chamada **Constituição Jurídica**, ou escrita, ou sistematizada, ou política, esta sim, obrigatoriamente identificável com aquela, sob pena de ilegitimidade" (1993: 26).

Mesmo plenamente concordando com o fato de que o constitucionalismo agrega o embate das forças reais de poder, atendendo aos eloqüentes reclames de incorporação à análise, além dos conceitos e estruturas formais, princípios e normas implicitamente incorporados ao ordenamento jurídico, inobstante não formulados nos preceitos legais, o presente estudo adota como premissa metodológica a afirmação de que o desenvolvimento da análise da concepção jurídica de Estado

---

monarquia; a aristocracia; a grande burguesia; os banqueiros; a pequena burguesia e a classe operária (1998: 26 e segs.).

somente pode ser metodologicamente situado tomando-o sob o ângulo exclusivamente jurídico-normativo<sup>2</sup>.

Advertidamente, é bom que se diga, tratar do surgimento da atual concepção de Estado, sob o prisma científico, é uma tarefa que requer um constante rigor metodológico. É que o advento desta atual concepção se expressa como um fato social que vai repercutir nas diversas áreas do conhecimento científico. Os ramos científicos, por sua vez, irão colocar-se como vertentes de um mesmo fato, com considerações objetivamente próprias<sup>3</sup>. A partir daí, se vê que o Direito vai dispensar a este fato um tratamento científico específico, assim como a Economia, a Sociologia, a Ciência Política, a História, a Antropologia, etc. Como o fato que se está a tratar é um só, uma nova concepção de Estado, as diversas imagens que surgem da observação científica se interpenetram, se mesclam e se complementam, além de se implicarem no contexto de uma realidade social cambiante.

Neste particular, se tem notado pelos grandes cientistas, os aspectos de complementaridade que envolvem os diversos ramos científicos. Em relação ao Direito e à Economia,

---

<sup>2</sup> Neste aspecto, é que o trabalho de joeirar a concepção jurídica de Estado encontra dificuldades, principalmente, pela desagregação do sistema de consenso, baseado, quase que estritamente, na representatividade do poder político. Deve permear estas considerações, a idéia de que cabe à sociedade expressar-se sobre qual a concepção de Estado pretende e suporta. Ocorre que, no âmbito deste trabalho de Mestrado, não é sequer possível, quanto menos viável, perquirir sobre o grau de legitimidade da atual e nova concepção do Estado brasileiro. Somos forçados a afastar esta tentadora questão, pelo fato de não ser adequada para um trabalho notadamente de cunho jurídico. Tem-se que esta vertente implicaria num trabalho muito mais de cunho sociológico do que propriamente jurídico. Quer-se aqui deixar evidente que estamos voltados para o descortinar do mundo jurídico, e quanto ao exame da legitimidade, sabe-se que a concepção de Estado deve ser socialmente correspondente, legítima, neste sentido. Assim também, por não se revestir dos parâmetros exigíveis ao nível de um curso de Mestrado, a legitimidade de uma concepção de Estado, seja numa determinada localidade ou certa região, seja no país como um todo, somente seria cientificamente auferível, a nível mais objetivo e exato portanto, em sede de um trabalho de doutoramento. Para que se pudesse cogitar da análise da legitimidade do ente estatal brasileiro, entende-se que seriam necessários rigores metodológicos expressivos, capazes de medir o nível de satisfação da sociedade em geral ou de uma determinada comunidade com o Estado brasileiro, rigores, estes, que se encontram fora das fronteiras deste trabalho. Todavia, não é demais afirmar que o fato de encontrar a concepção atual e nova do Estado brasileiro, sob o prisma jurídico, pode representar em um passo importante para a averiguação científica, seja em nível jurídico, sociológico ou político, da legitimidade do ente estatal brasileiro, geral ou localizadamente.

<sup>3</sup> O conhecimento científico busca a uniformidade ou semelhança dos fatos da vida. Cada campo do conhecimento e do saber implica numa sistematização, num ordenamento ou classificação, e ainda, em sua explicação, buscando os nexos ou laços que unem os fatos. As vertentes com que cada ramo científico conhece, apreende e estuda os fatos da vida, implicam na percepção particularizada e estanque da realidade, mantendo-se uma relação do sujeito cognoscente com o objeto, em que este é visto com linguagem própria, de modo a que seu método de conhecimento seja, portanto, cientificamente auferível.

**Orlando Gomes**, no seu *Direito e Desenvolvimento* (1961: 35), reconhece a influência que a Economia exerce sobre o Direito, porém não aceita a posição de que o Direito é mera cristalização da Economia ou simples "projeção do econômico sob um ângulo normativo", e mais, que o jurista há de reconhecer, "no entanto, que o fator jurídico reage sobre o econômico, não sendo, pois, simples forma que se amolda ao conteúdo...". **Nelson Saldanha**, por sua vez, na reedição de sua tese *O Poder Constituinte*, assevera que de modo crítico as relações entre o Direito e os outros setores da dinâmica social devem ser percebidos sob o caráter da complementaridade, "atribuindo à 'causação' entre os surgimentos dos setores aludidos uma interpretação de simultaneidade" (p.34).

Desta forma, o rigor metodológico que se pretende emprestar ao presente trabalho cinge-se à necessidade de soerguer a atual concepção jurídica do Estado sob o ângulo da sua atuação no domínio público e no domínio econômico, para, posteriormente, conectá-la à doutrina do Contrato Administrativo.

A situação se agrava, metodologicamente, quando se observa a extensa complementaridade existente entre *Estado* e *Direito*. Concluindo-se que um se faz com o outro, ou vice-versa. E ainda, os fins do *Estado* também se realizam com o *Direito*. Nesse sentido, sobre as conexões existentes entre *Direito* e *Estado*, **Nelson Saldanha** faz uma consideração sobre Estado, como sendo "um meio, em face dos "fins" (ou de valores) que são entretanto fins do direito: na verdade valores que correspondem à própria ordem jurídico-política, em face dos quais se interpretam as ações estatais e as situações jurídicas".(ob. cit., 37).

O Direito passou a emanar da atividade estatal a partir do aprimoramento das instituições sociais e do alargamento de sua complexidade<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> **Reinhold Zippelius** afirma que o "Estado e o direito garantido são o resultado de uma evolução histórica, um produto da civilização progressiva, um passo no processo da "autodomesticação" da humanidade" (*Teoria Geral do Estado*. Lisboa - Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997: 63).

No aspecto da complexidade social, vale citar **José Eduardo Faria** (1978: 31), que assim se manifesta:

*A "complexidade, decorrente do processo de industrialização, exigiu não apenas um movimento de coordenação e integração de funções - que conduz à noção de hierarquia, um dos instrumentos básicos da teoria política e jurídica para a representação do processo de especialização e diferenciação - mas, também, a segurança das expectativas - de onde decorrem os princípios da certeza e da segurança jurídicas. A garantia dessa segurança, que no fundo expressa a noção de **Estado de Direito**, pode ser obtida por normas gerais e impessoais destinadas a eliminar o arbítrio dos detentores do poder".*

Em outro sentido, o Direito é dotado da qualidade de realizador das aspirações fundantes da sociedade. Não pode, assim, prescindir de uma atribuição social e efetiva.

O presente trabalho se volta para a possibilidade de evidenciar e buscar a conciliação entre a realização dos anseios sociais fundantes através da atividade mediadora do Estado. Tal conciliação se manifesta no sentido de que o Estado é um dos atores sociais, não o único, não mais como o único provedor das necessidades sociais ou como o grande empreendedor direto da atividade econômica, mas como partícipe integrado com a (na) sociedade. O desenvolvimento social, oriundo da atividade econômica, vem a estar ligado ao exercício de sua atual concepção jurídica, que, sob o ponto de vista do direito público, tende a se utilizar atualmente, de forma alternativa e prevalente, do Contrato Administrativo.

Necessário também é situar este estudo no âmbito das disciplinas jurídicas que, de maneira direta ou indireta, lhe tocam e circundam. O caminho trilhado no presente trabalho, inicialmente, corresponde ao exame das normas ínsitas ao campo constitucional, primordialmente, e infraconstitucional, secundariamente, que (in)firmam a concepção do Estado, no âmbito de suas competências e atribuições, distinguindo-as das



dos particulares. Em seguida, percorre os postulados ligados ao Contrato Administrativo, extraídos do direito positivo brasileiro, da doutrina, pátria e alienígena, desaguando, finalmente, no alcance do objetivo de se vislumbrar o instituto do contrato administrativo como instrumento atual do Direito Econômico, dentro desta disciplina.

Sob o ponto de vista da busca da atual concepção jurídica de Estado, a análise ora empreendida faz o cotejamento de disposições inseridas na Constituição Federal de 1988, principalmente as capazes de evidenciar e distinguir as primordiais formas de atuação do Estado, seja na prestação de serviços públicos, exclusivamente ou não a seu cargo, ou no desempenho de atividade econômica, *lato* ou *stricto sensu*, também delineadas pelo texto constitucional. Da análise da Lei Maior, intenta-se encontrar a concepção jurídica de Estado estritamente sob o ponto de vista de sua atuação no domínio público e econômico.

A partir da verificação, de âmbito constitucional, sobre as previsões que agrupam as atividades a serem desempenhadas pelo Estado, passa-se a estudar a conformação da teoria do Contrato Administrativo, através da observação de sua natureza jurídica, principais características, novas figuras contratuais e sua aplicação aos atuais modos de desempenho de atividade estatal, antes clarificados.

Deste ponto em diante, o estudo aqui elaborado orienta-se pela verificação da adequação do Contrato Administrativo no desempenho das atividades do Estado, modificadas a partir da evolução da concepção de Estado inserta na Constituição vigente.

Em verdade, busca-se identificar o Contrato Administrativo como fenômeno atual do Direito Econômico, tendo como ponto de partida o Direito Constitucional-administrativo, passando pela análise do instituto no âmbito do Direito Administrativo, propriamente dito.

Cumprir observar, por último, que, sob o aspecto metodológico, a estruturação das referências bibliográficas foi feita de acordo com as recentes modificações das diretrizes da

ABNT, constantes da NBR6023, vigentes a partir de agosto de 2000.

## 2. A ATUAL CONCEPÇÃO JURÍDICA DO ESTADO

### 2.1- SÍNTESE HISTÓRICO-EVOLUTIVA

Com a convicção de que o Estado, historicamente, foi concebido a partir de movimentos sociais, políticos, econômicos e ideológicos, faz-se aqui uma ilustrativa referência histórica das fases por que passaram a grande parte das organizações estatais modernas, desde a sua concepção liberal inicial, trilhando pela fase em que os Estados tomaram para si atribuições dos particulares, culminando na fase atual, com a reformulação do conjunto de atribuições estatais, fases estas que implicaram em diferentes concepções jurídicas dos modelos estatais.

Inicialmente, o Estado Moderno se concebeu, e foi concebido, mediante a necessidade da 'sociedade burguesa' em contar com um terceiro para atuar na resolução dos conflitos individuais, representando a idéia de fornecer segurança às relações jurídicas e aos contratos, bem assim para que o exercício do poder político pudesse repousar sobre o manto da legitimidade, sempre de forma a viabilizar os modos de produção capitalista. A primeira feição do Estado moderno se constituiu para legitimar o exercício do poder na sociedade, com o fito de proteger as atividades de uma burguesia emergente contra atos de império, e, a seu turno, pacificar as massas. Entretanto, a organização estatal possuía atribuições mínimas (*laissez-faire, laissez-passer*), que, sob o aspecto jurídico, eram ligadas à segurança das relações jurídicas, fundadas na liberdade de iniciativa e na propriedade privada dos meios de produção. Em tal circunstância, a "ordem econômica" se organizava de forma livre e espontânea. Este organismo constituiu-se no que se chamou de *Estado Liberal*.

No período do Estado Liberal, o poder político passou a sofrer limitações, estas, ligadas principalmente às garantias da liberdade do indivíduo. Paralelamente, erigiu-se a teoria da

separação dos poderes, que destacou a órgãos específicos o exercício de atividades e funções próprias, como as de julgar, legislar e administrar, preservando o exercício das prerrogativas públicas, porém, de forma limitada e estanque.

Estas são duas idéias que, firmemente, se colocam no contexto social da época, para se entender o surgimento do Estado Liberal. É precisamente em nome daquela "*liberdade que no Estado Liberal se afirma a necessidade de limitar o poder político, quer através da sua divisão e repartição por vários órgãos, quer através da redução ao mínimo das tarefas por ele desempenhadas*"<sup>5</sup>.

Torna-se relevante o princípio da legalidade, que vai realmente determinar o surgimento do Estado Moderno, baseado nos ditames da lei, dirigida a todos indistintamente, de caráter geral e abstratamente.

Já no período liberal, tanto os atos de autoridade quanto os atos de soberania estão sujeitos à lei. Aqueles (atos do Fisco), como dantes, mantêm-se sujeitos ao Direito Comum, por outro lado, estes (atos administrativos) passaram a ser objeto de apreciação de um novo ramo do direito, o Direito Administrativo.

Na observação de **José Eduardo Faria** (1978:34), com a Revolução Inglesa de 1688, a Independência norte-americana em 1776, e a Revolução Francesa de 1789, períodos revolucionários que implantaram o parlamentarismo, a separação dos poderes e a estruturação do regime federativo, e a renovação intelectual do naturalismo renascentista e do protestantismo, respectivamente, o processo histórico "*culmina no aparecimento do moderno **Estado de Direito**: o Estado liberal do século XIX, resultante de um determinado padrão histórico de relacionamento entre o sistema político e a sociedade civil...*".

**José Joaquim Gomes Canotilho** afirma também que a partir do século XIX, o Estado passa a ser a referência dos movimentos constitucionalistas, passando a se ter a figura do *Estado Constitucional*, que é uma *tecnologia política de equilíbrio*

---

<sup>5</sup> Cf. **Maria João Estorninho**, *A Fuga para o Direito Privado(...)*, 1996, p.30.

*político-social* a combater os arbítrios da *autocracia absolutista do poder e os privilégios orgânico-corporativos medievais* (1998, p. 84), sendo que o "*constitucionalismo procurou justificar um Estado submetido ao direito, um Estado regido por leis, um Estado sem confusão de poderes*" (*ob. cit.*, 87).

Sob o ponto de vista da atuação do Estado no domínio público o que caracterizou esta época foi a inexpressividade da noção de serviço público, enquanto que verificava-se a sua total abstenção em relação à atuação no domínio econômico.

Depois da I Guerra Mundial (1914-1918), com o desenrolar dos acontecimentos históricos nos países em que vigorava uma economia de perfil capitalista, como resposta à implantação dos regimes socialistas, instaura-se o *Estado Social, do bem-estar, da providência*<sup>6</sup> e do *desenvolvimento*, fundado na necessidade de distribuir mais eqüitativamente os bens sociais através da participação direta do Estado na distribuição da riqueza, na prestação de utilidades fruíveis pelos administrados, bem como no desenvolvimento da atividade produtiva, comercial e industrial, como novo elemento propulsor do motor da economia. Esta participação chegou a, paulatinamente, limitar a esfera de atuação da iniciativa privada, fazendo com que se repensasse quais atividades ficariam a cargo dos particulares e quais seriam objeto da incumbência do Estado, protetor incólume do interesse público, à época.

O período que culminou na derrocada do Estado Liberal, e surgimento do Estado Social (Estado-providência), deve ser entendido a partir da atenta observação das transformações econômicas, sociais e culturais ocorridas<sup>7</sup>.

Nesse período, o Estado passa a ser responsável por um grande número de demandas. Tal situação, diferentemente do que acontecia no período liberal, transferia ao Estado-providência a responsabilidade pela manutenção constante da felicidade do

---

<sup>6</sup> Segundo **Alain-Serge Mescheriakoff** a expressão Estado-providência já era utilizada por **Luis Blanc** desde 1871(*Droit Public Économique*. 1996: 41).

<sup>7</sup> **Mescheriakoff**, ao examinar o surgimento do Estado-providência, afirma que "*cette conception de l'Etat-providence trouvera à s'appliquer lors des désodres économiques de l'après-guerre 1914-1918, et surtout de la grande dépression de 1929*" (*ob. cit.*, 50).

indivíduo, enquanto que, anteriormente, era sua abstinência e distanciamento que propiciava esta mesma sensação.

Como fator decisivo para que o Estado passasse a desenvolver atividades interventivas na economia, destaca-se o fenômeno da *concentração econômica*, em que "as empresas tendem a aumentar a sua dimensão, quer pela ampliação de sua extensão territorial e geográfica, quer também pela eliminação da concorrência"<sup>8</sup>. Neste sentido, "o fenômeno da concentração do poder econômico nas mãos de uns poucos veio a trazer a necessidade de o Estado intervir para sanar a crise do liberalismo econômico, salvando a liberdade de iniciativa. Assinale-se que o Estado não interveio para coibir a liberdade econômica das empresas, mas para garanti-la mais concreta e efetivamente" (ob. cit., 224).

Principalmente a partir da Constituição de Weimar - 1919, passou-se a prever, em nível constitucional, normas de natureza econômica capazes de delimitar o espaço de atuação da iniciativa privada. Esta mudança se deu em virtude das imperfeições da experiência liberal do século XIX, que, na opinião de **Geraldo de Camargo Vidigal**<sup>9</sup> podem ser resumidas no *surgimento dos monopólios, no advento de cíclicas crises econômicas e no exacerbamento do conflito capital/trabalho*, não foi capaz de subverter o quadro de desagregação social constatado a partir do surgimento de novas concepções sociais e modelos econômicos coletivistas. Foi encontrado um espaço em que brotavam as necessidades de restringirem-se as atividades dos detentores da fortuna privada.

Estabeleceu-se, em nível da pragmática da comunicação normativa constitucional, aquilo que a doutrina convencionou chamar de *Constituição Econômica*, definida por **Josaphat Marinho**, como "o complexo das normas básicas reguladoras do fato econômico e das relações principais dele decorrentes"<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Cf. **João Bosco Leopoldino da Fonseca**, *Direito Econômico*, 1997, 2ª edição, 222.

<sup>9</sup> Apud **Eros Roberto Grau**, 1997: nota 1, p. 15.

<sup>10</sup> Artigo publicado na *Revista de Direito Administrativo*, 1984: p. 4.

No mesmo artigo, o jurista baiano elenca a posição de **Vital Moreira**, no sentido de que Constituição Econômica é "o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os

Ao verificar os traços comuns existentes nos diversos sistemas constitucionais, **Josaphat Marinho** afirma que as cláusulas tradutoras das normas de natureza econômica gravitam em torno do controle da "*atividade pública e privada e de justiça social*" por parte do Estado.

Este dado evidencia o caráter *dirigente ou diretivo* das Constituições da época, posto que não se bastam em conceber-se "*instrumento de governo*", mas, além disso, enunciam diretrizes, programas e fins a serem pelo Estado e pela sociedade realizados"<sup>11</sup>.

Em verdade, os textos constitucionais das sociedades ocidentais capitalistas passam a sofrer o influxo do Direito Econômico, disciplina que, a par da necessidade de disciplinamento mais expressivo sobre os fatos econômicos da época, representou o conjunto de regulações jurídicas do intervencionismo estatal.

A partir do soerguimento do modelo intervencionista de Estado, erige-se a disciplina jurídica do *Direito Econômico*. Numa primeira análise, ousaríamos averbar que *o Direito Econômico é o conjunto de normas voltadas para dispor sobre a atuação pública e privada na economia*. Este conceito conforma uma noção híbrida do direito econômico, ora alocada no direito público, ora no direito privado, uma vez que a disciplina compreende regras de direito civil, comercial, administrativo, penal, tributário, desenvolvendo-se em *zona intermediária*, admitindo-se, todavia, a divisão entre público e privado apenas por uma questão de *divisão-de-trabalho*<sup>12</sup>.

Em verdade, esta definição parece estar mais próxima da acepção do *direito da economia*, conformando regras de direito público – relacionadas à intervenção do Estado na economia, desapropriação, regime jurídico dos bens públicos, e de direito

---

*elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia*".

<sup>11</sup> Cf. **Eros Grau**, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 1997, p. 59.

<sup>12</sup> Cf. **Orlando Gomes** e **Antunes Varela**, *Direito Econômico* 1977, 4.

privado – relacionadas ao regime de propriedade, privilégios e hipotecas, transmissões hereditárias de bens.

**Washington Peluso Albino de Souza**, preferindo deixar de lado a divisão entre direito público e direito privado, oferece conceito no sentido de que "*Direito Econômico é o ramo do direito que tem por objeto a regulamentação da política econômica e por sujeito o agente que dela participe. Como tal, é o conjunto de normas de conteúdo econômico que assegura a defesa e harmonia dos interesses individuais e coletivos, de acordo com a ideologia adotada na ordem jurídica*"(1994: 23).

**André de Laubadère**, dando primazia à idéia de que o *direito da economia* trata-se de um ramo do "*direito aplicável a todas as matérias que entram na noção de economia*"(1985: 18), identifica o *direito econômico* com o ramo do direito que cuida da *intervenção do Estado na economia* (*ob. cit.*, 27).

Seguindo este pensamento, **Luís Cabral de Moncada** associa-se à concepção de que o *direito econômico* tem como *idéia fundamental a intervenção do Estado na vida econômica*, afirmando que "*o direito econômico assim perspectivado, afirma-se fundamentalmente como direito público que tem por objectivo o estudo das relações entre os entes públicos e os sujeitos privados, na perspectiva da intervenção do Estado na vida económica* (1988, p. 12).

Tomando, desta forma, como corolário do objetivo antes traçado, o *Direito Econômico*, como ramo jurídico autônomo, imbuído de solidez e unidade, volta-se para a disciplina da intervenção do Estado na economia, seja em relação à sua própria atuação no exercício direto da atividade econômica, seja em relação à conformação da atuação econômica dos particulares.

Como a ordem jurídica regula fatos sociais e econômicos que se mostram relevantes para uma determinada sociedade, com o intento de promover a tutela do bem comum, através de normas que regem a conduta intersubjetiva, sob a forma de comandos impositivos (positivos ou negativos),

proibitivos, autorizativos e indicativos<sup>13</sup>, passou o Direito Econômico, como o direito das políticas públicas de controle da economia<sup>14</sup>, a veicular normas que implicassem no fenômeno do controle econômico e de polícia econômica.

De acordo com **Luís Cabral de Moncada**, a "*ordem jurídica do Estado intervencionista atribui à norma um papel completamente diferente do que tinha anteriormente. A norma jurídica assume agora um conteúdo econômico e social perdendo a neutralidade axiológica que a caracterizara na fase liberal*" (1988: 26).

Historicamente, o fenômeno da intervenção não se mostrou permanente em termos qualitativos e quantitativos, podendo-se distinguir *intervencionismo, dirigismo e planificação*. Em conformidade com **Luís Cabral de Moncada**, a diferença entre intervencionismo e dirigismo é muito importante, porque é uma diferença qualitativa, "*dado que só o dirigismo, característico do pós-guerra, pressupõe uma actividade coordenada do Estado em prol da obtenção de certos fins, ao contrário do empirismo que caracterizava o intervencionismo*". Este Autor afirma que a diferença entre o dirigismo e a planificação é de ordem quantitativa, pois "*a planificação é um dirigismo por planos*", residindo a diferença no grau de racionalização mais apurado que subentende o documento planificatório (*ob. cit.*, 32).

Em consequência, passou-se a considerar necessário que o Estado, em decorrência da inclusão deste reclame em nível de previsão constitucional, realizasse a tarefa de redimensionar e orientar o processo econômico, correspondendo à evolução que culminou no Estado Intervencionista, que teve diversas denominações, entre elas: *Estado Social de Direito*, onde "*o qualificativo refere-se à correção do individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais e realização de*

---

<sup>13</sup> Cf. **Ricardo Antônio Lucas Camargo**, *Breve Introdução ao Direito Econômico*, 1993: 14.

<sup>14</sup> Segundo **Fernando Herren Aguillar** (*Controle Social de Serviços Públicos*, São Paulo, Max Limonad, 1999, p. 98), o Direito Econômico estuda o papel que o Estado desempenha na organização jurídica da estrutura do modo capitalista de produção econômica, notadamente na implementação de políticas públicas.

<sup>15</sup> Apud **José Afonso da Silva**, 1996, p. 116.



*objetivos da justiça social" (Elías Díaz<sup>15</sup>), com funções de alcançar a providência, o bem-estar e o desenvolvimento. Era fundado na necessidade de distribuir mais eqüitativamente os bens sociais, seja através da participação direta na atividade produtiva, explorando bens e serviços na condição de empresário, seja por meio da constituição de monopólios legais, ou simplesmente por meio do exercício de controle, fiscalização, incentivo e planejamento. Essa participação chegou a limitar a esfera de atuação da iniciativa privada, fazendo com que se repensassem quais atividades ficariam a cargo dos particulares e quais seriam objeto da incumbência do Estado, protetor incólume do interesse público. O fato é que modelo de *Estado Social* modificou diversos aspectos da convivência social do século XX.*

Dessa forma, a normatividade em torno das ações políticas, econômicas e sociais começou a se erigir com os seguintes aspectos caracterizadores: socialização da propriedade (não tem natureza socialista em sentido técnico), mesmo admitindo-se, em sede normativa, o pleno respeito à propriedade privada; garantia de liberdades coletivas (associação sindical, direito de greve, gestão nas empresas); prevenção de abuso de poder econômico; e proteção do comércio e das atividades ligadas ao consumo<sup>16</sup>.

O que de fato ocorreu, em face da proeminência dada ao direito público, foi a estreita obrigatoriedade de atendimento por parte do Estado (*Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário*, harmônicos entre si), das necessidades sociais e coletivas, em face da consubstanciação, contida na norma, em torno dos aspectos econômico e social, porque realidades dialeticamente inter-relacionadas, para que se assegurasse, ainda e sempre, *legitimidade ao sistema político-jurídico*.

---

<sup>15</sup> Apud **José Afonso da Silva**, 1996, p. 116.

<sup>16</sup> Para **José Afonso da Silva** (*Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 1998: 115), o "Estado tende cada vez mais a ser social, dando prevalência aos interesses coletivos, antes que aos indivíduos. E é exatamente nessa adoção de fins sociais prevalentes à proteção dos fins individuais que o Estado Democrático de Direito se distingue do Estado Liberal individualista".

**Augusto de Ataíde** averba que a crescente intervenção pública na economia determinou, nos sistemas jurídicos do tipo continental, transformações e conseqüências essencialmente de duas espécies: *aumento do número de normas em vigor sobre matérias econômicas; e, crescimento da chamada "Administração Econômica" ou "Administração Pública da Economia"*(1970, 24).

Em pé de igualdade com este raciocínio, **Edvaldo Brito**, chamando a atenção para a interpenetração dos objetos da Economia e do Direito, acentuadamente na fase do Estado Social, afirma que houve abalos às estruturas econômicas tradicionais, e que puderam ser firmemente sentidas no plano jurídico mediante determinados reflexos, destacando-se:

*O " culto a noções como a de direito subjetivo(...); a de direito subjetivo público(...); a de ordem pública econômica, gerando a crise da noção de serviço público, com o surgimento do Estado-empresário (empresas públicas, sociedades de economia mista), do Estado do bem-estar social (fundações culturais, entidades oficiais de assistência e previdências sociais), do Estado submetido à disciplina jurídica do direito privado; a do contrato como disciplina jurídica das relações sociais, alcançando as excelências da lei: contratos de massa, dentre eles os de adesão; a de boa-fé, pela construção pretoriana, para ajustar a execução das prestações nas obrigações contratuais; as de proteção dos mais fracos economicamente, com os amortecedores da teoria da imprevisão, da onerosidade excessiva, do enriquecimento ilícito, do abuso de direito, a legislação protecionista para o devedor, o trabalhador, o inquilino; a da socialização do risco, com a securitização coletiva da reparação de danos" <sup>17</sup>.*

Conclui o seu pensamento, no sentido de que o Estado passa *"a interpenetrar as suas atividades com aquelas típicas do domínio econômico, as quais podem ser, então, identificadas em*

---

<sup>17</sup> Cf. "A Atuação do Estado no Domínio Econômico". "Desafios do Século XXI",1997 b: 262/263.

*três grandes grupos: as de coação (dirigismo), as de persuasão (estímulo), as de prestação (oferecimento de utilidades, em competição com o particular ou com exclusividade característica do monopólio)*”(ob. cit., p. 263). Implementa-se assim o modelo de *Estado Intervencionista*.

De outra parte, **Maria Sylvia Zanella Di Pietro** (1999, p. 21), em conformidade com a observação de **Juan Carlos Cassagne** (1992: 140-141), verifica que o modelo intervencionista acabou proporcionando superdimensão das estruturas administrativas; regulações abundantes e excessivas das liberdades econômicas e fundamentais; configuração de monopólios legais a favor do Estado; e participação estatal exclusiva ou majoritária no capital de empresas industriais ou comerciais. Daí concluir-se que ao Estado eram consagradas extensas tarefas, com larga atuação no domínio público, e alargamento da noção de serviço público, assim como também, lhe incumbia o exercício da atividade econômica, mediante a intervenção direta e indireta.

**Maria João Estorninho**, também, aponta para o fato de que nesse período houve um superdimensionamento da atividade administrativa, fazendo com que o alargamento das necessidades públicas exigisse que a Administração Pública se tornasse mais eficiente e ágil, buscando as formas jurídico-privadas nas tarefas econômicas (fomento económico, dirigismo económico e participação na indústria), nas tarefas sociais, nas tarefas culturais e nas tarefas de cooperação<sup>18</sup>.

Este alargamento das funções e tarefas do Estado acabou por provocar um intrincado alargamento de sua estrutura, fazendo com que, ao longo do tempo, perdesse terreno a idéia de que ao Estado caberia defender, quase que solitariamente, todos os interesses, anseios e aspirações dos complexos tecidos sociais existentes. Tal situação configura o aparecimento de um caráter ambíguo na percepção do papel do Estado. É justamente do surgimento desta ambigüidade no papel do Estado, que se passou

---

<sup>18</sup> Cf. **Achterberg**, Apud **Estorninho**, ob. cit., p.41.

a refletir sobre a efetividade da ação social e econômica por ele empreendida. A ambigüidade se revela no fato de que, o que era antes fundamental para o desenvolvimento e aprimoramento das relações sociais, passou a ser prejudicial e atravancador<sup>19</sup>.

Uma situação que se evidencia também, é que o curso da história moderna aponta para a passagem do Estado Totalitário da Idade Média para o Estado Democrático de Direito do século XX. No Estado totalitário impera o completo domínio público sobre as atividades privadas dos sujeitos e da comunidade, não havendo margem para a autonomia privada, englobando-se todos os recursos disponíveis e todos os sujeitos existentes, enquanto que no Estado democrático admite-se a participação popular nas decisões políticas e também há o reconhecimento de que não há disponibilidade de recursos materiais e humanos para prover a realização de todas as suas funções, havendo a necessidade de recorrer-se aos recursos materiais e humanos privados<sup>20</sup>.

Diante dessa idéia, o Estado, no que concerne à necessidade de contar com os recursos dos particulares reduz sua atuação no âmbito da compulsoriedade<sup>21</sup>, ampliando-se, por outro lado, os modos de atuação por participação.

Atualmente, ouvem-se os discursos pró e contra a reformulação do papel do Estado, bem assim, genericamente, da análise das legislações de diversos países, depreende-se a implementação do modelo reducionista, que, sob o ponto de vista público e econômico, implica na redução significativa de sua estrutura administrativa e de sua atividade econômica, através da

---

<sup>19</sup> O modelo implantado, no decorrer do tempo, representou uma situação que pode ser percebida com o que disse **Bernardo de Chartres**: "Nós somos anões empoleirados nos ombros de gigantes. Desse modo, vemos melhor e mais longe de que eles, não porque a nossa vista seja mais aguda ou a nossa estrutura maior, mas porque eles nos levantam no ar e nos elevam a toda a sua gigantesca altura" (Apud **Paulo Ferreira da Cunha**. 1991, II, p. 12). Nesse sentido, o Estado passa a ser o "gigante" e a sociedade passa a ser a "anã", existindo uma relação benéfica, ou seja, sem contraposição. O Estado, como um ente maiúsculo, foi o motor da minúscula sociedade.

<sup>20</sup> Cf. **Marçal Justen Filho**, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, de acordo com a Lei Federal nº8.883, de 08/06/1994*, 1997, 37.

<sup>21</sup> Segundo a idéia de **Marçal Justen Filho**, na atuação compulsória fica restrito ao campo da tributação; desapropriação, por interesse público ou necessidade pública, ou por interesse social; serviços eleitorais, integração no júri e prestação de serviços militares obrigatórios para os homens (*ob. cit.*, 39). Entendemos que o Estado ainda possui atribuições compulsórias de outras espécies, como zelar pela defesa do território nacional, possuindo, *v.g.*, o monopólio da violência.

desregulação; desmonopolização; venda de ações de empresas estatais ao setor privado; concessão de serviços públicos; e os contracting out <sup>22</sup>.

Adverte-se que a *"uma situação de entusiasmo com o chamado Estado **empreendedor** sucede uma posição de desconfiança e descrédito, principalmente pela **baixa eficiência comprovada"** <sup>23</sup>.*

Na forma como concebido, o Estado Social, hoje é um modelo falido, *"porque não responde à demanda de uma sociedade, cuja civilização está monitorada por avanços tecnológicos que ditam a nova face do poder e que exigem, para o exercício satisfatório desse poder, a interpenetração dos recursos de cada qual dos Estados nacionais, sob pena de debilitação tal que se assemelha a um estágio similar ao de seu desaparecimento"* <sup>24</sup>.

No período em que se verificou que a Administração Pública não tinha mais condições de dar cabo do gigantesco conjunto de demandas sociais, passou-se ao período que **Estorninho** chama de *"Estado Pós-social"*. Assim, a partir da busca de uma *"tábua de salvação, a Administração Pública procura hoje desesperadamente reencontrar a eficiência, notadamente através de fenómenos de privatização e de revalorização da sociedade civil"*(*ob. cit.*, p. 48). Segundo a Autora, em Portugal, a busca pela melhoria se orienta pela *"distinção entre atividades administrativas principais (ditas operativas, ou seja aquelas que realizam directamente os objetivos do sistema e se traduzem no directo desempenho das atribuições das atividades em causa) e as atividades administrativas instrumentais (que propiciam a realização das primeiras)"*(p. 48). Assim, aponta que as atividades mais suscetíveis de desintervenção são as atividades instrumentais.

---

<sup>22</sup> **Di Pietro**, *Parcerias na Administração Pública - Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e outras Formas*, 1997, p. 13-14.

<sup>23</sup> Cf. **João Bosco Leopoldino da Fonseca**, *ob. cit.*, p. 230.

<sup>24</sup> Cf. **Brito**, *ob. cit.*, p. 263.

**Diogo de Figueiredo Moreira Neto** acentua a passagem do *Estado Monoclasse*, "modelo de organização política voltado à proteção e atendimento das classes dominantes", para o *Estado Pluriclasse*, como organização política dominante, "passando a refletir nos Parlamentos e nos governos a pluralidade da própria sociedade e a determinar as mudanças de atuação" (2.000: 39).

Aponta-se ainda que há a evolução ao nível do entendimento e conceituação dos tipos de atividade na Administração Pública, a partir da tripartição clássica nas áreas de *Polícia*, *Serviço público* e *Fomento*, surgindo outras classificações como, por exemplo, a distinção entre ação de garantia e de ação administrativa de prestação, ação administrativa de estímulo. Aponta também, para a falta de clareza acerca do significado dos conceitos de "forma de organização" e "forma de atuação" <sup>25</sup>.

Paralelamente, o afunilamento do mundo das ideologias e o rompimento tecnológico das tradicionais barreiras impostas à informação, proporcionaram, na conjuntura internacional, um ambiente favorável à sonhada integração econômica entre os mercados, fenômeno mundialmente conhecido como *globalização*.

Por volta do fim da década de 1980, decretou-se, de um lado, o "fim do socialismo", pari passu, novo fôlego às economias de perfil capitalista, em que prevalecem a livre concorrência, a propriedade privada dos meios de produção, a busca do lucro máximo e a sociedade de consumo. Instala-se o ambiente da livre competição entre os países, entre empresas, e entre indivíduos. Do outro lado, os avanços tecnológicos modificaram o perfil da comunicabilidade humana, tornando-a mais ativa e mais rápida<sup>26</sup>. De acordo com **José Alfredo de Oliveira Baracho**, **Michel Crozier** faz uma reflexão sobre a perniciosa interferência do Estado na vida social, afirmando que a "*sociedade moderna não pode agüentar um sistema administrativo supercarregado e*

---

<sup>25</sup> Cf. **Maria João Estorninho**, *ob. cit.*, p. 52.

<sup>26</sup> **Juan Carlos Cassagne** adverte que os processos de transformação acerca do papel do Estado advêm muito mais da realidade do que das ideologias, em grande medida pelas proposições do direito comunitário europeu (1993: 59).

*desorganizado. Destinada à complexidade e à inovação, não pode contentar-se com procedimentos arcaicos e estáticos” (1997: 4).*

Particularmente, **Orlando Gomes** (1961: 13), com aguçada visão, analisando as correlações do Direito com o Desenvolvimento, lembrava, em conformidade com as colocações de **Fraga Iribarne**, que as principais mudanças ocorridas no último século estavam (e estão) ligadas aos novos processos *tecnológicos, demográficos e ecológicos*.

Neste ínterim, o processo tecnológico foi fundamental para viabilizar a "mundialização" dos mercados, exigindo dos Estados Nacionais maior praticidade e melhor desenvoltura no empreendimento de suas atribuições.

Destaca-se, nesse cenário, o fenômeno da globalização, constituindo-se, segundo **José Eduardo Faria**(1999: 59/60), a partir da ênfase dada pela literatura anglo-saxônica dos anos 80, numa *nova economia política das relações internacionais*. De acordo com o Autor, desde a última década, a globalização como conceito plurívoco *"tem sido utilizado para expressar, traduzir e descrever um vasto e complexo conjunto de processos interligados"* <sup>27</sup>.

Dentre os processos, os que mais importaram nas mudanças de paradigmas da concepção de Estado, sem dúvida, foram a crescente autonomia adquirida pela economia em relação à política; a emergência de novas estruturas decisórias operando em tempo real e com alcance planetário; as alterações em andamento nas condições de competitividade de empresas,

---

<sup>27</sup> Evidencia-se, por exemplo, *"a crescente autonomia adquirida pela economia em relação à política; a emergência de novas estruturas decisórias operando em tempo real e com alcance planetário; as alterações em andamento nas condições de competitividade de empresas, setores, regiões, países e continentes; a transformação do padrão de comércio internacional, deixando de ser basicamente inter-setorial e entre firmas e passando a ser eminentemente intra-setorial e intrafirmas; a 'desnacionalização' dos direitos, a desterritorialização das formas institucionais e a descentralização das formas políticas do capitalismo; a uniformização e a padronização das práticas comerciais no plano mundial, a desregulamentação dos mercados de capitais, a interconexão dos sistemas financeiro e securitário em escala global, a realocação geográfica dos investimentos produtivos e a volatilidade dos investimentos especulativos; a unificação dos espaços de reprodução social, a proliferação dos movimentos imigratórios e as mudanças radicais ocorridas na divisão internacional do trabalho; e, por fim, o aparecimento de uma estrutura político-administrativa multipolar incorporando novas formas de cooperação e conflito tanto no movimento do capital quanto no desenvolvimento do sistema mundial"*(1999: 59/60).

setores, regiões, países e continentes; e o aparecimento de uma estrutura político-administrativa multipolar incorporando novas formas de cooperação e conflito tanto no movimento do capital quanto no desenvolvimento do sistema mundial.

**José Eduardo Faria** verifica ainda que o novo no processo de globalização, e que preponderantemente aqui interessa, é *"um fenômeno complexo e intenso de interações transnacionais, onde a empresa privada progressivamente substituiu o Estado como ator principal, criando algo qualitativamente diferenciado de quase tudo o que se teve até agora em matéria de ordenação socio-econômica e de regulação político-jurídica"*(*ob. cit.*, 62).

**João Bosco Leopoldino da Fonseca**, na mais recente edição do seu *Direito Econômico*<sup>28</sup>, traça um perfil da nova e atual concepção de Estado, chamando atenção para o seu novo papel.

Por outro lado, neste contexto, **João Bosco Leopoldino da Fonseca**, fazendo a ressalva no sentido da forte tentativa de reabilitar a **economia de mercado**, *"substituindo-se assim os instrumentos de regulação estatal do mercado por outros existentes dentro do próprio mercado e que seriam capazes de atuar como reguladores"*, assevera ser evidente que o Estado não pode omitir a sua função de ator dentro mercado(2.000, 256).

Afirma o Autor citado que não *"se pode querer afastar completamente o Estado do compromisso segundo o qual o progresso material decorre da lógica da evolução do mundo, pois que ele passa a atuar como garantidor da coerência e da segurança dessa nova forma de regulamentação dos comportamentos humanos"*(*ob. cit.*, 257).

No mesmo sentido se pronuncia **Fernando Herren Aguillar**, quando situa a progressiva transferência, à iniciativa privada, de tarefas tradicionalmente atribuídas ao Estado num

---

<sup>28</sup> Terceira edição, revista, ampliada e atualizada, da obra *Direito Econômico*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2.000.

De acordo com este Autor, *"o Estado não é eliminado, mas assume funções novas, até então desconhecidas com sua nova caracterização"*, passando o Direito Econômico, *"como conjunto de normas que regem a organização do mercado, a presidir à elaboração das novas regras de conduta no mercado, mas sobretudo informar a criação e aplicação dessas regras"*(2.000, 255).



amplo quadro de transformações da economia capitalista mundial, para afirmar que apenas "aos olhos destreinados essas transformações significam, porém, uma redução do papel do Estado na economia. Elas representam uma mudança circunstancial do papel do Estado, que cede suas funções empresariais para assumir com maior ênfase as funções de agente regulador" (1999: 29).

Encontra-se atualmente entre nós a marcante tendência à instituição da regulação no âmbito das atividades da iniciativa pública e particular, *i.e.*, quer sobre serviços públicos prestados diretamente pelo Estado ou mediante concessão ou permissão, quer sobre o exercício de atividade econômica dos particulares. A atividade de regulação não é coisa nova, podendo-se dizer que desde o fim da Idade Média já haviam traços de sistemas regulatórios instituídos em diversas localidades da Europa Ocidental, com linhas marcantes que dominavam a ordem econômica, tais como a liberdade econômica sobre restrições; empreendimentos privados sob regulamentações detalhadas; e mercados sob poder regulatório de autoridades públicas <sup>29</sup>. A tendência atual, diferentemente do que aconteceu no passado, apenas reordena a regulação econômica de forma a que se venha apenas a condicionar, coordenar e disciplinar a atividade econômica, sem que haja preponderantemente a participação do Estado no exercício da atividade econômica. Sobre a regulação, uma importante noção é trazida por **Marcos Juruena Villela Souto**, quando prediz que "a regulação deve ser considerada sobre três aspectos, a saber: a **regulação de monopólios**, em relação aos quais devem ser minimizadas as forças de mercado através de controles sobre os preços e a qualidade do serviço, **regulação para a competição**, para viabilizar a sua existência e continuidade, e **regulação social**, assegurando prestação de serviços públicos de caráter universal e a proteção ambiental" (2.000: 157).

---

<sup>29</sup> Cf. **Rosseti**, 1997, p. 302/303.

Um fato que não pode, e não deve, passar despercebido é que o modelo de *Estado Social* modificou diversos aspectos da convivência social do século XX, criando-se um modelo intervencionista e operativo, capaz de introjetar uma cultura nova, alentadora dos despossuídos, principalmente nas sociedades menos desenvolvidas. Segundo **Edvaldo Brito**, o "*Estado-providência era necessário e representou uma formidável experiência de solidariedade que caracterizou a democracia moderna, através da assunção pela coletividade do curso do destino de indivíduos, objetivando amparar a todos*"(ob. cit. b, 263).

O que se pode afirmar, após extensa reflexão, é que os modelos de Estado devem complementar-se, não havendo uma receita específica para todos os países. No Brasil, é preciso levar em conta os aspectos e características culturais, econômicos, políticos, e principalmente sociais, para que se possa criar um modelo brasileiro próprio de *Estado Pós-social*, adaptado-o aos reclames de um "país em desenvolvimento"<sup>30</sup>.

Na vigência da Constituição Federal de 1988, de índole neo-liberal segundo **Washington Peluso Albino de Souza**<sup>31</sup>, implementando-se este *Estado Neo-liberal* ou promovendo-se o retorno ao *Estado mínimo*, dizer-se-ia que a ele não mais cabe o exercício de atividade econômica, restringindo-se à prestação de serviços públicos. Esta afirmação deve ser encarada com restrições porque a própria Constituição Federal, apesar de limitar a atuação do *Estado* no exercício da atividade econômica, prevê a plena possibilidade de que esta situação possa vir a se concretizar em face de imperativo da segurança nacional e do interesse coletivo (C.F., art. 173).

---

<sup>30</sup> **João Bosco Leopoldino da Fonseca** apropriadamente afirma que o "*novo modelo de atuação do Estado no âmbito do mercado, no Brasil vem buscando inspiração nas formas de controle já adotadas nos Estados Unidos e em recente implantação na Europa. É preciso, contudo, ter em mente que inspirar-se não é sinônimo de copiar. As características culturais, econômicas, políticas e sociais são profundamente diferentes lá e cá, e será preciso que o legislador brasileiro procure criar o modelo brasileiro, adaptado às exigências de um País em desenvolvimento*" (2.000, p. 271).

<sup>31</sup> Apud **Eros Roberto Grau**, 1997, 208.

Deve-se deixar fixado o fato de que esta nova concepção estatal proporcionou a fragmentação da noção de serviço público, a limitação da intervenção direta do Estado na economia (exercício da atividade econômica), dilargando, em alguns casos, os mecanismos da intervenção indireta (regulações, regulamentações), e em outros promovendo a completa desregulamentação de setores.

Atualmente, ressurgiu a idéia de *subsidiariedade*, fortemente cogitada no passado pela doutrina social da Igreja, segundo a qual seria injusto retirar dos grupamentos menores, para alocar em coletividades maiores e mais vastas, atribuições ou funções que eles próprios poderiam desenvolver. Esta idéia de subsidiariedade veicula-se a diversos aspectos filosóficos, políticos, sociológicos, jurídicos e econômicos da vida humana, notadamente, correlacionando-se com temas ligados à relação Estado e sociedade, autonomia política e administrativa, ao federalismo, ao pluralismo, à repartição de competências, entre outros.

Sobre as relações do Estado com a sociedade, a subsidiariedade implica na perspectiva de que os interesses do Estado e da sociedade não sejam essencialmente colidentes.

Notadamente em nível doutrinário, erige-se o *princípio da subsidiariedade*, aplicável também às ações empreendidas pelo Estado, principalmente no campo econômico e social. Neste aspecto, descreve-se o sobredimensionamento do Estado, em matéria econômica, e a sua inefetividade em matéria social.

O princípio da subsidiariedade evidencia o caráter de complementariedade ou complementariedade nas ações estatais, seja negativo, como limite à intervenção estatal, seja positivo, como justificação da intervenção pública <sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> Cf. evidencia **José Alfredo de Oliveira Baracho** (1997:50). Segundo este Autor, a "*subsidiariedade não deve ser interpretada como um princípio que propõe um Estado mínimo e débil, que se retrai a simples funções de vigilância, resguardo ou arbitragem. Com isto estaria declinando de toda promoção do bem-estar, de toda presença ativa para orientar e articular as atividades humanas. Não objetiva destruir as competências estatais, mas reordená-las, de maneira idônea e responsável*" (*ibid*, p. 48). Lança-se a idéia de implantação da concepção do que a doutrina apropriadamente denominou de Estado Subsidiário.

**Juan Carlos Cassagne**, sobre o Estado Subsidiário, averba o seguinte:

*"sus rasgos predominantes lo tipifican como una organización binaria que se integra com una unidad de superior jeraquía que ejerce las funciones indelegables (justicia, defensa, seguridad, relaciones exteriores, legislación) pertencientes al Estado como comunidad perfecta y soberana, unidad que se completa al proprio tiempo com outra, mediante funciones desarrolladas por un conjunto de organizaciones menores que cumplen una misión supletora de la actividad privada (educación, salud, servicios públicos)" (1993: 61).*

Entre as características principais nas transformações do Estado, destaca-se a manutenção dos princípios retores do Estado de Direito, baseados na separação dos poderes, garantia das liberdades e demais direitos individuais e submissão da Administração Pública à lei; no terreno político, a democracia aberta e pluralista continua sendo um dos seus postulados essenciais; o princípio básico que legitima a intervenção do Estado no plano político, econômico e social é a supletividade; no plano estritamente econômico, na maioria dos países se afirma a economia social de mercado, apoiada nos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência; as políticas sociais estatais encontram-se limitadas por forças de natureza econômico-financeira, só devendo ser executadas com base na verificação de que a comunidade não consegue suplantar as dificuldades da efetiva subsidiariedade.

Tais considerações sobejam a face mais liberal do princípio da subsidiariedade, sendo que sua aplicação, em países como o Brasil, deve partir do pressuposto de que existe uma vasta área em que não se vislumbra a superação pela própria sociedade das engrenagens sociais ligadas às profundas desigualdades sociais e à injusta distribuição de riqueza, sempre agravadas pela baixa eficiência na prestação de serviços públicos e ineficácia na execução das políticas sociais desenvolvidas pelo Estado.

## 2.2- A BUSCA DA CONCEPÇÃO JURÍDICA DO ESTADO

A origem etimológica sobre a palavra "Estado" deriva do latim *status*. **Nelson de Souza Sampaio** elenca que a organização política, por excelência, é designada pelo nome *Estado*. Era empregado para significar condição em geral (*status familiae, status libertatis*), sendo conhecida a definição de **Ulpiano** que o direito público é aquele que diz respeito "*ad statum rei romanae*" (1960, p. 254).

**Reinhold Zippelius** escreve que a "*comunidade estatal é uma totalidade de indivíduos cujas condutas são coordenadas de maneira específica: a comunidade, no fundo, constitui-se como estrutura de condutas orientadas por um determinado sentido, e a comunidade estatal, em especial, constitui-se como estrutura de acção juridicamente organizada. Desta concepção aproxima-se um dos significados originários do vocábulo "status" que designa um estado, uma determinada "constituição" de convivência*" (1997: 61).

A conceituação satisfatória de Estado é algo impensável em termos das inúmeras correntes doutrinárias que se posicionaram sobre o tema<sup>33 34</sup>. Segundo **Nelson de Souza Sampaio**, o "*nome Estado pode ser conferido a toda associação humana que viva sob um governo capaz de manter a ordem dentro de uma área territorial determinada, por meio de um poder originário de dominação*" (*ob. cit.*, 256). Mais adiante, este Autor, após fazer digressões sobre as dificuldades e perigos de formular um conceito de Estado, propõe-se em afirmar que o Estado é "*uma associação política de base territorial, com capacidade jurídica interna e externa, cujo governo é dotado do poder originário de*

---

<sup>33</sup> A análise sobre a conceituação de Estado, tipos de Estados, formas de Estados, formas e regimes de governo, por natureza objetos da ciência política, não constitui objeto deste trabalho, deixando-se de abordar especificamente o tema sobre este ângulo.

<sup>34</sup> **Dalmo de Abreu Dallari** conceitua Estado como a "*ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território*" (1995: 101). Precisamente, **J. J. Gomes Canotilho** define Estado como sendo "*uma forma histórica de organização jurídica do poder dotada de qualidades que a distinguem de outros "poderes" e "organizações de poder"*" (1998: 83).

*sanção direta e incondicionada, bem como da atribuição de conferir a pessoas e bens a condição de nacionalidade que os distingue na órbita internacional” (ob. cit., 265).*

A concepção jurídica do Estado é a conformação histórica dos poderes, atribuições, competências e limitações impostas pela Constituição e pelas leis em geral, regendo as relações existentes entre Estado, sociedade, grupos e indivíduos.

No Brasil, após os variados sobressaltos institucionais e a partir da Constituição Federal de 1988, tem-se fixado que o Estado se organiza sob a forma de governo federativa. Assim dispõe o artigo 1º da C.F., quando adota o *nomem juris*, *República Federativa do Brasil*, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal. Em incontestável entendimento, **José Afonso da Silva** averba que a *"federação consiste na união de coletividades regionais autônomas que a doutrina chama de Estados federados, Estados-membros ou simplesmente Estados"* (1996:101).

O Estado brasileiro, *República Federativa do Brasil*, como organização político-administrativa, é composta pelas pessoas jurídicas de direito público, ou seja, pela União, Estados, Municípios e pelo Distrito Federal, consoante dispõe o artigo 18 da Constituição.

A atividade estatal é tripartida entre as funções *legislativa, executiva e jurisdicional*. Em linhas gerais, a função legislativa é incumbida de promover as formulações normativas, leis gerais e abstratas, aplicáveis em determinado espaço geográfico e certa época, estabelecendo os *fins do Estado*. À função executiva incumbe promover a aplicação dos mandamentos legais, através *"de atos concretos voltados para a realização dos fins estatais, de satisfação das necessidades coletivas*, enquanto que à função jurisdicional incumbe zelar pela correta aplicação da norma, na *"solução de conflitos e na aplicação coativa da lei"* <sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> **Maria Sylvia Zanella Di Pietro**, *Direito Administrativo*, 1996, p. 50.

Ao presente estudo, preponderantemente, interessa a função executiva, também denominada de função administrativa, incumbida constitucionalmente de exercer as atividades tendentes a realizar os fins do Estado, e centrada na figura da Administração Pública direta e indireta de todas as unidades federativas.

No Texto constitucional, há capítulo que dispõe sobre a Administração Pública, com disposições gerais que se aplicam a todos os níveis de governo. Consoante o *caput* do artigo 37 da Lei Maior, *a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)*.

A Administração Pública e seu modo de atuar têm caracteres próprios. É que vislumbram-se distintos aspectos da expressão "Administração Pública", podendo-se elencar aspectos subjetivos e objetivos. Assim, sob o aspecto subjetivo, a Administração Pública é composta das *pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos* incumbidos de exercer a função administrativa. Por sua vez, sob o aspecto objetivo, as atividades exercidas pelos entes referidos, além daquelas que podem se situar na órbita da função política, situam-se no espectro do exercício da *função administrativa (ibid, 49)*.

O ordenamento jurídico brasileiro oferece definição expressa sobre a Administração Pública, como sendo "*a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas*" (art. 6º, Lei nº8.666, de 8 de junho de 1994)<sup>36</sup>.

As atividades inerentes à função administrativa são exercidas de forma direta ou indireta, *i.e.*, pode ser exercida diretamente pelos órgãos integrantes das pessoas jurídicas de direito público (União; Estados; Municípios e Distrito Federal),

---

<sup>36</sup> Disposição do artigo 6º, Lei nº8.666, de 8 de junho de 1994, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

erigindo-se a *Administração Direta* do Estado, ou pode ser exercida de forma indireta, mediante o fenômeno da descentralização administrativa, que consiste na criação, por lei ou mediante autorização legal, de entidades administrativas autônomas, de direito público ou de direito privado, voltadas para a consecução de fins públicos específicos e determinados, erigindo-se a *Administração Indireta* do Estado. Segundo **Maria Sylvia Zanella Di Pietro**, "compõem a administração indireta, no direito positivo brasileiro, as **autarquias**, as **fundações instituídas e mantidas pelo poder público**, as **sociedades de economia mista** e as **empresas públicas**. Tecnicamente falando, dever-se-iam incluir as **empresas concessionárias** e **permissionárias de serviços públicos**, constituídas ou não com participação acionária do Estado" (*ibid.*, 309).

A concepção do Estado está ligada aos fins para os quais este é cogitado no seio social, de determinada época e espaço geográfico. **Manoel Ribeiro**, albergando o entendimento de que o Estado é uma instituição, traz o pensamento de **Georges Burdeau** no sentido de que como instituição vê-se nele: "1º) a idéia de obra a se realizar, em um grupo social; 2º) o poder organizado para a realização dessa idéia; 3º) as manifestações de comunhão que se produzem no grupo, em relação a idéia e a sua realização" (1983: 23).

Durante diversas fases da história econômica e social das nações, diversas foram as teorias que buscaram explicar e justificar as finalidades para as quais o Estado era constituído. **Mario Masagão** elenca as principais escolas e correntes de pensamento relativas aos fins do Estado( 1968, p.8 e segs.), que podem ser trazidas de acordo com o quadro sinóptico em seguida apresentado:



<b>ESCOLAS E CORRENTES DE PENSAMENTO</b>	<b>FINS DO ESTADO</b>	<b>IDEALIZADORES</b>
<i>Escola do Estado-jurídico</i>	<i>A tutela do Direito era o único fim do Estado</i>	<i>Thomasius, Kant, Fichte, Humblodt</i>
<i>Socialismo Utópico (Comunismo)</i>	<i>Abolição total e completa da propriedade privada</i>	<i>Platão(A República) Thomas Morus (Utopia) Campanella (Lá Città del Sole) Mably (Les doutes sur la nature)</i>
<i>Coletivismo Integral</i>	<i>O Capital deve tornar-se comum</i>	<i>Saint Simon, Marx e Engels</i>
<i>Coletivismo Parcial</i>	<i>O Capital com propriedade coletiva, passando para as mãos do Estado</i>	<i>Henri George</i>
<i>Bolchevismo</i>	<i>Introdução do Coletivismo de Marx para posterior transformação no Comunismo</i>	<i>Lênin</i>
<i>Socialismo de Estado</i>	<i>Intervenção do Estado na vida econômica com forma de evitar a convulsão social</i>	<i>Wagner</i>
<i>Solidarismo</i>	<i>Ação do Estado para difundir a noção de Solidariedade</i>	<i>Leon Bourgeois e Gide</i>
<i>Escola Intermédia</i>	<i>Estado na tutela do direito, e sua ação social é exercida de forma acessória e facultativa</i>	<i>Influência da Igreja</i>

37

<sup>37</sup> A primeira corrente chamava-se *Escola do Estado-jurídico*, segundo a qual a tutela do direito era o único fim do Estado. O Autor afirma que este pensamento adveio das idéias de **Thomasius**, e evolui com as filosofias de **Kant** e **Fichte**, para ser defendida por **Humboldt**. Segundo o Autor, para **Kant** "o único fim do Estado era estabelecer e conservar a ordem jurídica" (1968:9).

Em seguida, **Masagão** relaciona as características das escolas que passaram a se opor à idéia de que o Estado somente era concebido para a garantia dos contratos, também conhecidas como "escolas socialistas", agrupadas em um conjunto de características comuns, porém que se diferenciavam entre si. Os pontos comuns das escolas chamadas socialistas, no dizer de **Masagão**, eram, primeiro, o fato de que todas sustentavam a obrigatoriedade da ação do Estado fora do campo do direito, e segundo, que todas possuíam um programa predeterminado de ação social, e exigiam que o Estado o cumprisse (*ob. cit.*, p. 10).

A primeira escola socialista destacada pelo Autor citado é a do *Socialismo Utópico*, também chamada de *comunismo*, segundo a qual estava prevista a abolição total e completa da propriedade privada. Assoma-se a esta, a chamada escola do *Coletivismo Integral*, de acordo com a qual o capital deveria tornar-se comum, entendido por **Marx**, "como a riqueza capaz de produzir outra sem trabalho do seu dono" (*ibid.*, 11).

Tem-se também a escola que cultivava o *Coletivismo Parcial*, em que o capital é propriedade coletiva, passando para as mãos do Estado, sendo que o capital estaria identificado com a terra, pois só a terra, fato de riqueza nova, deveria ser socializada (p.12). Segundo o Autor, encontra-se também o *Bolchevismo*, apregoado por **Lênin**, que preconizava a introdução do coletivismo de **Marx**, como fase preparatória, e sua transformação em comunismo.

Assim também, encontra-se o *Socialismo de Estado (Wagner)* que pregava a intervenção do Estado na vida econômica, como forma de evitar convulsão social (pregação de **Marx**), sendo que a intervenção do Estado seria muito mais como agente regulamentador e legislador do que propriamente como produtor, uma vez que a regulamentação da vida econômica melhoraria a situação do proletariado. Tem-se ainda a preconização do *Solidarismo*, capitaneada por **Leon Bourgeois** e **Gide**, em que a ação do Estado deve ser usada para difundir a noção de

Colocam-se, em nível do Direito Constitucional pátrio, preceitos relacionados com os fins do Estado e da sociedade brasileira, na forma do que dispõe o artigo 3º da Constituição Federal de 1988. De acordo com o Texto Maior, *constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.*

Justamente neste ponto, convém relacionar e distinguir as tarefas ou atribuições do Estado, confrontando suas razões de existência. As tarefas ou atribuições do ente estatal são chamadas de *funções do Estado*.

Para **Jorge Miranda** são dois os sentidos possíveis de **função do Estado**:

*"como fim, tarefa ou incumbência, correspondente a certa necessidade colectiva ou a certa zona da vida social; e como actividade com características próprias, passagem a ação, modelo de comportamento. No primeiro sentido, a função traduz um determinado enlace entre a sociedade e o Estado, assim como um princípio (ou uma tentativa) de legitimação do poder. A crescente complexidade das funções assumidas pelo Estado - da garantia da segurança perante o exterior, da justiça e da paz civil à promoção do bem-estar, da cultura e da defesa do ambiente - decorre do alargamento das necessidades humanas, das pretensões de intervenção dos governantes e dos meios de que se*

---

solidariedade, que deve ser levada ao terreno social e econômico, para subsistir à competição e à luta.

E finalmente, o pensamento veiculado pela *Escola Intermédia*, de influência da Igreja, para a qual os fins, necessários e obrigatórios, do Estado estavam relacionados com a tutela do direito, porém com a admissão de que o Estado exerça também *ação social*, de natureza eminentemente acessória e facultativa, não possuindo programa predeterminado de ação do Estado. Assim, a ação social estatal estaria vinculada ao caráter supletivo, na mira do bem comum, sem sacrifício do direito de quem quer que seja, adaptada às peculiaridades de cada Estado e com limites positivos objetivamente impostos à ação (p. 13).

*podem dotar; e é ainda uma maneira de o Estado ou os governantes em concreto justificarem a sua existência ou a sua permanência no poder” (1997:8). “No segundo sentido, a função – agora não tanto algo de pensado quanto algo de realizado - encontra nos actos e actividades que o Estado constantemente, repetida e repetidamente, vai desenvolvendo, de harmonia com as regras que o condicionam e conformam; define-se através das estruturas e das formas desses actos e actividades; e revela-se indissociável da pluralidade de processos e procedimentos, de sujeitos e de resultados de toda a dinâmica jurídico-pública”(ibid, 8/9).*

De forma bastante lúcida, **Caio Tácito** lembra a dicotomia entre os fins administrativos do Estado, distinguindo a *atividade jurídica* e a *atividade social* da Administração Pública. Segundo ele, na atividade jurídica, “*como exercício da soberania do Estado e de seu poder de império, atende-se à preservação do direito objetivo, à ordem pública, à paz e à segurança coletivas*”, enquanto que na “*atividade social, ao contrário, a Administração cuida de assuntos de interesse coletivo, visando o bem-estar e ao progresso social, mediante o fornecimento de serviços aos particulares. A primeira atividade corresponde um ação administrativa; à segunda, uma prestação administrativa*” (1975: 199).

No sentido colocado, existem atividades ingêntas ao Estado, que estão relacionadas, no nível externo, com o aspecto da soberania, da defesa nacional, com os princípios da autodeterminação dos povos e da não intervenção, também com os princípios da igualdade entre os Estados e da defesa da paz, enquanto que, no nível interno, com a manutenção da ordem pública, com a estruturação do ordenamento jurídico-positivo, com a garantia da liberdade, da igualdade e da segurança jurídica. Outrossim, outras atividades do Estado estão afeitas à prestação de utilidades colocadas à disposição e em benefício da coletividade, prestadas de forma exclusiva ou concomitantemente com os particulares.

De acordo com este entendimento, adota-se o posicionamento de que ao Estado estariam afeitas as *atividades de coexistência*, também chamadas de atividades jurídicas, e as *atividades prestacionais*, denominadas também de atividades sociais. As primeiras ligadas à defesa nacional, à soberania, à preservação da ordem pública, da garantia da liberdade individual e da paz pública, bem como da atribuição, à ordem jurídica interna, no fornecimento de segurança jurídica, situações consubstanciadas, preambularmente, no artigo 4º e no *caput* do artigo 5º da Constituição vigente. As segundas estariam também a cargo do Estado, embora voltadas para o fornecimento de utilidades fruíveis pelos administrados, tais como os serviços de educação, saúde, assistência social, transportes, comunicações, saneamento e energia <sup>38</sup>.

Ocorre também que, embora as atividades prestacionais estejam relacionadas ao oferecimento de utilidades à coletividade, algumas estão voltadas essencialmente para o atendimento dos fins do Estado (art. 3º CF), pois para que a sociedade brasileira venha a se tornar *livre, justa e solidária* salutar é que sejam envidados esforços do Estado para a disponibilização e desempenho próprio de certas atividades, *v.g.*, atividades estatais

---

<sup>38</sup> **Carlos Ari Sundfeld** traz uma classificação das atividades do Estado que, de acordo com o seu conteúdo, são divididas em: *atividades instrumentais* e *atividades-fim*, sendo que as primeiras servem para o aparelhamento do Estado, enquanto que as últimas justificam a sua existência (2.000: 79/80). Neste sentido, entre as atividades instrumentais podem ser citadas: "a) a captação de recursos financeiros, através de empréstimos, lançamento de títulos da dívida pública e cobrança de tributos, esta última regulada pelo direito tributário; b) a gestão de recursos financeiros do Poder Público, regida pelo direito financeiro; c) a escolha dos agentes públicos, através de eleições (no caso dos agentes políticos) e de concurso (na maior parte dos agentes profissionais), a primeira regida pelo direito eleitoral e a última pelo direito administrativo; d) a obtenção dos bens indispensáveis ao suporte da atividade do Estado, através da aquisição (desapropriação, compra, etc.), produção (impressão de Diário Oficial etc.) e construção de edifícios públicos, atividades, essas, também disciplinadas pelo direito administrativo" (*ibid*, 80).

Entre as atividades-fim, distinguem-se: *as atividades de relacionamento com outros Estados ou com entidades internacionais, as atividades de controle social e as atividades de gestão administrativa*, sendo que as atividades de relacionamento com outros Estados ou com entidades internacionais "consistem no estabelecimento e manutenção de vínculos com entidades internacionais e com Estados estrangeiros, bem como na defesa contra invasões do território nacional", enquanto que as atividades de controle social, destinando-se a regular a vida em sociedade, utilizam-se do poder de coerção, ordenando o comportamento dos indivíduos (atividade legislativa, judiciária e administração ordenadora), bem assim, as atividades de gestão administrativa que "visam criar utilidades em favor do corpo social por força direta da atuação estatal" (*ibid*, 81 usque 83).

no campo da educação e saúde. Enquanto isso, outras atividades prestacionais necessariamente não estão relacionadas com os fins do Estado, como ocorre, por exemplo, com os serviços de telecomunicações (tradicionalmente identificados como serviço público). Desta forma, é possível classificar as atividades prestacionais que visam diretamente os fins do Estado, *i.e.*, dirigem-se aos máximos ditames exigidos pela ordem jurídico-constitucional a serem alcançados pelo Estado, e atividades prestacionais que não visam diretamente os fins do Estado, ou seja, não há uma intrínseca correlação entre os fins estatais e o oferecimento da utilidade posta à disposição da coletividade. Em síntese, as atividades prestacionais se dividem em: *atividades de prestação de serviços públicos*; e, *atividades de atendimento dos fins do Estado*.

### 2.3- O ESTADO SOBRE O ÂNGULO DAS COMPETÊNCIAS E DAS ATRIBUIÇÕES GERAIS

A partir do estabelecimento da divisão político-administrativa, entre os seus componentes elencam-se e distribuem-se as denominadas competências constitucionais.

No âmbito do exercício de competências no Sistema Federativo brasileiro, convém enunciar o que, para a linguagem jurídica, significa competência. Entendendo assim, *competência*, no mundo do direito, é limite de atribuição dirigida a um sujeito em relação a determinado objeto.

Na definição de **José Afonso da Silva**, "**competência** é a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade, ou a um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões" (1996:455).

**Edvaldo Brito** lembra que é "*uma característica fundamental de uma ordem jurídica a de que a maioria das regras que a constituem seja estabelecida mediante um ato de criação, quer dizer, mediante uma decisão humana, conforme outras regras jurídicas, chamadas **regras de competência**. Uma **regra de competência** prescreve as condições para que um ato de criação*

*seja válido e, por isso, tenha força normativa. Essas condições classificam-se em três tipos: 1º) condições que indicam a pessoa ou as pessoas qualificadas para realizar o ato de criação; 2º) aquelas que descrevem o procedimento de criação; 3º) as que limitam a matéria objeto da regra que há de ser criada por estas pessoas e segundo este procedimento"*(1993: 77).

De acordo com este entendimento, a competência implica numa regra que descreve uma moldura legal, indicando *quem* pode fazer; *o que* pode fazer e *como* deve fazer determinada tarefa ou atividade.

A competência, no âmbito constitucional, pode ser classificada como sendo do tipo *competência de execução* e *competência legislativa*. Por sua vez, a competência de execução pode ser privativa ou comum, enquanto que a competência legislativa pode ser privativa ou concorrente. Em uma classificação mais completa, **José Afonso da Silva** averba que a competência é: "*(1) competência material, que pode ser: (a) exclusiva (art. 21); e (b) comum, cumulativa ou paralela (art. 23); (2) competência legislativa, que pode ser: (a) exclusiva (art. 25 §§ 1º e 2º; (b) privativa (art. 22); (c) concorrente (art. 24); (d) suplementar (art. 24, §2º)*" (*ob. cit.*, 455/456).

Sobre a questão das competências constitucionais, segundo a lição de **J.J. Gomes Canotilho**, o princípio da competência, juntamente com o princípio da hierarquia e o princípio básico da produção de normas jurídicas, faz parte dos chamados princípios estruturantes dos esquemas relacionais entre as fontes de direito constitucional.

Sobre o princípio da competência, **Canotilho** leciona no sentido de que a "*função ordenadora dos actos normativos não pressupõe apenas uma hierarquização dos mesmos através de relações de **supra-infra-ordenação**, mas também uma divisão espacial de competências. O princípio hierárquico acentua o carácter de **limite negativo** dos actos normativos superiores em relação aos actos normativos inferiores; o princípio da competência pressupõe antes uma **delimitação positiva**, incluindo-se na competência de certas entidades a regulamentação*

*material de certas matérias. Para o constitucionalista português o "princípio da competência aponta para uma visão global do ordenamento jurídico. Este não se reduz ao ordenamento jurídico estadual, pois em articulação com ele existem os ordenamentos regionais, os ordenamentos locais e os ordenamentos institucionais", sendo que o princípio da competência "não perturba o princípio da hierarquia e a configuração hierárquica da ordem jurídico-constitucional. Põe, todavia, em relevo um aspecto importante dos ordenamentos plurais: a existência de espaços normativos autónomos", e finalmente, "é ainda o princípio da competência a justificar a regulação por determinados órgãos, formando-se, assim, blocos de competências reservadas de determinadas matérias"(1998: 612/613).*

Adiante, sobre a aplicabilidade direta de normas organizatórias, assevera que as *"normas de criação de órgãos são também (ou são acompanhadas) de **normas de competência**. Logicamente, a constituição cria, de forma directa, certos órgãos com certas competências. O exercício das competências constitucionalmente normadas deriva directamente da constituição, afirmando-se contra quaisquer leis concretizadoras dessas competências de forma incompatível com o disposto nas normas organizatórias da lei constitucional"* (ob. cit.: p. 1.053).

Em relação ao que acima foi transcrito, tem-se que a constituição pode, e em certos momentos deve, ser vista como um sistema de competências, em que se estipulam as tarefas, funções e atribuições dos entes e órgãos estatais de forma específica, de modo que a atribuição de uma competência acometida exclusivamente a um órgão, entidade ou pessoa jurídica de direito público, afasta a dos demais órgãos, entidades e pessoas jurídicas de direito público, bem assim, inclusive, qualquer pessoa jurídica de direito privado.

Novamente, a afirmação de **José Afonso da Silva** é de importância lapidar para uma busca da concepção jurídica do Estado, uma vez que esta também pode ser vislumbrada a partir do enfoque das competências acometidas às entidades que compõem o Sistema Federativo brasileiro, uma vez que a

*"autonomia das entidades federativas pressupõe repartição de competências para o exercício e desenvolvimento de sua atividade normativa. Esta distribuição constitucional de poderes é o ponto nuclear da noção de Estado federal"* (1996: p. 453).

Conforme ficou evidenciado, a procura pela concepção de Estado é orientada pelas competências constitucionais, dirigidas aos entes federativos.

Convém salientar ainda, que tal procura é dirigida também pelo exame de normas constitucionais que delineiam temas que interessam a todo o Estado, *i.e.*, a todos os entes da Federação. Isto significa que quando o Texto Maior se refere, *v.g.*, ao tema da *Defesa do Estado e das Instituições Democráticas*, da *Ordem Econômica e Financeira* e da *Ordem Social*, também aí, fixa e define *deveres e atribuições* dirigidos ao Estado como um todo, ou seja, a todos os componentes da organização política e administrativa da República Federativa do Brasil. No campo das atribuições e deveres gerais tem-se que estes são erigidos para conformar as incumbências do Estado, na persecução de seus fins.

Daí que a busca pela concepção atual de Estado compreende o estudo das *competências constitucionais e das atribuições gerais* dirigidas a todos os entes federativos, conformando o que se pode chamar de estruturas constitucionais que circundam o Estado brasileiro, seja no âmbito das atividades de coexistência ou no das atividades prestacionais. Como exemplos concretos, assim como temos a competência para que a União mantenha os serviços postais e os de correio aéreo nacional (art. 21, X), temos também que a exploração direta de atividade econômica pelo *Estado* só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei (art. 173). As duas situações demonstram claras incumbências do Estado, tanto em nível de competências quanto no de atribuições gerais a todos os entes da Federação.

No sentido de que tanto as competências constitucionais quanto as atribuições gerais conformam as atividades de coexistência e as atividades prestacionais, no texto constitucional



podem ser encontradas típicas atividades de coexistência confinadas em regras de competência (art. 21, incisos I a IX e XIII, C.F.), bem assim atividades prestacionais também veiculadas através de normas de competência (art. 21, X a XII, C.F.). Do mesmo modo, podem haver atividades de coexistência formuladas em normas que veiculam atribuições gerais do Estado (art. 144 C.F.), bem como atividades prestacionais vinculadas a normas de atribuição geral estatal (art. 175; art. 182; e, art. 196, C.F.).

É necessário aclarar, novamente, que a busca ora empreendida, em derredor da atual concepção jurídica de Estado, tem como ponto de partida as estruturações advindas com a Constituição da República em 1988, por algumas das modificações implementadas através de emendas ao texto constitucional, e também por leis complementares e ordinárias que vieram na esteira de um movimento de compatibilização com as novas formas de atuação do Estado. Neste sentido, tal busca é colmatada por uma abordagem que se volta para a atuação do ente estatal no domínio público e no domínio econômico - este englobando a atuação do Estado no domínio público econômico e no domínio privado econômico, através do exame dos textos legais vigentes, que buscaram implementar estas novas formas. Neste contexto, a busca da atual concepção do Estado se enfatiza pela verificação, de âmbito constitucional, da distinção e especificação entre as atribuições típicas e próprias do ente estatal, que circunscrevem sua atuação no domínio público, e aquelas atribuições que lhe são típicas e próprias, mas que circunscrevem sua atuação no domínio econômico.

De acordo com esta ênfase, o Estado será concebido sob o ângulo de sua atuação no domínio público, tendo como traço objetivo e distintivo a noção de serviço público, assim como, também, sob o prisma de sua atuação no domínio econômico, tendo como traço objetivo e específico a realização de intervenção no domínio econômico, direta ou indiretamente.

Isto significa que é preciso vislumbrar o Estado, sob o ponto de vista de sua atuação no domínio público, na prestação serviço público, e sob o ponto de vista de sua atuação no domínio

econômico, através do exercício de intervenção na atividade econômica, nas regulações e nas regulamentações.

### 3- A NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

#### 3.1- POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS

Para empreender a busca da concepção jurídica de Estado, sob o prisma dos domínios público e econômico, necessário se faz esclarecer e evidenciar a noção de serviço público, tendo-a como um dos fundamentais traços na diferenciação das atividades estatais.

Segundo **Maria Sylvia Zanella Di Pietro**, as "*primeiras noções de serviço público surgiram na França, com a chamada Escola de Serviço Público, e foram tão amplas que abrangiam, algumas delas, todas as atividades do Estado*" (1996:80). Desta forma, a noção de serviço público costuma ser apreendida segundo a utilização de critérios amplos ou restritos.

Nesse instante, é importante traçar um quadro panorâmico sobre a noção de serviço público, com os conceitos e entendimentos de alguns dos principais doutrinadores, pátrios e estrangeiros, enfocando os critérios amplo e restrito, na tentativa de firmar pontos comuns e entendimento próprio.

Na doutrina, o conceito de serviço público pode ser encontrado em sentido amplo, abrangendo todas as atividades desempenhadas pelo Estado (administrativa, legislativa e judiciária), assim como também em sentido restrito, considerando apenas as desempenhadas pela Administração Pública, com exclusão das funções legislativa e jurisdicional. Da mesma forma, refere-se também à abrangência das atividades exercidas pela Administração Pública, distinguindo as atividades jurídicas (poder de polícia), as atividades materiais (serviços públicos) e as atividades econômicas (fomento) <sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> Cf. **Maria Sylvia Zanella Di Pietro**, *ob. cit.*, p. 81.

Na doutrina alienígena, sob o critério amplo, **Leon Duguit**, que traçou noção de serviço público marcante para toda a doutrina administrativista, chegando a fundar em França a *Escola de Serviço Público*, compreendeu existirem certas obrigações de ordem jurídica que se impõem aos governantes, aqueles que de fato têm o poder em um dado país, obrigações estas que têm o sentido de assegurar sem interrupção o cumprimento de certas atividades. **Duguit**, que chega a substituir a noção de serviço público pela de soberania, como pressuposto do direito público, aponta que o fundamento destas obrigações jurídicas é a crescente interdependência social, amplamente verificada na consciência dos homens modernos (1923: 98). Assim as obrigações ou deveres jurídicos fazem com que sejam mantidas certas atividades à disposição da coletividade. Este Autor afirma, em conclusão, que a noção de serviço parece estar formulada deste modo: "*es toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, por ser indispensable a la realización y al desenvolvimiento de la interdependencia social, y de tal naturaleza que no puede ser asegurado completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante*" (*ibid*, 105).

Assim também de acordo com o critério amplo, **Gaston Jéze** traçou a noção de serviço público baseada na distinção das necessidades de interesse geral, que só podem ser satisfeitas pela administração (monopólio), com exclusão dos particulares, e outras necessidades que podem ser satisfeitas concorrentemente pela administração e pelos particulares. Para **Jéze**, "*la administración pública tiene por misión satisfacer lãs necesidades de interés general: defensa nacional, policía, justicia, tránsito, etc.*"<sup>40</sup>.

**Jéze** então faz distinção entre os procedimentos utilizados pela administração e pelos particulares, na satisfação do interesse geral. Segundo ele, simples particulares que satisfazem as necessidades de interesse geral, utilizam-se de procedimentos

---

<sup>40</sup> Cf. a sua obra *Principios Generales del Derecho Administrativo*, La Noción de Servicio Público, Vol. II, 1ª parte, 1949, p.3).

de direito privado, enquanto que a idéia de serviço público, prestado pela administração, está intimamente ligada com a de procedimento de direito público. Neste sentido, averba que em determinada hipótese, dizer que existe serviço público, equivale a afirmar que os agentes públicos, para dar satisfação regular e contínua a certa categoria de necessidades de interesse geral, podem aplicar os procedimentos de direito público, é dizer, um regime jurídico especial, e que leis e regulamentos podem modificar em qualquer momento a organização do serviço público, sem que se possa opor-se a ela nenhum obstáculo insuperável de ordem jurídica.

Conclui assim o Autor francês, que *"toda vez que se está em presencia de um servicio público propriamente dicho, se verifica la existencia de reglas jurídicas especiales, de teorías jurídicas especiales, todas las cuales tienen por objeto facilitar el funcionamiento regular e contínuo del servicio público, satisfaciendo, em la forma más rápida y completa que sea posible, lãs necesidades de interes general"* (ob. cit., p.4).

**Georges Vedel** e **Pierre Devolvè** expressam-se no sentido de que serviço público pode ser definido em duas feições: seja numa feição orgânica ou formal, ou através de uma feição material. A feição orgânica ou formal, para os Autores é: *"le service public se caractérise par une entreprise gérée par l'Administracion"*, enquanto que: *"la définition **matérielle** s'attache à la **nature de l'activité**, considérée indépendamment de l'organisation par laquele cette activité s'exerce"* (Droit Administratif - Thémis Droit Public, Tome 2, 1992, p. 724).

**Jean Rivero** define serviço público *"como uma forma de actividade administrativa em que uma pessoa pública assume a satisfação de uma necessidade de interesse geral"* (1981: 484).

Em consonância com o critério restrito, **Rafael Bielsa**, sobre a noção e características do serviço público, expressa-se, de logo, fazendo a distinção entre função pública e serviço público. Para **Bielsa** as funções públicas são abstratas e gerais, como no caso da defesa da soberania, a de assegurar a paz interior e promover o bem estar social, enquanto que os serviços públicos

são concretos e particulares (1964: 458). O Autor citado afirma existir um conceito *lato* de serviço público, compreendendo toda atividade pública ou privada, regulada pela lei com o objetivo de satisfazer necessidades coletivas. Entende, porém, que esta é uma noção insuficiente, pois compreende serviços de interesse público, e não precisamente "serviços públicos".

Mais adiante, o Autor argentino afirma que o conceito de serviço público está muito próximo ao que se poderia chamar de serviço público próprio. Seu entendimento sobre serviço público é o de que é "*toda ação ou prestação realizada pela Administração pública ativa, direta ou indiretamente, para a satisfação concreta de necessidades coletivas, e assegurada essa ação ou prestação pelo poder de polícia*" (*loc. cit.*, 463).

**Roberto Dromi**, por seu turno, fazendo uma sistematização dos conceitos de serviços públicos, conforme a concepção de filiação, seja orgânica, funcional-material, teleológica ou mista, afirma que pode-se perceber a noção de serviço público sob o ponto de vista de uma interpretação *negativa* ou *positiva*, conforme se afirme a crise e extinção desta noção. Quanto à interpretação positiva, ou seja, a que recepciona positivamente a noção de serviço público, várias alternativas surgem. Em seu dizer, a noção de serviço público pode assim ser vislumbrada: "1) *máxima, servicio público es toda actividad del Estado cuyo cumplimiento debe ser asegurado, regulado y controlado(...)*; 2) *media, servicio público es toda la actividad de la Administración Pública, y 3) mínima, servicio público es una parte de la actividad administrativa*" (1996; 529). **Dromi** se posiciona no sentido de que os serviços públicos como atividades prestacionais, estão subsumidas às funções do Estado.

Entre os portugueses, destacadamente, **Marcello Caetano** chama de serviço público o "*modo de actuar da autoridade pública a fim de facultar, por modo regular e contínuo, a quantos deles careçam, os meio idôneos para satisfação de uma necessidade colectiva individualmente sentida*". Para o citado Autor português, serviço administrativo é gênero, enquanto que serviço público é espécie. Aquele "*é toda organização permanente de*

*actividades humanas ordenadas para o desempenho regular de atribuições de certa pessoa colectiva de direito público sob a direcção dos respectivos órgãos”, e este é “fundamentalmente destinado à prestação de utilidades concretas aos indivíduos” e propõe-se a “satisfazer uma necessidade colectiva individualmente sentida” (1994: 1.067).*

De outra forma, inclusive em aberta contraposição ao pensamento do pré-citado Autor português, **Diogo Freitas do Amaral**, após prender-se aos argumentos da doutrina francesa de que o conceito de serviço público é fundamental para a teoria geral da organização administrativa, averba que “*serviços públicos são as organizações humanas criadas no seio de cada pessoa colectiva pública com o fim de desempenhar as atribuições desta, sob direcção dos respectivos órgãos*” (1992: 620).

A doutrina pátria, por seu turno, costuma tratar da noção de serviço público a partir de critérios identificadores e distintivos das atividades que estariam a cargo exclusivo do Estado e das que estariam submetidas à possibilidade de execução também pelos administrados ligados à iniciativa privada.

**Edvaldo Brito**, em seu *Reflexos* (1985: 6), traça uma noção de serviço público que pode ser trazida aqui como noção preambular. Para ele serviço público é “*o modo de satisfação das necessidades coletivas de carácter público*”.

Sob o critério amplo, **Maria Sylvia Zanella Di Pietro**, considerando a evolução nos critérios subjetivo, material e formal, traça o conceito de serviço público como sendo “*toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com objetivo de satisfazer às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público*” (1996, p. 84).

O sempre lembrado administrativista brasileiro, **Themístocles Cavalcanti**, discorrendo sobre a extensão da noção de serviços públicos após considerações sobre o pensamento de diversos autores, inclusive sobre a distinção entre serviços públicos e serviços de utilidade pública, traça algumas conclusões que se dirigem no sentido de que: *a noção de serviço público varia*

*no tempo, de acordo com a necessidade da maior ou menor amplitude da intervenção do Estado; a noção varia, ainda, de acordo com o regime político e as tendências na ordem social e econômica; o serviço para ser considerado público, precisa obedecer a um regime jurídico peculiar fixado pelo Estado, a cujo controle deve atender, e destinar-se ao público, em geral, sem visar somente benefícios e interesses individuais; a intervenção do Estado, por meios dos seus órgãos, constitui um dos elementos necessários à classificação dos serviços públicos; não se deve confundir serviço público com os serviços puramente administrativos que se compreendem numa esfera mais restrita (Curso de Direito Administrativo, 1967, p.206/207).*

**Hely Lopes Meirelles**, inicialmente adotando o sentido amplo, chegou a entender por serviços públicos, como sendo *"todos aqueles realizados pelo Estado ou por seus delegados, sob as condições impostas pelo Poder Público, para a satisfação de necessidades essenciais ou secundárias da comunidade"*(1966: 267). Posteriormente, modificando seu entendimento e perfilando-se ao critério restrito, define serviço público como *"aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado"* (1999: 297).

**Celso Antônio Bandeira de Mello** assim define serviço público: *"é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob regime de direito público – portanto consagrador de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo"* (1996: 405). Tendo em vista que sua definição volta-se para considerar o objeto do serviço público como a prestação de utilidade ou comodidade material, seu conceito de serviço público assenta-se sob o aspecto restrito. Todavia, sob o aspecto subjetivo, sua definição mantém-se ampliada, para considerar o

Estado como prestador de serviço público, abrangendo a noção de Administração Pública.

**José Cretella Júnior** traça noção simplificada de serviço público como sendo *toda atividade que o Estado exerce para cumprir seus fins* (2.000/402), porém ao referir-se à expressão Estado, mantém ampliada a noção de serviço público, englobando todas as atividades desenvolvidas pelo ente estatal.

De outra forma, a partir de constatações doutrinárias da dificuldade de se definir esta importante atividade prestacional do Estado, seja sob os critérios orgânico, material ou formal, **Lucia Valle Figueiredo** estipula um conceito de serviço público, conjugando critérios. Diz a Autora que "*serviço público é toda atividade material fornecida pelo Estado, ou por quem esteja a agir no exercício da função administrativa, se houver permissão constitucional e legal para isso, com o fim de implementação de **deveres consagrados constitucionalmente relacionados à utilidade pública**, que deve ser concretizada, sob o regime prevalente de Direito Público*" (1998 b:71) (grifo nosso).

**Odete Medauar**, claramente sob o ângulo restrito, afirma que "**serviço público**, como um capítulo do direito administrativo, diz respeito à atividade realizada no âmbito das atribuições da Administração, inserida no Executivo. E refere-se a **atividade prestacional**, em que o poder público propicia algo necessário à vida coletiva, como por exemplo, água, energia elétrica, transporte urbano" e etc. (1999: 346). Nesse particular a Autora, averba que tradicionalmente existe o chamado "núcleo pacífico dos serviços públicos": água, luz, iluminação pública, coleta de lixo, limpeza urbana, correio (*ob. cit.*, 347).

**Fernando Herren Aguillar** anota que os serviços públicos estão compreendidos entre as atividades econômicas em geral, ao lado das atividades econômicas em sentido estrito (1999, p. 124), e desta forma posiciona-se para entender que serviços públicos, "*no atual regime jurídico-constitucional brasileiro, são as atividades econômicas exercidas em regime de privilégio pelo Estado em função de reserva constitucional. Ou seja, dá-se o*



*nome de serviço público às atividades econômicas desempenhadas sob o regime jurídico de serviço público” (ob. cit., 155).*

Sob o enfoque restrito, **Diogo de Figueiredo Moreira Neto** conceitua “**serviços públicos** como uma atividade da Administração que tem por fim assegurar, de modo permanente, contínuo e geral, a satisfação de necessidades essenciais ou secundárias da sociedade, assim por lei consideradas, e sob condições impostas unilateralmente pela própria Administração” (1998: 323).

Este mesmo Autor, em seu *Mutações do Direito Administrativo*, considerando lacunoso o seu próprio conceito sucessivamente emitido, afirma que serviços públicos, como um conceito transicional e provisório, a partir das modificações tendenciais que apresentam a Sociedade e o Estado neste final de século no tocante à *administração dos interesses públicos*, podem ser considerados como “as atividades (Grifo do Autor) pelas quais o Estado, direta ou indiretamente, promove ou assegura a satisfação de interesses públicos, assim por lei considerados, sob regime jurídico próprio a elas aplicável, ainda que não necessariamente de direito público” (2.000: 126). Sucede pois, segundo **Moreira Neto**, que não é mais necessário, “tanto em sede positiva quanto em doutrinária, que a Administração ou quem dela seja delegado atuem como prestadores de um determinado serviço à coletividade, bem como de que essa atividade se submeta a um estrito regime de direito administrativo para que possa ser considerado público” (ob. cit.: 125).

Muito embora todos estas considerações sobre a noção de serviço público sejam úteis na dilucidação de seus principais contornos, entendimento de doutrina<sup>41</sup>, a partir das iniciativas do Estado intervencionista, verifica que a noção de serviço público encontra-se em “crise”.

---

<sup>41</sup> V. **Orlando Gomes**. Contrato de Adesão (Condições Gerais dos Contratos). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972, p. 59. **Edvaldo Brito**. Reflexos Jurídicos da Atuação do Estado no Domínio Econômico. São Paulo-SP: Editora Saraiva, 1985, p. 7. **Celso Antônio Bandeira de Mello**, Natureza e Regime Jurídico das Autarquias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967, p. 160. Ver também do mesmo Autor: Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 1.

Isto porque com a expansão do Estado, que passa a desempenhar atividades antes só executadas pelos particulares, as tradicionais características do serviço público, que seriam a titularidade, a natureza do interesse e o objeto, passaram a ser insuficientes para justificar a existência, ou não, de serviço público, variando o estreitamento de certos critérios de acordo com a atividade assumida pelo ente estatal, não se podendo reconhecer, em todos os casos de atuação estatal, o exercício de atividade de interesse geral (*v.g.*, serviços comerciais e industriais).

### 3.2- CRITÉRIOS CLASSIFICATÓRIOS DE SERVIÇO PÚBLICO

Alguns critérios são utilizados para definir-se se há presença de serviço público, ou não. Os critérios mais difundidos são os chamados critérios: *orgânico; material ou formal*. O primeiro critério repousa na noção orgânica de serviço público, segundo a qual se o serviço é prestado pela administração pública, há serviço público. O segundo critério, material, está respaldado na existência de necessidades coletivas a serem atendidas pela administração pública ou por particulares, no exercício de poderes delegados. Neste sentido, se, por determinação constitucional ou legal, estivermos diante da imposição de atendimento de necessidades coletivas, estamos na presença de serviço público. O terceiro e último desta classificação, critério formal, repousa na circunstância de que se as atividades desempenhadas pela administração pública estão regidas pelo regime de direito público, estamos diante de serviço público propriamente dito.

Como a diversidade dos anseios humanos e o método para fazer com que estes sejam satisfeitos variam de acordo com padrões culturais no tempo e no espaço, uma classificação possível é a de que as necessidades podem ser individuais, comuns e coletivas.

Recorrendo ao exame feito por **Maria Sylvia Zanella Di Pietro**, os elementos definidores de serviço público podem ser: o subjetivo; o formal; e, o material.

O elemento subjetivo, por determinação da própria Constituição Federal (artigo 175), está centrado na figura do Estado, uma vez que incumbe ao Poder Público a prestação de serviços públicos, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, cabendo-lhe sua criação, na forma da lei, e sua gestão, através dos órgãos da administração pública centralizada ou descentralizada, ou ainda, por meio de concessão ou permissão.

Sobre o elemento formal, ou seja, com relação ao regime jurídico a que estão submetidos os serviços, a Autora afirma que é a lei que vai determinar se o regime jurídico é de direito público, com pessoal estatutário, afetação de bens públicos e contratos regidos pelo direito administrativo, ou, pelo contrário, se o regime é de direito privado, no caso de serviços comerciais e industriais, com pessoal regido pelo regime 'celetista', bens sem afetação pública e contratos, em regra, de direito comum.

Quanto ao elemento material, averba a Autora que, seja adotando o conceito amplo de serviço público, segundo o qual este abrange todas as atividades do Estado, ou o restrito, que engloba apenas a atividade administrativa, não há como se afastar da idéia de que serviço público está estreitamente correlacionado à idéia de interesse público. Isto indica que para que determinada atividade seja tida como serviço público, consideradas as condições espaço/tempo, seu objeto deve revestir-se de interesse público, caráter este que deve constar da lei (1996, p. 85).

A respeito da noção de serviço público, **Celso Antônio Bandeira de Mello**, assevera que esta "*há de se compor necessariamente de dois elementos: (a) um deles, que é o **substrato material**, consiste na prestação de utilidades ou comodidade fruível diretamente pelos administrados; o outro, (b) **traço formal** indispensável, que lhe dá justamente caráter de noção jurídica, consistente em um específico regime de direito público, isto é, numa unidade normativa (ibid, 407).*

Outro critério trazido por **Di Pietro** é aquele segundo o qual o serviço público pode ser considerado *próprio* ou *impróprio*, permitindo-se falar em serviços exclusivos e não exclusivos do Estado, com base nas determinações constitucionais. Desta forma,

encontram-se serviços, previstos na Constituição, que são exclusivos do Estado, não se admitindo que qualquer outro os exerça. Adquirem este caráter de exclusividade também, de acordo com a Autora, os serviços que são prestados mediante concessão ou permissão (art. 175). Com relação àqueles que podem ser executados pelo Estado e pelos particulares, necessitando apenas de autorização do poder público, a Autora os considera serviço público impróprio, porque não estão a cargo exclusivo do Estado (*ob. cit.*, p.91).

Com relação ao instituto da autorização, cumpre, de logo, esclarecer o seu conteúdo, cabendo afirmar que a autorização é o ato administrativo unilateral, discricionário e precário praticado em prol de interesse do administrado, decorrente do poder de polícia do Estado. Neste aspecto, recorrendo às abalizadas lições trazidas por **Di Pietro**, verificam-se várias acepções que recaem sobre o termo autorização. Uma como sendo a autorização facultada ao particular para exercer determinada atividade ou praticar determinado ato, sem a qual estaria legalmente impedido, como no caso da autorização e fiscalização para produção e comércio de material bélico (art. 21, VI, CF), da autorização para a pesquisa e lavra de recursos minerais (art. 176), e também da autorização para porte de arma; uma outra, como sendo a que faculta ao particular o uso privativo de bem público, denominada *autorização de uso*; bem assim, a denominada *autorização de serviço público* a título precário. A Autora afirma a impropriedade desta última expressão, porque o ato administrativo que o poder público expede é precário e está baseado no poder de polícia exercido sobre as atividades dos particulares, bem como porque inexistente delegação de serviços públicos através de autorização, sendo mais correto entender que a delegação de poder público só é feita mediante concessão ou permissão, na forma do artigo 175 da Constituição (*ob. cit.*: 89/90).

A Autora lembra também a referência feita por **Caio Tácito**, segundo a qual os serviços públicos podem ser originários (congenitos) e derivados (adquiridos). De acordo com este

entendimento, há serviços, que pela sua natureza, são próprios ou privativos do Estado, e há aqueles que, podendo ser executados também pelos particulares, são abrangidos pelo Estado, em regime de monopólio ou de concorrência. Aos primeiros, chama de serviços originários ou congêntos, enquanto que os últimos denomina-os de serviços derivados ou adquiridos (*ob. cit.*, 90).

**Rafael Bielsa** afirma que serviços públicos próprios são aqueles que os deve prestar o Estado diretamente ou por concessionários, e por outra via, os serviços públicos impróprios são aqueles em que o Estado não os presta nem os concede, somente os regulamenta, tendo em comum com os serviços próprios sua contínua satisfação (*ob. cit.*, 459).

O *Plano Diretor de Reforma do Estado*, lançado em novembro de 1995, faz referência à existência de *serviço público estatal* e *serviço público não-estatal*, a partir da consideração de que existem quatro setores em que se localizam as tarefas do Estado, tais como: o núcleo estratégico; as atividades exclusivas de Estado; as atividades não exclusivas de Estado; e as atividades de produção de bens e serviços para o mercado<sup>42</sup>, fazendo inferir-

---

<sup>42</sup> Segundo o Plano Diretor de Reforma do Estado: NÚCLEO ESTRATÉGICO. Corresponde ao governo, em sentido lato. É o setor que define as leis e as políticas públicas, e cobra o seu cumprimento. É portanto o setor onde as decisões estratégicas são tomadas. Corresponde aos Poderes Legislativo e Judiciário, ao Ministério Público e, no poder executivo, ao Presidente da República, aos ministros e aos seus auxiliares e assessores diretos, responsáveis pelo planejamento e formulação das políticas públicas. ATIVIDADES EXCLUSIVAS. É o setor em que são prestados serviços que só o Estado pode realizar. São serviços em que se exerce o poder extroverso do Estado - o poder de regulamentar, fiscalizar, fomentar. Como exemplos temos: a cobrança e fiscalização dos impostos, a polícia, a previdência social básica, o serviço de desemprego, a fiscalização do cumprimento de normas sanitárias, o serviço de trânsito, a compra de serviços de saúde pelo Estado, o controle do meio ambiente, o subsídio à educação básica, o serviço de emissão de passaportes, etc. SERVIÇOS NÃO EXCLUSIVOS. Corresponde ao setor onde o Estado atua simultaneamente com outras organizações públicas não-estatais e privadas. As instituições desse setor não possuem o poder de Estado. Este, entretanto, está presente porque os serviços envolvem direitos humanos fundamentais, como os da educação e da saúde, ou porque possuem "economias externas" relevantes, na medida que produzem ganhos que não podem ser apropriados por esses serviços através do mercado. As economias produzidas imediatamente se espalham para o resto da sociedade, não podendo ser transformadas em lucros. São exemplos deste setor: as universidades, os hospitais, os centros de pesquisa e os museus. PRODUÇÃO DE BENS E SERVIÇOS PARA O MERCADO. Corresponde à área de atuação das empresas. É caracterizado pelas atividades econômicas voltadas para o lucro que ainda permanecem no aparelho do Estado como, por exemplo, as do setor de infraestrutura. Estão no Estado seja porque faltou capital ao setor privado para realizar o investimento, seja porque são atividades naturalmente monopolistas, nas quais o controle via mercado não é possível, tornando-se necessário no caso de privatização, a regulamentação rígida.

se, erroneamente, como válida a idéia de serviço público não estatal<sup>43</sup>.

Depreende-se também que a Constituição Federal de 1988 dispensou emblemático e inovador tratamento ao exercício de atividade econômica ao Estado, distinguindo nitidamente, segundo **Fernando Herren Aguillar** (1999, p. 125), serviço público e atividades econômicas em sentido estrito, uma vez que de um lado conforma o princípio da livre iniciativa econômica (atividade econômica em sentido estrito) aos particulares (arts. 170, *caput*), prevendo a atuação supletiva ou subsidiária ao Estado em matéria de desempenho de atividade econômica própria, tendo em vista segurança nacional ou relevante interesse coletivo (art. 173), e de outro reservou para o Estado a prestação de serviços públicos (art. 175), prevendo regime jurídico próprio para sua prestação<sup>44</sup>.

### 3.3- PRINCÍPIOS QUE REGEM O SERVIÇO PÚBLICO

Os princípios, apesar de elevado grau de abstração e indeterminabilidade, são normas de natureza ou com papel fundamental num ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes do direito, ou à sua importância estruturante dentro de um sistema jurídico<sup>45</sup>.

Nesta acepção, os princípios, imantados na ordem jurídico-constitucional, são normas diretivas, que orientam o legislador complementar ou ordinário, o funcionário administrativo e o intérprete em geral.

A atuação da Administração Pública no Brasil é vinculada a uma rigidez do direito positivo, havendo princípios que

---

<sup>43</sup> Nas conclusões sobre a noção de serviço público esta questão será tratada mais detalhada e justificadamente.

<sup>44</sup> O que se verifica é que o crescimento das atividades prestacionais do Estado, que fez com que quase tudo ficasse sob a sua responsabilidade, originou uma impropriedade terminológica que considera que todas as atividades prestacionais desenvolvidas pelo Estado são necessariamente serviço público. **Alain-Serge Mescheriakoff** a partir da multiplicação dos serviços públicos que caracterizaram a afirmação do Estado-providência, afirma que a atividade econômica das pessoas públicas repousa sempre sobre a noção de serviço público de caráter industrial ou comercial que é distinta da clássica noção de serviço público administrativo (1996: 53). Esta impropriedade será abordada mais pormenorizadamente no decorrer deste trabalho.

<sup>45</sup> Cf. **Canotilho**, 1998, 1.034.

se lhe aplicam diretamente, incluindo também a prestação de serviço público.

Preambularmente, entendendo-se desta forma, os princípios constitucionais da *legalidade*, *publicidade*, *moralidade*, *impessoalidade* e *eficiência*, previstos no artigo 37 da Lei Maior, além de aplicarem-se à Administração Pública, regem os serviços públicos por ela prestados. Vale fazer referência, mesmo breve, dos seus contornos fundamentais.

O princípio da *legalidade*, como supedâneo do Estado de Direito, submete a Administração Pública aos preceitos dispostos na lei, evitando os desvirtuamentos concernentes à indiferenciação, outrora existente, entre a vontade da Administração e a vontade do Administrador, sendo que a vontade da Administração identifica-se com o quanto estatuído em lei<sup>46</sup>.

O princípio da *publicidade*, por sua vez, implica no fato de que aos atos administrativos deve se dar conhecimento popular, como fator de justificação, legitimação e controle por parte dos administrados. É o caso da garantia de transparência e visibilidade ampla dos atos administrativos praticados, sempre voltados para o interesse público e geral.

Com relação ao princípio da *moralidade*, apesar das divergências doutrinárias sobre a precisão e alcance deste princípio, pode-se falar em *moralidade administrativa* no direito positivo brasileiro. **Maria Sylvia Zanella Di Pietro** afirma que o surgimento e desenvolvimento do conceito de imoralidade administrativa esteve ligado à idéia de *desvio de poder*, "*pois se entendia que em ambas as hipóteses a Administração Pública se utiliza de meios lícitos para atingir finalidades metajurídicas irregulares. A imoralidade estaria na intenção do agente*"(1996: 69). Com a moralidade erigida a nível de princípio constitucional da Administração Pública, tem-se a previsão constitucional voltada para garantir a probidade e lisura dos atos administrativos,

---

<sup>46</sup> Com as transformações do Estado e o fortalecimento dos Poderes Executivos, **Odete Medauar** aponta o fato de que a legalidade passa a ser percebida não somente no seu aspecto formal, mas coadunada com os princípios e fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º C.F.), bem assim fazendo com que a legalidade obrigue a própria Administração a cumprir as normas por ela editadas (1999: 138).

evitando-se os desvios de poder. Considerando a moralidade administrativa como um conceito de ampla significação, segundo **Odete Medauar**, preferível percebê-la e enquadrá-la de acordo com determinada realidade contextual (1999: 142).

Tem-se também o princípio da *impressoalidade*, que pode ser percebido em dois sentidos, ou seja, como um atributo dos atos administrativos em relação aos administrados e em relação à própria Administração. No primeiro, indica que os atos administrativos não podem ser praticados com vistas a beneficiar ou prejudicar determinado sujeito, em virtude de que é a finalidade pública que norteia a atividade administrativa. No segundo, implica também que os atos administrativos praticados não são atos dos funcionários, mas do órgão ou entidade, vistos como instituição <sup>47</sup>.

E ainda o princípio da *eficiência*, incluído na Lei Maior com o advento da Emenda Constitucional nº19, de 04 de junho de 1998, constituindo-se num dos principais norteadores da atual fase por que passa a Administração Pública brasileira, conseqüentemente o Estado.

A eficiência é atributo da atuação das empresas privadas, estudado, nesta qualidade, nas faculdades e cursos de administração de empresas<sup>48</sup>. Atribuir eficiência à ação administrativa implica na observância do procedimento tendente a minorar ao máximo, os custos, gastos e despesas na realização das atividades, com vista ao alcance dos resultados adremente almejados. Como princípio constitucional, a eficiência indica que a Administração deve adotar esta postura na realização de serviços e obras, de caráter público, evitando-se gastos desnecessários e/ou exagerados, e, em conformidade com **Odete Medauar**, eficiência contrapõe-se "*a lentidão, a descaso, a negligência, a*

---

<sup>47</sup> **Di Pietro**, *ob. cit.*, 64.

<sup>48</sup> Segundo **Antonio Cesar A. Maximiano**, a eficiência é a capacidade de utilizar produtivamente os recursos disponíveis, sendo que administração "é o processo que procura a EFICÁCIA (realização de objetivos) e a EFICIÊNCIA (utilização racional de recursos) das organizações ou sistemas", e que quanto mais complexa é a organização maiores são os reclames de atribuição aos processos produtivos a qualidade de eficácia e eficiência (1997: 18/19).



*omissão - características habituais da Administração Pública brasileira, com raras exceções” (ob. cit., 145).*

Além destes, os Autores costumam contemplar a aplicação dos princípios da *continuidade, generalidade e igualdade* na prestação de serviços públicos. Com relação ao princípio da continuidade do serviço público, tem-se que este implica na impossibilidade de que a prestação do serviço seja suspensa, ficando indisponível, em face do interesse público sempre colimado. O princípio da generalidade indica que os serviços devem ser disponibilizados a todos de forma geral, por serem *“necessidades ou comodidades básicas da Sociedade”* <sup>49</sup>. No que diz respeito ao princípio da igualdade verte-se que o serviço deve ter caráter uniforme para todos, não podendo haver qualquer distinção de caráter pessoal na prestação do serviço.

Alguns instrumentos normativos também veiculam verdadeiros princípios, como no caso da lei de concessões e permissões de serviço público (Lei nº 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995), que prevê que os serviços deverão ser prestados de forma adequada e atual. Assim, de acordo com o artigo 6º, §1º, *o serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas*. Também nessa mesma linha, *a atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço* (§2º).

Sobre a *adequabilidade* dos serviços, **Marçal Justen Filho**, tenta identificá-la com a sua *eficiência*, uma vez que o detalhamento do §1º reputa-se como algo ligado à eficiência na prestação do serviço. Segundo ele, em suma, *“a eficiência consiste no desempenho concreto das atividades necessárias à prestação das utilidades materiais, de molde a satisfazer necessidades dos usuários, com imposição do menor encargo possível, inclusive do ponto de vista econômico. Eficiência é a aptidão da atividade a satisfazer necessidades, do modo menos oneroso”* (1997: 124).

---

<sup>49</sup> Cf. **Celso Antônio Bandeira de Mello**, *Curso de Direito Administrativo*, p. 407.

### 3.4- CONCLUSÕES SOBRE A NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Em conclusão sobre as emanções relativas às noções de serviço público aqui trazidas, algumas considerações podem ser elencadas.

No caso da doutrina brasileira, pode-se vislumbrar que as noções trazidas convergem para o entendimento de que para identificar se o serviço é público, não basta que o Estado exerça em regime de monopólio o serviço, pois pode haver a delegação de poderes aos particulares para exercício de serviço, não desnaturando a qualidade de serviço público a ele atribuído (concessões de serviços públicos e de obras públicas e permissão de serviços públicos), descaracterizando, de logo, o exame exclusivo da noção orgânica na verificação de serviço público ou não. Assim, entende-se aqui que o critério orgânico, por si só, não é suficiente para explicar e justificar a existência de serviço público. É que, isolando-se o critério orgânico para verificar a existência do serviço público, debate-se com o fato de que a administração pública pode prestar serviço público de forma direta, indireta, e ainda, através de delegação de poder, como o que se encontra na concessão de serviço público e de obra pública.

Precisa é a lição de **Celso Antônio Bandeira de Mello**, no sentido de que é preciso "*atrair atenção para o fato de que existem indicações constitucionais claras de que há (a) certos serviços que não podem ser serviços públicos e (b) certos serviços que o são obrigatoriamente ou que (c) podem ser públicos*" (ob. cit.: 426).

Independentemente das discrepâncias colhidas nos conceitos e definições aventados pela doutrina, principalmente sobre os sentidos amplo e restrito, um traço peculiar é encontrado na maioria das definições aqui trazidas. É que os serviços públicos são considerados como tais, quando o ordenamento jurídico assim o determinar, seja em nível constitucional ou infra. Isto significa que o fato de considerar-se determinada atividade desempenhada pelo poder público, ou por delegação, como serviço público depende intimamente do exame do preceito normativo.

De acordo com este entendimento estão juristas do quilate de **Maria Sylvia Zanella Di Pietro**(1996:83); **Celso Antônio Bandeira de Mello**(1996:413,416); **Marçal Justen Filho** (1997:54); **Odete Medauar**(1999: 346/347); e, **Lucia Valle Figueiredo** (1998:72).

Esta conclusão leva a que se verifique que é através do exame do texto constitucional e de leis ordinárias que veiculam a matéria, que se vai poder precisar sobre se a atividade é, por imposição normativa, caracterizada como serviço público.

Desta forma, o caráter substantivo da noção de serviço público também perde força, uma vez que é o ordenamento jurídico que determina quais são as atividades que necessariamente encontrar-se-ão sob o crivo de serviço público, dado que a investigação sobre interesse público varia de acordo com a época em que prepondera maior ou menor intervenção estatal. O exame sobre se certas atividades são, em si mesmas, serviços públicos, consubstancia-se, em verdade, numa verificação de caráter extrajurídico ou pré-jurídico. Importa, efetivamente, aquilo que a lei determina, e não o que deveria determinar.

Infere-se pois, que a verdadeira noção de serviço público que entrou em crise foi aquela que se respaldou unicamente nos critérios orgânico e material, sem dar conta de que o que necessariamente releva é o traço formal a que está submetida a atividade desempenhada pelo Estado, havendo serviço público quando o legislador atribuir um regime especial - o administrativo - a determinada atividade<sup>50</sup>.

Neste sentido, um outro aspecto que merece destaque é o fato de que a grande parte dos conceitos tradicionais a respeito da noção de serviço público, não levam em conta o caráter histórico das emanações legislativas, podendo-se, numa determinada época, considerar uma determinada atividade como sendo serviço público, enquanto que em outra, não mais ser tida como serviço público.

---

<sup>50</sup> Cf. **Celso Antônio Bandeira de Mello**, *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967, p. 169.

Isto equivale a dizer que a noção de serviço público varia de acordo com a compreensão que se tenha a respeito de necessidades sociais e coletivas, vigente em determinada época.

É de se reconhecer que a caracterização de serviço público varia de acordo com os preceitos legais, vigentes em determinado período histórico. Assim enuncia **Marçal Justen Filho**, em trecho de sua obra *Concessões de Serviços Públicos - Comentários às Leis nº8.987 e 9.074, de 1995*:

*“É imperioso reconhecer a historicidade de questões relacionadas à intervenção do Estado na ordem econômica. Cada Estado desenvolveu, durante sua evolução, um modelo, peculiar, onde as formas de atuação, os limites e a disciplina jurídica retratam experiência própria, única e intransferível. Mais ainda, o conceito de serviço público deriva do tipo de Estado vigente no momento histórico”* (p.54).

Tal fato se deve essencialmente à circunstância de que o conceito doutrinário de serviço público está, na maioria das vezes, atrelado à “atividade exercida em prol dos interesses públicos ou da coletividade”. Ora, num dado momento histórico, os interesses públicos ou os da coletividade podem identificar-se com esta ou aquela concepção ideológica, e não serem os mesmos no futuro, como não foram no passado, inclusive por serem influenciados por mudanças na jurisprudência e nos costumes vigentes em dado momento histórico. Assim, os tradicionais conceitos de serviço público são enfaticamente essencialistas, porque não reconhecem a *“variabilidade histórica dos conceitos de serviço público”* <sup>51</sup>.

Ocorre que a vigente Constituição, dispensando um tratamento inovador na definição do espaço público e privado, conforme demonstrado, reservou para o Estado a prestação de serviço público, prevendo regime jurídico próprio para sua

---

<sup>51</sup> Cf. **Fernando Herren Aguillar**, 1999: 113.

prestação (art. 175)<sup>52</sup>. Esta opção constitucional deve ser vista como um marco histórico na definição da noção de serviço público no ordenamento jurídico brasileiro.

Outra situação que se torna evidente, é que a noção de serviço público deve ser percebida como uma noção fragmentada, uma vez que, através do critério classificatório de serviços próprios e impróprios do Estado, abundantemente tem sido utilizada e implementada no direito legislado brasileiro uma adequação voltada para fragmentar os serviços a cargo exclusivo do Estado, e os serviços que podem ser prestados mediante concessão, permissão ou autorização aos particulares, mesmo sabendo que pela sua conformação jurídica, o serviço concedido ou permitido tem índole regida pelo direito público, enquanto que o serviço autorizado, quando exercido pelos particulares, é regido pelo direito privado. Esta fragmentação leva a que venha a se tornar ainda mais confuso o estudo da noção de serviço público.

Presentemente, na tentativa de esclarecê-la, pois, tornando obrigatório que se leve em consideração as mutações do pensamento de cada época, é imperiosa a análise das disposições constitucionais e legais sobre o que pode ser tido como atividade a cargo exclusivo do Estado, serviço público próprio, e de outra forma, quais atividades que poderiam, concorrentemente, também estar a cargo dos particulares, na prestação de utilidades de interesse geral, tendo-as como serviço público impróprio. Neste sentido, a obrigação veiculada na Constituição, na *Seção da Saúde*, estaria enquadrada como *serviço público impróprio*, tendo em vista que a *saúde é direito de todos e dever do Estado* (art. 196) e sua execução *deve ser feita diretamente ou através de terceiros, e também por pessoa física ou jurídica de direito privado* (art. 197).

Não há dúvida de que, modernamente, ao Estado são atribuídas tarefas e atribuições de diversas naturezas, ligadas a seus fins, constitucionalmente colimados. Conforme antes dito, as

---

<sup>52</sup> Prevê o artigo 175 da Constituição que incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

atividades do Estado estão relacionadas à coexistência social e à prestação de utilidades aos administrados. Isto leva a uma conclusão de que são as atividades prestacionais do Estado aquelas que se vinculam à noção de serviço público, devendo-se distinguir daquelas que estão relacionadas à manutenção da convivência social.

A partir das considerações feitas, enfeixa-se um entendimento próprio sobre a noção de serviço público, fundamental para o empreendimento do presente estudo, como sendo *as atividades continuamente desenvolvidas por alguns órgãos ou entidades da administração pública, diretamente ou pelos regimes de concessão ou permissão, nos moldes constitucionais e legais, e na prestação de utilidades de interesse geral.*

Este entendimento implica no seguinte: 1- o serviço público *é uma atividade contínua*, ou seja, não pode ser suspenso, em face de que as necessidades básicas da sociedade não se interrompem; 2- *é atividade exercida por alguns órgãos da administração*, não por todos, porque nem todos os órgãos da administração prestam serviços públicos; 3- pode ser exercido de forma *direta pela Administração Pública*, ou ainda, através do regime de permissão ou concessão, em que o permissionário ou o concessionário exercem função delegada de Poder público; 4- *é a Lei Maior que designa quais atividades deverão ser obrigatoriamente exercidas na prestação de serviço público*, e são as *leis* que regulam seu exercício; 5- as atividades têm caráter prestacional, distinguindo-se das atividades de coexistência, e seu exercício está voltado para o atendimento do *interesse geral*, em benefício da coletividade.

Sob este ponto de vista, os serviços prestados na área do Poder Judiciário não se revestem da peculiaridade de serviços públicos, sendo mais correto dizer-se *serviços de interesse geral*, correlacionados com as atividades prestacionais de atendimento dos fins do Estado.

Neste íterim, convém dizer que a figura da delegação administrativa, que *é o poder conferido pela lei a uma autoridade*

*administrativa para que transfira a outra autoridade a possibilidade de praticar certos atos de sua competência originária*, é envolta em uma série de complexidades da doutrina jurídica e da prática administrativa<sup>53</sup>, inclusive no que concerne à delimitação da extensão da competência para prática de atos administrativos, bem assim da responsabilidade do delegante e do delegado<sup>54 55</sup>.

Outro aspecto relevante é justamente o fato de que o interesse que circunda a noção de serviço público deve ser visto como de natureza metaindividual, *i.e.*, que transcende o indivíduo isoladamente considerado.

A partir desta atribuição qualitativa, é de se dizer que a expressão *interesse público* deve permanecer vinculada à presença do Estado, cabendo-lhe mesmo fixar o seu próprio conteúdo, uma vez que a esfera de atuação estatal giza elementar e fundamentalmente sob a ótica das suas funções constitucionalmente previstas a partir do atendimento dos fins do Estado, bem assim em relação aos espaços públicos; da garantia da ordem pública; da preservação da segurança pública; da manutenção das liberdades públicas constitucionalmente previstas; da disponibilização de utilidades e benefícios em prol da coletividade, levadas em consideração as razões de espaço e tempo. Neste aspecto, a expressão *interesse geral* vem a representar os interesses de toda a coletividade (Estado e Sociedade), como um fim a ser alcançado seja através do serviço público prestado pelo Estado, seja através da participação, do envolvimento e da integração dos entes ou grupos sociais em atividades que atendem ao universo coletivo.

---

<sup>53</sup> **Lafayette de Azevedo Pondé** faz brilhante estudo sobre a figura da delegação administrativa (1995, p. 137 e segs.).

<sup>54</sup> A propósito, a Súmula 510 do STF dispõe que praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial. Publicada no DJ em 10-12-69 PG:05932.

<sup>55</sup> Dispositivo constitucional do artigo 5º, inciso LXIX prevê que *conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público.*

Dentro desta ótica, o qualificativo “público” só deve ser atribuído ao serviço que for prestado pelo Estado, diretamente ou por meio de concessão ou permissão. Quando se estiver diante de atividade de interesse geral que for prestada por particulares, não se pode falar de serviço público, e sim em *serviço de interesse geral* ou *serviço social*<sup>56</sup>.

Modernamente, alguns Autores<sup>57</sup> infirmam o alargamento da noção de interesse público, para atribuir à sociedade o compartilhamento do interesse público, antes condicionado ao monopólio estatal, podendo-se encontrar a distinção entre o *público estatal* e o *público não-estatal*. O *público estatal* estaria representado pelo Estado no exercício de suas atividades próprias e exclusivas, enquanto que o *público não-estatal* estaria representado por entidades que, embora com personalidade jurídica de direito privado, exercem certas atividades não exclusivas de Estado, que, pela permissividade da lei e pelo não esgotamento por parte deste, incumbem-se de realizá-las paralelamente ao ente estatal.

Tais entidades foram vulgarmente denominadas como prestadoras de serviço público não-estatal. Há uma denominação utilizada para entidades que exercem serviços de interesse geral que é similar às entidades prestadoras de serviços não-estatais. **Maria Sylvia Zanella Di Pietro** (1999:199), entende como *entidades paraestatais*<sup>58</sup>, aquelas “*peçoas privadas que colaboram com o Estado desempenhando atividade não lucrativa e às quais o Poder Público dispensa especial proteção*”, tratando-se de pessoas privadas que exercem função típica (embora não exclusiva de Estado), tais como o *amparo a hipo-suficientes*, de

---

<sup>56</sup> Denominação empregada pelo então Ministro da Administração e Reforma do Estado, **Luiz Carlos Bresser Pereira**, na edição do primeiro número dos *Cadernos do MARE da Reforma do Estado*, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, Brasília, 1997, p. 25.

<sup>57</sup> **Diogo de Figueiredo Moreira Neto**, *Mutações do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2.000, p. 124/129; **Odete Medauar**, *O Direito Administrativo em evolução*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 182.

<sup>58</sup> Entidade que por sua atividade caminha paralelamente ao Estado, ao seu lado, na consecução de serviços de interesse geral.



*assistência social, de formação profissional, bem como as entidades declaradas de utilidade pública e de fins filantrópicos.*

De outro modo, se houver específica atividade diretamente desenvolvida pelo Poder Público, sendo circundada pelo interesse geral, embora possa concomitantemente ser desenvolvida pelos particulares, dúvida remanesce se se pode considerar esta atividade como serviço público. É o caso, por exemplo, das atividades ligadas à educação (escolas e universidades públicas) e à saúde (hospitais públicos), posto que o Estado diretamente as exerce, muito embora seja também deferida aos particulares. Nesse aspecto, **Fernando Herren Aguillar** faz interessante ponderação, com a qual concordamos, no sentido de que seria uma contradição lógica fossem serviço público tipicamente, porque não sujeitas aos regimes de concessão ou permissão, e sim de simples autorização do poder público, sob pena de tornar letra morta a previsão do artigo 175 da Constituição de 1988. Todavia, quando estas atividades são exercidas pelo Estado, o Autor atribui-lhes a condição de *função estatal*, e não a de serviço público (1999: 139). Conforme antes observado, a obrigação constitucionalmente prevista no artigo 196, na *Seção da Saúde*, estaria enquadrada doutrinariamente como *serviço público impróprio*, tendo em vista que a *saúde é direito de todos e dever do Estado* (art. 196) e sua execução *deve ser feita diretamente ou através de terceiros, e também por pessoa física ou jurídica de direito privado* (art. 197), porém, quando prestada pelo Estado, passaria a representar o cumprimento do Estado de uma de suas funções, "*que não pode deixar de fazê-lo*" (1999: 152).

Assim, no exercício de suas funções, o Estado está obrigatoriamente vinculado a desempenhar determinadas atividades, não somente em relação a levar um benefício ou utilidade à coletividade, mas na prossecução de seus próprios fins, como aqueles relacionados no artigo 3º da Constituição Federal de

1988<sup>59</sup>. Assim, fica rechaçado aqui o emprego da expressão *serviço público não estatal*, pela sua absoluta impropriedade jurídica de cunho conceitual e metodológico.

Importa neste instante, empreender, a partir da noção de serviço público trazida, a verificação em nível constitucional e infraconstitucional, da atuação do Estado no domínio público, *i.e.*, na prestação de serviço público próprio e em relação às atividades que se constituíam em serviço público impróprio, bem como da atuação do Estado no domínio econômico, seja através da intervenção direta ou indireta na economia.

#### 4- ATUAÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO PÚBLICO

A atuação do Estado no domínio público diz respeito ao poder ou influência exercidos pelo conjunto da organização político-administrativa respeitante à consecução dos fins de interesse geral consagrados pelo ordenamento jurídico, através da utilização de recursos materiais postos à sua disposição pela sociedade.

Nesta ordem de idéias, *o domínio público seria o espaço reservado para a atuação do poder público, sob os pontos de vista material e formal*. Portanto, em nível material, todos os recursos e bens materiais destinados à atuação do poder público estariam tocados pela dominialidade pública, bem como, em nível formal, todos os objetos cuja manipulação tivessem como traço elementar um regime especial (de direito administrativo), também estariam circunscritos à dominialidade pública.

Sob esse aspecto, uma distinção que pode ser fornecida para verificação do espaço reservado ao poder público, e que se apresenta consagrada em nível constitucional como direito e garantia fundamental da pessoa humana, é a da *propriedade*

---

<sup>59</sup> Conforme antes anotado, prevê o artigo 3º da Constituição Federal de 1988 que *constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*. Na atualidade do mundo tecnológico e da necessidade de

*privada*, tida como corolário da liberdade humana, quanto à livre disposição de bens e frutos do trabalho individual. Assim, a Constituição consagra no Título II, *Dos direitos e garantias fundamentais*, o direito de propriedade (inciso XXII, art. 5º). Modernamente, o direito de propriedade vem sofrendo limitações, ora impostas pela atuação do poder público, ora pelo condicionamento da ordem jurídica, no sentido de que atenda à sua *função social* (inciso XXIII, art. 5º). Além da previsão do Título II, a Constituição estatui também, no Título VII da *Ordem Econômica e Financeira*, como um dos princípios gerais da atividade econômica, os princípios da propriedade privada e da função social da propriedade (art. 170, incisos II e III).

Desta maneira, num sistema jurídico-político, a propriedade privada é um elemento fundamental na distinção entre o domínio público e o domínio privado, *i.e.*, na diferenciação e caracterização das formas e meios de atuação do Estado e dos particulares, firmando as fronteiras do público e do privado. O espaço público é delimitado pela previsão normativa insculpida na ordem jurídica, enquanto que o espaço privado é todo aquele que se situa fora do espaço público<sup>60</sup>.

Com relação à necessidade de distinguir os espaços público e privado, cabe trazer a noção de *bem jurídico como noção nuclear do objeto dos direitos*. Partindo do pressuposto de que toda atividade dos seres humanos visa atingir determinado fim, e que a relação entre esta atividade e o agente converge para a conclusão de que o objeto da atividade dos seres é o **bem** por eles visado (**Vicente Ráo** 1999: 788), tem-se a exata compreensão de que cada sujeito se utiliza de determinados bens para realizar os fins almejados. Esta compreensão enuclea o sentido de *bem jurídico como objeto dos direitos*.

Na definição do *objeto* dos direitos, o Autor acima citado assim se pronuncia:

---

preparação para a competitividade, tais objetivos só se perfazem com o compromisso e dever estatal de prestar educação e saúde à população brasileira.

<sup>60</sup> Esta conceituação se evidencia pela negativa, sempre indesejável, mas, tendo em vista a imprevisibilidade de situações, torna-se impossível a fixação de contornos concretos.

*"Os direitos são conferidos aos homens para que eles possam alcançar os bens, materiais ou imateriais, convenientes ou necessários à sua conservação e ao desenvolvimento de seus semelhantes, ou da coletividade considerada em seu todo, bens que lhe proporcionam, ademais, os meios indispensáveis à livre expansão da sua personalidade, em busca do destino que lhes é ditado por sua própria natureza(ibid).*

Neste contexto, leciona que, *"sob o aspecto jurídico, diz-se objeto dos direitos o bem sobre o qual o titular exerce os poderes que a ordem jurídica lhe reconhece"* (ibid).

Traçando a noção jurídica de bem como objeto de direito, **Orlando Gomes** afirmou que *"compreende toda utilidade, material ou ideal, que possa incidir na faculdade de agir do sujeito"* (1965: 173). E mais, assevera que esta noção abrange as coisas que comportam apreciação pecuniária, e as que não comportam esta avaliação. Desta forma, os objetos, materiais ou imateriais, passíveis de apreciação pecuniária, ou não, são chamados de bens jurídicos, na qualidade de objeto dos direitos.

Os bens são divididos também em razão da sua função econômica, encontrando-se: *bens de produção; bens de uso; e bens de consumo.*

Por sua vez, em relação ao sujeito titular dos direitos relativos ao bem, temos que os bens podem ser públicos e particulares. O Código Civil Brasileiro fazendo a distinção entre os bens públicos e os bens particulares, preceitua em seu artigo 65 que *são públicos os bens do domínio nacional pertencentes à União, aos Estados, ou aos Municípios. Sobre os bens particulares, estatui que todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.*

Infirmo entendimento sobre o espaço de atuação do poder público, os bens de caráter público, de acordo com sua utilização, classicamente são tidos como *bens de uso comum, bens de uso especial e bens dominicais* (art. 66 CCB). Os bens de uso comum são os bens destinados à aberta utilização do povo, como as ruas, praças, estradas, mares e praias. Os de uso especial são

aqueles tocados pela utilização restrita do poder público, no apoio à prestação de serviço público, tais como os edifícios e terrenos públicos, conforme sejam afetados ou destinados, por lei, no desempenho do serviço. Os bens dominicais são os que não têm destinação específica, porém encontram-se na esfera de influência do poder público, como no caso das terras devolutas.

Por se tratar da atuação do Estado no domínio público, interessam aqui, principalmente, os bens de uso comum e os bens de uso especial, estando relacionados a um regime jurídico de direito público.

É de se dizer também que, além de ser o titular dos direitos relativos aos bens públicos, o Estado também exerce influência sobre os demais bens existentes em determinado meio social. É o que **Diogo de Figueiredo Moreira Neto** chamou de *domínio eminente*. Esboçando a noção de *domínio eminente*, entendido em sentido moderno como aspecto da soberania incidente sobre os bens que constituem o território do Estado, o Autor refere-se a diferentes formas de sua manifestação sobre as seguintes categorias de bens: bens públicos, privados e *res nullius*. Com relação aos bens públicos, estes constituem o domínio público patrimonial, e são tocados por um regime especial de direito público. No que pertine aos bens particulares, sobre eles o domínio eminente exerce o Poder de Polícia, limitando o exercício de direitos a eles inerentes à propriedade privada. E com relação às *res nullius*, o domínio eminente é exercido pelo Estado no tocante à imposição de determinadas condições de apropriação e de utilização, como no caso das águas, subsolo, energia, espaço aéreo, entre outros da mesma natureza (1998: 249).

A análise da atuação do Estado no domínio público é aqui objetada de acordo com a utilização dos bens que compõem o seu domínio público patrimonial, ou seja, na utilização dos *bens de uso comum* e de *uso especial*, principalmente os últimos porque circundados pelo exercício de serviço público. Conforme dito anteriormente, o campo de atuação do Estado é ditado pela norma inserta, de forma geral, na Constituição Federal, bem como nas

Constituições Estaduais, Leis Orgânicas e outras leis dos diversos níveis federativos.

Entendendo de forma mais restrita a atuação do Estado no domínio público, pode-se afirmar que normalmente suas atividades estão relacionadas ao atendimento de necessidades de interesse geral (atividades prestacionais), que se dão através da prestação de serviços públicos e do exercício de atividades voltadas para o atendimento dos seus fins.

É justamente este restrito entendimento sobre a atuação do Estado no domínio público, ou seja, na prestação de serviços públicos, que vai orientar, neste momento, a busca pela concepção jurídica do Estado.

#### 4.1- *SERVIÇOS PÚBLICOS PRÓPRIOS*

Infirmado que a busca da concepção jurídica de Estado é orientada pela análise da atuação estatal no âmbito público e econômico, cumpre iniciar o estudo sob o prisma do domínio público, debulhando o texto constitucional.

Desta maneira, passa-se ao exame das disposições constitucionais e legais<sup>61</sup> a respeito da atuação do Estado no domínio público, focado na noção de serviço público, levando-se em consideração que o elenco constitucional não é exaustivo, conforme a observação de **Celso Antônio Bandeira de Mello** (*ob. cit.*, 414).

Sob o ângulo do domínio público, a concepção de Estado que se evidencia e se aclara é aquela voltada para a prestação de serviços públicos de interesse geral.

Conforme ressaltado anteriormente, um dado sistema de competências relaciona-se com um perfil de atuação dos entes componentes da organização estatal, fazendo com que a atribuição específica de um serviço público possa estar identificada à repartição de competências entre os entes federativos.

---

<sup>61</sup> As menções aos textos legais seguem em forma de notas de rodapé e estão voltadas para a demonstração ilustrativa da incumbência e do efetivo exercício do serviço público por parte do Estado, bem assim dos serviços que estão também endereçados paralelamente aos particulares.

É o que acontece com a previsão constitucional do artigo 21, quando tratando da competência de execução da União, competência material exclusiva, prevê diversas atribuições, em nível de competência, que estão ligadas ao exercício e à prestação de serviços públicos próprios.

O inciso VII do artigo 21 dispõe que cabe à União *manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais*. Como decorrência desta disposição, os serviços diplomáticos, de embaixadas e consulados brasileiros em outros países, são considerados serviços públicos próprios do Estado, quando relacionados à assistência de nacionais no exterior.

Situação análoga é a prevista no inciso X do mesmo artigo 21, quando estipula, que cabe à União manter o *serviço postal e o correio aéreo nacional*<sup>62</sup>.

Igualmente, incumbe à União, na forma do artigo 21, *manter os serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional (XV); planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações (XVIII); explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendendo-se aos princípios e condições de que toda atividade nuclear em território nacional somente será admitida para fins pacíficos e mediante aprovação do Congresso Nacional, e ainda, que sob regime de concessão ou permissão, é autorizada a*

---

<sup>62</sup> A Lei nº6.538, de 22 de junho de 1978, estipula que o serviço postal e o serviço de telegrama são explorados pela União, através de empresa pública vinculada ao Ministério das Comunicações (art. 2º), compreendendo-se no objeto da empresa exploradora dos serviços o planejamento, a implantação e a exploração do serviço postal e de telegrama, que constituem, respectivamente, o recebimento, a expedição, o transporte e a entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas, bem assim o recebimento, a transmissão e entrega de mensagens escritas. Entre nós a empresa pública referida na lei, é a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Note-se aqui a prestação de serviço público mediante a figura da empresa pública, que, *a priori*, é voltada para o exercício de atividade econômica. **Celso Antônio Bandeira de Mello** faz uma observação sobre o assunto, revelando o mau emprego da expressão relativa ao "exercício de atividade econômica" como elemento pressuposto da definição de empresa pública, que tem levado a se considerar que só cabe à empresa pública a exploração de atividade econômica, o que não ocorre na prática, pois pode haver prestação de

*utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos medicinais, agrícolas, industriais e atividades análogas (XXIII).*

Em outra passagem do texto constitucional, ainda no âmbito das competências constitucionais comuns, cumulativas ou paralelas, dirigidas à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (art. 23), são consideradas como serviço público próprio do Estado, as atividades relacionadas e voltadas para *cuidar da saúde e assistência públicas, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência (II)*<sup>63</sup>.

O dispositivo constitucional do artigo 23 estatui também que é competência comum a todos os entes federados *proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos (III); proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas, bem como preservar as florestas, a fauna e a flora (VI e VII)*<sup>64</sup>.

Preceitua ainda o artigo 23 que é competência comum dos entes federados: *fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar (VIII); promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (IX); combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração*

---

serviço público por empresa pública. Segundo ele, o traço caracterizador, e distintivo portanto, é que a prestação se faz mediante remuneração (1996, p. 98).

<sup>63</sup> Desta forma, o Estado, quando desenvolve atividades públicas específicas que tenham por objeto a facilitação do exercício da cidadania por parte dos portadores de deficiência, presta serviço público próprio, uma vez que a prestação se dá de forma direta, por sua natureza de utilidade e de benefício a toda a sociedade. É através da estipulação genérica da Lei nº7.853, de 24 de outubro de 1989, que entende a matéria da proteção e da garantia do exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiências como obrigação nacional a cargo do Poder público e da sociedade, que os órgãos e entidades da administração direta e indireta deverão dispensar tratamento prioritário e adequado, tendente a viabilizar a inserção social e o desenvolvimento pessoal dos portadores de deficiência nas áreas de educação, saúde, formação profissional, recursos humanos e na adaptação das edificações e vias públicas, permitindo a funcionalidade e o desimpedimento de seu acesso.

<sup>64</sup> Segundo o que dispõe este artigo, foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 a Lei nº6.938/81, que prevê a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação, bem como os instrumentos normativos veiculados no *Código de Caça* (Lei nº5.197/67); *Código Florestal* (Lei nº4.771/65); e o *Código de Pesca* (Decreto-lei nº221/67). Com relação às políticas de proteção ao meio ambiente, a Lei nº6.938/81 institui o SISNAMA – Sistema Nacional do Meio Ambiente, cujo órgão superior é o CONAMA – Conselho Nacional de Meio Ambiente, prevendo a existência de órgãos ou entidades integrantes da Administração Pública Federal Direta ou Indireta, cujas atividades estejam total ou parcialmente associadas à preservação da qualidade ambiental ou de disciplinamento do uso dos recursos ambientais (art. 6º).



*social dos setores desfavorecidos (X); estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito (XII), fazendo com que todas as atividades do Poder Público, principalmente aquelas desenvolvidas através da criação de órgãos ou entidades integrantes da administração pública direta ou indireta incumbidos de desempenhar funções específicas ligadas a estas matérias, importem na existência de serviço público do Estado.*

Tem-se também a situação vinculada às atividades de execução da política de desenvolvimento urbano, pelo Poder Público municipal, tendo como objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, conforme dispositivo inserto no artigo 182 da Lei Maior.

Consoante preceito constitucional, as atividades voltadas para implementação de programas de reforma agrária, também seriam consideradas serviços públicos próprios do Estado, em face do interesse social que envolve a questão (art. 184 C.F.)

Em conformidade com o preceito constitucional do artigo 231 da Constituição *são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens*<sup>65</sup>.

Estes são, em linhas gerais, os contornos constitucionais e legais daquilo que se pode chamar de serviço público próprio, fazendo-se correlação com as atividades prestacionais do Estado, *i.e.*, as atividades a cargo do Estado que representem utilidades fruíveis em benefício da comunidade social.

---

<sup>65</sup> De acordo com esta previsão, as atividades desenvolvidas pela União e relacionadas aos índios e às comunidades indígenas, primeiros habitantes do território brasileiro, constituem-se serviço público próprio do Estado. Notadamente, os incisos II e VII do artigo 2º da Lei nº6.001, de 19 de dezembro de 1973, estatuem que *cumpra à União, aos Estados e aos Municípios, bem como aos órgãos das respectivas administrações indiretas, nos limites de sua competência, para proteção das comunidades indígenas e a preservação dos seus direitos, prestar assistência aos índios não integrados à comunhão nacional, bem como executar programas e projetos tendentes a beneficiar as comunidades indígenas.*

#### 4.2- SERVIÇOS PÚBLICOS IMPRÓPRIOS<sup>66</sup>

Outras atividades exercidas na sociedade podem ser classificadas como serviço público, porém no sentido impróprio, pois, mesmo considerando-as voltadas para atendimento de interesse geral, necessitam apenas de autorização do poder público para serem exercidas.

Sob o ponto de vista do enfoque das competências constitucionais dirigidas à União, tem-se o artigo 21 que elenca como suas atribuições exclusivas algumas atividades que podem ser exercidas, diretamente ou mediante *autorização*, concessão ou permissão, isto é, também pelos particulares.

Conforme antes asseverado, a autorização é o ato administrativo unilateral, precário e discricionário, tendente a facultar ao particular administrado o exercício de determinada atividade ou a prática de determinado ato.

Sob este enfoque, o artigo 21, em seu inciso XI, refere-se à competência da União, para *explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais.*

Esta disposição contida no inciso XI do texto constitucional vigente foi objeto de mudança através da Emenda Constitucional nº8, de 15/8/1995.

O texto constitucional, originalmente promulgado em 1988, sem emendas, previa que cabia à União *explorar, diretamente, ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado da rede pública de telecomunicações explorada pela União.*

---

<sup>66</sup> Tal expressão, serviço público impróprio, é aqui adotada somente em função da larga utilização doutrinária, todavia, releva notar que é preferível a expressão *serviço de interesse geral*.

Desta forma, depreende-se que o serviço, que era tido como exclusivamente público, ou seja, só podia ser exercido pelo Estado diretamente ou através de empresa cujo controle acionário lhe pertencesse, por modificação do Texto Maior, passou a poder ser explorado mediante concessão, permissão ou autorização. Consoante referência anterior, o serviço prestado mediante concessão ou permissão reveste-se de caráter público, todavia, aquele que necessita apenas de autorização, não tem esta condição, principalmente por não estar regido pelo regime jurídico de direito público (art. 175 C.F.), *i.e.*, reveste-se da característica de serviço público impróprio<sup>67</sup>.

De igual teor é a disposição contida no inciso XII, cuja disciplina prevê que cabe à União, explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: *a) os serviços concernentes a radiodifusão sonora e de sons e imagens*<sup>68</sup>; *o serviço e instalações de energia elétrica*<sup>69</sup>; *a navegação aérea,*

---

<sup>67</sup> De acordo com a Lei nº9.472, de 16 de julho de 1997, na forma do seu artigo 1º, *compete à União, por intermédio do órgão regulador (...), organizar a exploração dos serviços de telecomunicações, incluindo-se na organização, os aspectos de disciplinamento, fiscalização da execução, comercialização e usos dos serviços e da implantação e funcionamento de redes de telecomunicações, bem como da utilização dos recursos de órbita e espectro de radiofrequências* (Parágrafo único, art. 1º). Este mesmo diploma legal cria a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, entidade autárquica federal especial vinculada ao Ministério das Comunicações, a quem cabe, mediante proposta ao Presidente da República, a adoção de medidas tendentes a *instituir ou eliminar a prestação de modalidade de serviço no regime público, concomitantemente ou não com sua prestação no regime privado* (art. 18, I, c/c art. 19, III), bem como *expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no serviço público* (art. 19, IV); *editar atos de outorga e extinção de direito de exploração do serviço no regime público* (art. 19, V); *celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções*(art. 19, VI); *expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado* (art. 19, X); *expedir e extinguir autorização para prestação de serviço no regime privado, fiscalizando e aplicando sanções* (art. 19, XI).

<sup>68</sup> Sobre os serviços concernentes a radiodifusão sonora e de sons e imagens, é a Lei nº9.472/97 que também disciplina a forma como serão autorizados, permitidos ou concedidos os serviços, através da Agência Nacional de Telecomunicações, cabendo-lhe *administrar o espectro de radiofrequência e o uso de órbitas, expedindo as respectivas normas* (art. 19, VIII), bem assim *editar atos de outorga e extinção do direito de uso de radiofrequências e órbita, fiscalizando e aplicando sanções* (art. 19, IX).

<sup>69</sup> Com relação aos serviços e instalações de energia elétrica, a Lei nº9.427, de 26 de dezembro de 1996, instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, que tem *por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica* (art. 2º), cabendo-lhe *celebrar e gerir os contratos de concessão ou permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público, expedir autorizações, bem como fiscalizar, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, as concessões e a prestação dos serviços de energia elétrica* (art. 3º, IV).

Ainda no que se refere aos serviços e instalações de energia elétrica, em consonância com a Lei nº9.427/96, alterada pela Lei nº9.648, de 27 de maio de 1998, a teor do seu artigo 26, *depende de autorização da ANEEL: I- o aproveitamento de potencial hidráulico de potência superior a 1.00kW e igual ou inferior a 30.000kW, destinado a produção independente ou*

*aeroespacial e infra-estrutura aeroportuária*<sup>70</sup>; os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território<sup>71</sup>; os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; os portos marítimos, fluviais e lacustres.

Outrossim, com relação à prestação de serviço público impróprio, tem-se que a exploração de jazidas<sup>72</sup> e recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos poderão ser explorados mediante autorização ou concessão da União, consoante previsão do artigo 176 da Constituição<sup>73</sup>. Assim também, a autorização para a pesquisa será sempre por prazo determinado, sendo que as autorizações não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente, e que não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida<sup>74</sup>.

---

*autoprodução, mantidas as características de pequena central hidrelétrica; II- a compra e venda de energia elétrica, por agente comercializador; III- a importação e exportação de energia elétrica, bem como a implantação dos respectivos sistemas de transmissão associados; IV- a comercialização, eventual e temporária, pelos autoprodutores, de seus excedentes de energia elétrica.*

<sup>70</sup> A Lei nº7.565, de 19 de dezembro de 1986, institui o Código Brasileiro de Aeronáutica.

<sup>71</sup> A Lei nº9.432, de 8 de janeiro de 1997, dispõe sobre a ordenação do transporte aquaviário e dá outras providências.

<sup>72</sup> A Lei nº7.805, de 18 de julho de 1989, institui o regime de permissão de lavra garimpeira, sendo este o aproveitamento imediato de jazimento mineral, que, por sua natureza, dimensão, localização e utilização econômica, possa ser lavrado, independentemente de prévios trabalhos de pesquisa, segundo critérios fixados pelo Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM.

<sup>73</sup> A Lei nº9.478, de 6 de agosto de 1997, institui o Conselho Nacional de Política Energética – CNPE, vinculado à Presidência da República e com atribuições propositivas e programáticas, assim também institui a Agência Nacional do Petróleo – ANP, entidade autárquica federal especial vinculada ao Ministério das Minas e Energia, tendo esta, na forma do artigo 7º, a atribuição de: *elaborar os editais e promover as licitações para a concessão de exploração, desenvolvimento e produção, celebrando os contratos delas decorrentes e fiscalizando sua execução; autorizar a prática das atividades de refinação, processamento, transporte, importação e exportação, na forma estabelecida em lei e em sua regulamentação.*

<sup>74</sup> Segundo a Lei nº9.648, de 27 de maio de 1998, a teor do seu artigo 26, *depende de autorização da ANEEL: I- o aproveitamento de potencial hidráulico de potência superior a 1.00kW e igual ou inferior a 30.000kW, destinado a produção independente ou autoprodução, mantidas as características de pequena central hidrelétrica.*

A Lei nº9.433, de 8 de janeiro de 1997, institui a Política Nacional de Recursos Hídricos e cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, prevendo a outorga dos direitos de uso de recursos hídricos, como instrumento de política de recursos hídricos (art. 5º, III), que se efetivará por ato da autoridade competente do Poder Executivo Federal, dos Estados ou do Distrito Federal (art. 14).

Em outra previsão constitucional, o artigo 180 prevê que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão e incentivarão o turismo como fator de desenvolvimento social e econômico, fazendo com que todas as atividades vinculadas ao turismo sejam consideradas serviço público impróprio do Estado, *i.e.*, em benefício da coletividade em geral.

Desta forma, também em linhas gerais, este é o quadro dos serviços públicos impróprios estatuídos na Constituição, uma vez que aos particulares incumbe a iniciativa, a promoção e a proteção de bens e utilidades voltadas para o benefício geral, para o desenvolvimento social e econômico da sociedade brasileira, conforme visto.

Imperioso fixar, que quanto ao fato de que alguns dos serviços podem ser prestados tanto por meio de concessão ou permissão, quanto por autorização, observa-se que no que diz respeito às situações que reclamam concessões ou permissões, trata-se de serviço público próprio do Estado, prevalecendo o traço formal que lhe é peculiar.

#### *4.3- ATIVIDADES PRESTACIONAIS DE ATENDIMENTO DOS FINS DO ESTADO*

Em uma adequação mais precisa, algumas atividades prestacionais exercidas pelo Estado não se encontram acomodadas à noção de serviço público, mas estreitamente ligadas ao cumprimento de deveres do Estado, relacionadas aos seus fins, constitucionalmente previstos.

Com base no artigo 134 da Constituição Federal, os serviços de orientação jurídica e defesa dos necessitados desempenhados pela Defensoria Pública são atividades voltadas para a garantia de acesso à jurisdição pelos necessitados, desenvolvidas pela Administração Pública junto ao Poder Judiciário, na forma da Lei Complementar nº80, de 12 de janeiro de 1994, uma vez que estipula, em conformidade com o Texto Maior, que a Defensoria Pública é instituição essencial à função

jurisdicional do Estado, e abrange a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios, e as dos Estados. Em verdade, as atividades de assistência jurídica prestadas aos necessitados têm uma correspondência direta também com as atividades de coexistência, uma vez a prestação jurisdicional, em última instância, orienta-se para o oferecimento de segurança jurídica.

No que concerne ao plano constitucional das atribuições gerais do Estado, o Título da *Ordem Social* veicula os preceitos sobre a Seguridade Social, envolvendo Saúde, Previdência Social e Assistência Social, e conformam atividades de interesse geral da sociedade, todavia de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade. Neste aspecto, há uma concomitância de atribuições acometidas ao Estado e à sociedade, verificando-se claramente que se trata de *serviço público impróprio*, ou mais apropriadamente, trata-se de *atividade prestacional de atendimento dos fins do Estado*.

Na *Seção da Saúde*, tendo em vista que a *saúde é direito de todos e dever do Estado*<sup>75</sup> (art. 196) e sua execução *deve ser feita diretamente ou através de terceiros, e também por pessoa física ou jurídica de direito privado*<sup>76</sup> (art. 197), pode-se concluir tratar-se de atividade prestacional de atendimento dos fins do Estado que pode ser desempenhado pelos particulares.

---

<sup>75</sup> De acordo com a Lei nº8.080, de 19 de setembro de 1990, na forma o §1º do artigo 2º, o *dever do Estado em garantir a Saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação*. E ainda, consoante o §2º do mesmo artigo, o *dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade*. Este diploma legal dispõe ainda sobre a organização do Sistema Único de Saúde (SUS), que compreende o *conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público* (art. 4º). O §2º do citado artigo prevê que *a iniciativa privada poderá participar do sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar*.

<sup>76</sup> A Lei nº9.656, de 3 de junho de 1998, dispôs sobre as atividades exercidas pelas pessoas jurídicas de direito privado ou seguros privados de assistência à saúde, competindo à Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, de acordo com as diretrizes e resoluções do Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP, *autorizar os pedidos de constituição, funcionamento, cisão, fusão, incorporação, alteração ou transferência do controle societário das operadoras de planos de saúde privados de assistência à saúde, bem como fiscalizar as atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde e zelar pelo cumprimento das normas atinentes ao funcionamento dos planos privados de saúde* (art. 5º, I e II).

O mesmo ocorre com a Previdência Social, que é prestada em regime geral pelo Estado (art. 201)<sup>77</sup>, podendo ser oferecido o regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, sendo facultativo (art. 202)<sup>78</sup>.

Sobre a Assistência Social verifica-se que as ações governamentais serão desempenhadas em regime de descentralização, cabendo a coordenação e o estabelecimento de normas gerais à esfera federal, e a execução dos programas às esferas estadual e municipal, bem como às entidades beneficentes e de assistência social (art. 204)<sup>79</sup>.

Sobre a Educação, direito de todos e dever do Estado e da família, a Constituição prevê que será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade (art. 205)<sup>80</sup>. De acordo com a

---

<sup>77</sup> A Lei nº8.212, de 24 de julho de 1991, institui a Lei Orgânica da Seguridade Social e seu plano de custeio.

<sup>78</sup> O preceito constitucional contido no artigo 202 teve nova redação com a Emenda Constitucional nº20, de 15 de dezembro de 1998. Tal dispositivo constitucional está pendente de lei complementar conforme sua expressão literal, adunando-se assim, tratar-se de disposição com eficácia contida, e aplicabilidade direta, imediata, mas não integral, conforme a doutrina de **José Afonso da Silva**, exposta no seu *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 1998.

<sup>79</sup> A Lei nº8.742, de 7 de dezembro de 1993, dispõe sobre a organização da Assistência Social, prevendo que *a assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas* (art. 1º). O *caput* do artigo 9º deste diploma legal prevê que *o funcionamento das entidades e organizações de assistência social depende de prévia inscrição no respectivo Conselho Municipal de Assistência Social, ou no Conselho de Assistência Social do Distrito Federal, conforme o caso*.

<sup>80</sup> É a Lei nº9.394, de 20 de dezembro de 1996, denominada Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - LDB, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, dispondo, logo no seu artigo 1º, que *a educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais*.

O artigo 9º, em seu inciso IX, prevê que *a União incumbir-se-á de autorizar, reconhecer, credenciar, supervisionar e avaliar, respectivamente, os cursos das instituições de educação superior e os estabelecimentos do seu sistema de ensino*. De igual forma, o artigo 10, em seu inciso IV, prevê que *os Estados incumbir-se-ão de autorizar, reconhecer, credenciar, supervisionar e avaliar, respectivamente, os cursos das instituições de educação superior e os estabelecimentos do seu sistema de ensino*, enquanto o artigo 11, IV, prevê que *os Municípios incumbir-se-ão de autorizar, credenciar os estabelecimentos do seu sistema de ensino*.

O sistema de ensino federal, de acordo com o artigo 16, compreende: *as instituições de ensino mantidas pela União; as instituições de educação superior criadas e mantidas pela iniciativa privada; os órgãos federais de educação*. Outrossim, na forma do artigo 17, os sistemas de ensino dos Estados e do Distrito Federal compreendem: *as instituições de ensino mantidas, respectivamente pelo Poder Público estadual e pelo Distrito Federal; as instituições de educação superior mantidas pelo Poder Público municipal; as instituições de ensino fundamental e médio criadas pela iniciativa privada; os órgãos de educação estaduais e do Distrito Federal, respectivamente*, enquanto que, a teor do artigo 18, os sistemas municipais de ensino compreendem: *as instituições do ensino fundamental, médio e de educação infantil mantidas pelo Poder Público municipal; as instituições de educação infantil criadas e mantidas pela iniciativa privada; os órgãos municipais de educação*.

Constituição o dever do Estado para com a Educação será efetivado mediante a garantia de: *ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria; progressiva universalização do ensino médio gratuito; atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade; acesso aos níveis mais elevados de ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde* (art. 208). Tal atribuição, em que pesem todos estes deveres do Estado para com a Educação, temos como certo tratar-se de atividade prestacional de atendimento dos fins do Estado, uma vez que é deferido também à iniciativa privada, cumpridas as normas gerais da educação nacional e mediante autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público, na forma do que preceitua o artigo 209.

No que tange à Cultura, o artigo 215 prevê que o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. O §1º do artigo 215 estipula que o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro.

---

A LDB classifica, a teor do artigo 19, as instituições de ensino nas seguintes categorias: *públicas, assim entendidas as criadas ou incorporadas, mantidas e administradas pelo Poder Público; privadas, assim entendidas as mantidas e administradas por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado*. Por sua vez, o artigo 20 enquadra as instituições privadas de ensino nas seguintes categorias: *I- particulares, em sentido estrito, assim entendidas as que são instituídas e mantidas por uma ou mais pessoas físicas ou jurídicas de direito privado que não apresentem as características dos incisos abaixo; II- comunitárias, assim entendidas as que são instituídas por grupos de pessoas físicas ou por uma ou mais pessoas jurídicas, inclusive cooperativas de professores e alunos que incluam na sua entidade mantenedora representantes da comunidade; III- confessionais, assim entendidas as que são instituídas por grupos de pessoas físicas ou por uma ou mais pessoas jurídicas que atendem a orientação confessional e ideologia específicas e ao disposto no inciso anterior; IV- filantrópicas, na forma da lei*.



Como atribuições estatais, as atividades de promoção do Desporto (art. 217), através de práticas desportivas formais e não-formais, são tidas como dever do Estado, bem assim o incentivo do lazer, como forma de promoção social (*atividade prestacional de atendimento dos fins do Estado*).

Sobre Ciência e Tecnologia (art. 218), o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas, sendo que a pesquisa básica receberá tratamento prioritário do Estado, bem assim seu apoio na formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia.

Também assim, a Constituição refere-se ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, como direito de todos, e bem de uso comum do povo, sendo que as atividades voltadas para a proteção e preservação do Meio Ambiente (*atividades prestacionais de atendimento dos fins do Estado*), consoante artigo 225, impõem-se ao Poder Público e à coletividade. A efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, se dará mediante a incumbência do Poder Público de *preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo das espécies e ecossistemas; preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; definir, em todas as Unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos; exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.*

De igual perfil, é a disposição traçada em torno da proteção da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso, uma vez que o artigo 226, § 8º, estatui que o *Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações*, bem assim, a teor da disposição do artigo 227, que estatui ser *dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão*.

Como não poderia faltar, a disposição relativa à proteção das nações indígenas brasileiras reconhece *aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens* (art. 231).

Todas as atividades relacionadas à execução destas atribuições, diretrizes, deveres e incumbências constituem-se em atividades prestacionais de atendimento dos fins do Estado, desenvolvidos em prol do interesse geral da sociedade, tendo-a, muitas vezes como co-partícipe das atribuições do Estado.

Como visto, ainda que em linhas gerais, este é o conjunto de atividades prestacionais de atendimento dos fins do Estado) estatuídas na Constituição, uma vez que ao Estado, precipuamente, incumbe a prestação de utilidades de interesse geral voltadas para o benefício de toda a coletividade, em prol do para o desenvolvimento social e econômico da sociedade brasileira, conforme observado<sup>81</sup>.

Assim, sobre os *serviços públicos impróprios e atividades prestacionais de atendimento dos fins do Estado* cabe

---

<sup>81</sup> **Fernando Herren Aguillar** reporta-se às atividades de Estado divididas em: *função estatal; serviços públicos em sentido estrito; atividades econômicas desempenhadas pelo Estado* (1999: 150).

firmar uma distinção específica, qual seja a de que quando o Estado exerce determinadas atividades o faz na condição de cumpridor de seu dever, estando tais atividades deferidas aos particulares, mediante simples autorização.

No que respeita aos serviços públicos impróprios, oportuna é a lição de **Maria Sylvia Zanella Di Pietro**, no sentido de que *"os serviços públicos impróprios são os que, embora atendendo também a necessidades coletivas (...), não são assumidos nem executados pelo Estado, seja diretamente ou indiretamente, mas apenas **autorizados, regulamentados e fiscalizados**; eles correspondem a atividades privadas e recebem **impropriamente**, o nome de **serviços públicos** porque atendem a necessidades de interesse geral; vale dizer que, por serem atividades privadas, são exercidas por particulares, mas, por atenderem a necessidades coletivas, dependem de autorização do poder público, sendo por ele regulamentadas e fiscalizadas; ou sejam, estão sujeitas a maior ingerência do poder de polícia do Estado"* (1996: 88).

Com relação a esta afirmação, revela-se aqui a impropriedade que considera serviço público todas as atividades prestacionais desenvolvidas pelo Estado. Vale lembrar, conforme nosso posicionamento anterior, que quando a atividade é exercida pelo Poder Público e havendo permissibilidade legal para que seja exercido concomitantemente pelos particulares (serviço público impróprio/*atividade prestacional de atendimento dos fins do Estado*), a esta não pode ser atribuído o caráter de serviço público, mesmo em face da presença do Estado e do interesse geral. Se o Estado passa a desempenhar determinada atividade de forma direta, tendo em vista o interesse geral circundante, concomitantemente às atividades dos particulares, há que se falar em cumprimento da *função estatal* de acordo com os fins a que se propõe na ordem jurídica, não em *serviço público*. Da mesma forma, se a ordem jurídica conforma um dever do Estado, na disponibilização de determinadas utilidades ou benefícios em prol da coletividade, como nos casos da educação, saúde, promoção de desporto, defesa do meio ambiente, defesa da criança e do

adolescente (*v.g.*), está a tornar presente uma obrigatoriedade jurídico-legal a que o Estado venha a exercer nesta conformidade e na persecução de seus fins (art. 3º da C.F.), não necessariamente em regime de prestação de serviço público.

Tal ponderação visa preservar límpido e incólume o conteúdo da noção de serviço público, incluída no âmbito das atividades prestacionais estatais, sem contudo esgotá-las exhaustivamente, tendo em vista que algumas delas, como dever do Estado, visam o atendimento dos seus últimos fins, enquanto que a noção de serviço público, congregando os critérios materiais e formais de maneira concomitante, está relacionada à prestação de atividade prestacional de interesse geral pelo Estado, de forma direta ou mediante concessão ou permissão, em benefício da coletividade, não cabendo a qualquer particular exercer tal atividade simplesmente mediante autorização, na forma do que previu o artigo 175 da Constituição Federal.

Após esta análise sobre os serviços públicos próprios e impróprios, e ainda sobre as atividades prestacionais de atendimento dos fins estatais, firmando as fronteiras de atuação do Estado no domínio público, convém esclarecer também que a Constituição Federal de 1988, em matéria de políticas sociais, reconhecendo o enorme fosso de desigualdade social existente, não consagrou a subsidiariedade como forma típica da ação do Estado brasileiro, preferindo erigir-lhe diversos deveres a serem observados no campo social, justamente no cumprimento de suas funções estatais voltadas ao atendimento dos fins do Estado. Tal não poderia ser diferente, pois quando a Lei Fundamental estipula os fins aos quais está vinculada a República Federativa do Brasil, prenuncia que são seus objetivos a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III).

## *5- ATUAÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO*

### *5.1- ATUAÇÃO ECONÔMICA DO ESTADO*

A análise da atuação do Estado no domínio econômico propriamente dita constitui-se no segundo elemento para a busca pela atual concepção jurídica do Estado, e envolve a estipulação de critérios balisadores desta concepção.

As atividades estatais desenvolvidas no domínio econômico, são consideradas como atividades de intervenção do Estado na esfera de atuação da economia privada, ora reservando para si a exploração econômica de um ramo ou atividade que considera essencial para a coletividade, ora infirmando regras que limitam ou orientam a atuação dos particulares<sup>82</sup>. As atividades interventivas do Estado podem ser classificadas como intervenção direta ou indireta. Diz-se intervenção direta quando o Estado, de per si, e através de entidade integrante da Administração descentralizada, notadamente através de empresas públicas e sociedades de economia mista, desenvolve diretamente a atividade econômica. Por outro ângulo, diz-se intervenção indireta quando o ente estatal promove a normatização da atividade econômica dos particulares, com o intuito de fiscalizar, incentivar ou planejar.

**Luís Cabral de Moncada** traça um quadro com a *tipologia da intervenção do Estado*, distinguindo, conforme antes asseverado, *intervencionismo*, *dirigismo* e *planificação*. Neste sentido, segundo a extensão da intervenção, situa os critérios de intervenções em *globais*, *setoriais* e *pontuais*. Os primeiros, *v.g.*, como sendo os casos em que o Estado adota "*normas gerais de fixação de margens de comercialização ou de encorajamento do investimento global*", enquanto que o critério de intervenções setoriais, são os casos de concessão "*de crédito bonificado a um dado setor (turismo, exportação, por exemplo)*", e ainda, os últimos, como sendo os casos de intervenção em que o Estado, perante a declaração de uma empresa em situação econômica difícil, "*determina a intervenção ou desintervenção*" da empresa (*ob. cit.*, 32). Ainda segundo o Autor, a intervenção pode se dar

---

<sup>82</sup> Segundo **Augusto de Ataíde**, "*pode-se afirmar que em todas as épocas existiram, no seio das sociedades organizadas, intervenções do poder na vida econômica*" (1970: 18), variando apenas o grau de intervenção, de acordo com a matiz política, social, econômica e ideológica de cada período histórico.

também de forma *unilateral* ou *bilateral*, sendo que "o Estado pode intervir por via unilateral, proibindo ou autorizando certas actividades em determinados setores(...), cujos veículos normais são os regulamentos e os actos administrativos de eficácia externa, meios por excelência do exercício da autoridade", assim como "desenha-se também hoje um tendência manifesta nos países de economia de mercado (embora a eles não se restrinja) para formas convencionais e contratuais do exercício da autoridade, procurando-se a prévia adesão dos parceiros sociais" (ob. cit., 34). Finalmente, o Autor elenca os modos de intervenção direta ou indireta, segundo o qual, "a intervenção directa existe quando é o próprio Estado que assume o papel de agente produtivo, criando empresas públicas ou actuando através delas, intervindo nos circuitos de comercialização (...), de modo a não desequilibrar o mercado interno", enquanto que "a intervenção indirecta existe quando as empresas privadas, mistas ou mesmo públicas, virem a sua actividade ser objecto de medidas de carácter fiscalizador (função de polícia) ou de estímulo (função de fomento)"(ob. cit., 36/37).

A intervenção do Estado no domínio econômico é examinada ora tendo-o como agente normativo, impondo regras de conduta à vida econômica, desenvolvendo o *Direito Regulamentar Econômico*, ora como agente empreendedor, atuando como parte direta do processo econômico, desempenhando o *Direito Institucional Econômico* <sup>83</sup>.

**Washington Peluso Albino de Souza** (1994: 256), traz a reelaboração de um esquema aproximativo adotado por **Robert Savy**, que nos revela, principalmente, o campo de atuação intervencionista indireta do Estado, segundo o qual, existe:

- 1- *Política Econômica Geral*
  - 1.1- *Política Econômica Conjuntural*;
  - 1.2- *Política a Prazo Médio*;
  - 1.3- *Política Estrutural*.
- 2- *Atos intervencionistas setoriais*.

---

<sup>83</sup> Cf. **Alberto Venâncio Filho**, 1968: 383.

3- *Medidas relacionadas com a influência do comportamento da empresa em face de interesses econômicos gerais.*

Segundo a observação de **João Bosco Leopoldino da Fonseca** (1997: 248), a "*política econômica tem como objetivos fundamentais, nos países desenvolvidos, assegurar o **crescimento sustentado da economia**, assegurar o **pleno emprego dos fatores de produção**, particularmente da mão de obra, uma **relativa estabilidade dos preços**, e garantir o **equilíbrio da balança de pagamentos**".*

No aspecto da classificação trazida, percebe-se que tem se reduzido drasticamente a intervenção direta do Estado na economia, inclusive, com previsão expressa da Constituição Federal de 1988, ao assim disciplinar que a exploração direta de atividade econômica "*pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei*" (art. 173 CF).

De forma bastante especificada, **Eros Grau**, a partir da consideração do direito brasileiro, classifica as técnicas de atuação do Estado na economia como sendo:

*"1- atuação **na** economia: 1'- atuação por absorção, quando o Estado assume, em regime de monopólio, o controle dos meios de produção e/ou troca de determinado setor; 1''- atuação por participação, quando o Estado assume parcialmente (em regime de concorrência com agentes do setor privado) ou participa do capital de agente que detém o controle patrimonial de meios de produção e/ou troca; 2- atuação **sobre** a economia: 2'- atuação por direção, que ocorre que o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo normas de comportamento compulsório para os agentes econômicos; 2''- atuação por indução, que ocorre quando o Estado dinamiza instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados (1995 b, 62).*

**Fernando Herren Aguillar** assevera que a "regulação pelo Estado, que preside fundamentalmente a idéia de Direito Econômico, pode, então se manifestar no controle direto da atividade econômica ou no influenciamento não compulsório dos agentes econômicos a adotar ou deixar de adotar determinadas práticas"(1999: 105). E ainda, que a noção de regulação, como a atividade desempenhada pelo ente estatal voltada para reger o fato econômico, compõe-se segundo haja *concentração ou desconcentração*, segundo o grau de confiança maior ou menor do Estado em que os interesses públicos serão alcançados mediante outorga da liberdade à iniciativa privada (*ob. cit.*, p. 164), podendo-se distinguir duas instâncias básicas no processo de regulação, uma *operacional* e a outra *normativa*. Para o Autor a *concentração regulatória normativa* "diz respeito à responsabilidade maior ou menor que assume o Estado na imposição de normas jurídicas aos particulares no desempenho de atividades econômicas", enquanto que por *concentração regulatória operacional* entende que é a "intensidade com que o Estado avoca a si e a suas entidades a tarefa de desempenhar tarefas econômicas"(*ob. cit.*, p. 212).

Ressalte-se que a atuação do Estado no domínio econômico abrange suas atuações no âmbito dos domínios público econômico e privado econômico, de forma que quando desempenha atividades de intervenção indireta, na fiscalização e incentivo, atua sob o regime de direito público econômico, na qualidade de Poder público, enquanto que, quando desenvolve atividades de intervenção direta, por mandamento ou autorização constitucional, na exploração direta de atividade econômica, atua acentuadamente sob regime de direito privado econômico, em igualdade de condições com os particulares (art. 173, §1º, II e §2º C.F.).

Conforme aponta **André de Laubadère**, a separação entre direito público econômico e direito privado econômico é cada vez menos nítida, principalmente porque "a unidade do direito económico, obtida pela presença, no seu objecto, dos dados da ordem económica, prevalece sobre a aplicação a este direito da



*distinção direito público - direito privado* (1985, 27), sendo que tal unidade é encorajada pelos fatos e exemplos de aproximação e interpenetração do direito público e do direito privado, particularmente numerosos em matéria econômica. Por outro lado, esse Autor afirma que a aproximação entre direito público e direito privado encontra apenas um terreno propício em matéria econômica "*porque as economias pública e privada são hoje em dia muito solidárias*"(ob. cit., 26), sendo que esta aproximação diz respeito a apenas algumas instituições ou alguns setores, podendo-se concluir com o Autor que "*há muitos outros que continuam a encontrar lugar, sem dificuldade, na distinção tradicional do direito público e do direito privado*"(ibid).

Assim, apesar de atualmente as fronteiras entre direito público e direito privado encontrarem-se pouco nítidas, a partir daquele específico ângulo de visão<sup>84</sup>, é cabível a distinção entre direito público econômico e direito privado econômico, ambos encetados no que comumente se denomina de *Direito da Economia* (**Laubadère**, 1985, 27).

**Carlos Ari Sundfeld** afirma que "*em princípio, a Constituição do Brasil reserva aos particulares a exploração de atividade econômica*"(art. 170) de forma que só é permitido ao Estado exercer diretamente a exploração direta de atividade econômica nos casos especiais do artigo 173 da Constituição Federal, *i.e.*, quando justificada pela segurança nacional ou por relevante interesse coletivo, submetendo-se, inobstante, ao regime jurídico de direito privado. Este Autor aponta ainda os casos em que a Constituição "*menciona expressamente algumas atividades econômicas a que o Estado pode ou deve se dedicar, em regime de conveniência com a iniciativa privada*", como as instituições financeiras (arts. 163, VII e 192, IV); construção de moradias (art. 23, IX) e abastecimento alimentar (art. 23, VIII)(2.000: 78/79).

---

<sup>84</sup> Quando desempenha atividades de fiscalização e incentivo (intervenção indireta), atua sob o regime de direito público econômico, investido do caráter de Poder público, ou, de outra forma ainda, quando desenvolve atividades de exploração direta de atividade econômica (intervenção direta), por imposição ou autorização constitucional, atua preponderantemente sob regime de direito privado econômico, em plena igualdade de condições com os particulares.

Convém assinalar, que as atividades de intervenção estatal podem ser exercidas através de diversos instrumentos, uns de natureza pública, seja mediante a criação, por intermédio legal, de órgãos ou entidades públicas administrativas incumbidas de desenvolver a fiscalização ou fomento das atividades econômicas privadas, seja através dos meios normativos regulamentadores da atuação econômica dos particulares. Assim também, outros de natureza privada, através da criação ou autorização, por intermédio legal, de entidades integrantes da administração descentralizada que se submetem ao regime jurídico privado, explorando atividade econômica em regime de concorrência com as entidades privadas, assumindo riscos inerentes às suas atividades.

## 5.2- A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O ordenamento jurídico brasileiro aderiu à tendência de incorporação de normas constitucionais de caráter econômico desde a Constituição de 1934, caracterizando a Constituição Econômica, garantindo-se relevância hierárquica formal e material, pois a "ordem econômica" foi tratada como "Título" VII <sup>85</sup>.

Na Ordem Constitucional instaurada em 1988, não podia ser diferente, também se incluiu no seu texto, previsão sobre a "Ordem Econômica", além de introduzir inovações que a caracterizam como a que utilizou-se da *"mais apurada técnica sistematizadora, com melhor explicitação de determinados temas com o desdobramento em incisos, artigos e parágrafos, evitando o uso de letras para as subdivisões"*, passando a dispor de elementos formais e de maior consistência <sup>86</sup>.

É de se dizer que o legislador constituinte, em matéria de estruturação da *Ordem Econômica*, a partir do artigo 170 da Lei Maior, previu um capítulo introdutório que elenca os Princípios Gerais da Atividade Econômica e estipula as atribuições do Estado e da sociedade em matéria econômica, evidenciando firme caráter

---

<sup>85</sup> **Washington Peluso Albino de Souza**, 1989, p. 23.

<sup>86</sup> *ibid*, p. 24.

à Constituição Econômica, em seguida instituiu capítulos que tratam especificamente da *Política Urbana*, da *Política Agrícola e Fundiária* e da *Reforma Agrária*, do *Sistema Financeiro Nacional*, sucessivamente.

Neste patamar, imprescindível distinguir que a noção de *atuação econômica estatal* deve ser percebida em sentido amplo ou em sentido restrito, caso se configure a atuação econômica do Estado tanto na área de sua titularidade própria (prestação de serviço público) quanto em área de titularidade do setor privado, ou caso se trate de exploração direta de atividade econômica, conotando a expressão *intervenção*<sup>87</sup>. Assim, a menção à atividade econômica em sentido amplo implica na atuação econômica estatal, enquanto que a expressão atividade econômica em sentido restrito, implica no exercício ou exploração direta de atividade econômica por parte do Estado.

Faz-se necessário asseverar ainda, que a Constituição Federal deve ser interpretada em seu conjunto, e que o fato econômico condicionante da Constituição Econômica não está adstrito ao tratamento formal dispensado no seu Título VII. Nesse aspecto, **Edvaldo Brito** (1997 a: 41), encara a "*Constituição Econômica*" como a "*disciplina jurídico constitucional de todas as situações relativas às relações jurídicas cujo conteúdo é a produção*"(grifo nosso).

Assim também entende **Eros Roberto Grau** (*ob. cit.*, p. 197), porque, para análise da ordem econômica em seu todo, não somente da constituição econômica formal, devem ser transportados, *fundamentalmente*, "*os preceitos inscritos nos seus arts. 1º, 3º, 7º a 11, 201, 202, e 218 e 219*", além de outros que a ela aderem de modo específico entre os quais, *v.g.*, os do art. 5º, LXXI, do art. 24, I, do art. 37, XIX e XX, do §2º do art. 103, do art. 149, do art. 225".

De outra parte, o legislador constituinte mostrou-se deveras tímido em relação ao enfretamento de temas relacionados com o aspecto econômico, deixando demasiadamente para o

---

<sup>87</sup> Cf. **Eros Grau**, 1997: 123.

legislador infraconstitucional a tarefa de disciplinar e dispor sobre a feição jurídica dos temas, tais como se observa em relação ao exercício de atividade econômica por parte do Estado; à entrada de capital estrangeiro; à disciplina sobre a ação normativa e reguladora do Estado no exercício das funções de fiscalização, incentivo e planejamento; e em relação à taxa de juros reais.

Este ângulo obtuso traçado pelo legislador constituinte de 1988, em relação ao enfretamento de temas econômicos, tem dado azo para acalorados debates doutrinários e jurisprudenciais em torno da eficácia e aplicabilidade de dispositivos constitucionais, assim como também em relação ao uso da via judicial para compor a falta de dispositividade legal através do "mandado de injunção" e da "inconstitucionalidade por omissão", para garantir e alcançar as conquistas da Lei Fundamental.

O Artigo 170, intróito do Capítulo I do Título VII, como que oferecendo uma estruturação deontológica para a Ordem Econômica e Financeira traça em seu bojo fundamentos, objetivos(fins) e princípios.

**Washington Peluso Albino de Souza** (1989: 31), faz importantes considerações para distinguir *fundamentos* de *princípios*, tomando a primeira categoria como "*causa no sentido de razão de ser*" e a segunda como "*o ponto de partida de um processo qualquer*".

Nesse sentido, a Ordem Econômica é fundada na *valorização do trabalho humano* e na *livre iniciativa*.

A inclusão da *valorização do trabalho humano* como fundamento da ordem econômica corresponde à intenção do legislador constituinte em priorizar, no jogo do processo produtivo, o trabalho. Situa o trabalho humano como o fator produtivo mais importante, na condição de *elemento causador* do próprio processo produtivo. Assim entende **Eros Roberto Grau** (1997: 221), citando **José Afonso da Silva**, pois a prevalência do trabalho na ordem econômica, faz reporta-lo "*como prioridade sobre os demais valores da economia de mercado*".

Por outro lado, a inserção da *liberdade de iniciativa* como fundamento da ordem econômica faz inferir-se que se trata

da "liberdade econômica". Preceitua, inclusive, o parágrafo único do artigo 170 que *é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei*<sup>88</sup>.

*A liberdade de iniciativa* outorgada aos componentes de uma determinada *sociedade* confere, através de uma inter-relação política, social e econômica entre o ente estatal e os corpos sociais, a possibilidade de realizarem os anseios fundantes de prosperidade, progresso e desenvolvimento. Nisso, em parte, reside a legitimidade das normas de conteúdo econômico, dado que é a sociedade que tem capacidade de mensurar e oferecer a exata medida para que o legislador incorpore ao sentido da norma, determinada dose de liberdade.

Com respeito aos fins da Ordem Econômica, exsurge do preceito constitucional em exame (art. 170) que o fim colimado pela ordem econômica é o alcance da *justiça social*.

Os ditames da justiça social são postulados que se entrevêm perante a ordem capitalista, para amenizar o conflito, que lhe é inerente, entre capital e trabalho. Tais postulados implicam em distribuição de riqueza, acesso aos bens de produção e maior dignidade humana. À justiça social pode ser atribuído um caráter retórico formal, sem prevalência no campo material. A experiência histórica tem mostrado que justiça social é incompatível com o sistema capitalista. Porém, é de bom alvitre salientar, que o aspecto econômico é somente parte de um conjunto ainda maior, também composto pelo aspecto social, o que adverte para a necessidade das realidades intercambiarem-se em uma unidade sistemática mais abrangente. O capitalismo cria para si, periodicamente, face à exacerbada acumulação de capital em torno de uma minoria, um vácuo a perpetuar completa inacessibilidade aos bens de produção para uma parcela de cidadãos. Desta feita, deve, também por si, intentar minimizá-lo,

---

<sup>88</sup> **José Afonso da Silva** (1996, p. 725), assevera que a liberdade de iniciativa econômica envolve a *"liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato"*, sendo princípio - ou fundamento (!?), do liberalismo econômico. De outra parte, *toma como legítima quando exercida no interesse da justiça social*.

sob pena de estar diante de crise de legitimidade, e provável desagregação social.

A tendência ao abrandamento tem se revelado diante da necessidade de recolher-se maior preponderância do fato econômico em relação às atividades pública e privada, no cotejo do perfil intervencionista do Estado. O que se observa é que, no espaldar de uma nova concepção para o Estado intervencionista, os valores humanos fundamentais da *igualdade* e da *liberdade*, mesmo com feições contraditórias entre si, não são indissociáveis.

Vale lembrar, a previsão contida no nºIV do artigo 7º da Constituição Federal, segundo o qual o salário mínimo deve ser capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social. Esta previsão plenamente se respalda na justiça social. É de perguntar-se, porém, se representa uma conquista do trabalhador ou um fato normativo *in abstracto*?

No que concerne aos princípios da Ordem Econômica, temos que a Constituição elencou-os de forma mais consentânea com a realidade intercambiável do mundo moderno.

Em primeiro lugar, inovando, trouxe a *soberania* como princípio da atividade econômica, evidenciando traços de nacionalismo ao processo econômico<sup>89</sup>.

Sem contraposição, fez menção à *propriedade privada* e à sua *função social*, não deixando espaço para a livre compreensão de um sistema produtivo exacerbadamente individualista, pois a propriedade e a empresa, critério adotado por **Grau** (*ob. cit.*, p. 196) para aludir à matéria de ordem econômica, são reconhecidos e protegidos como corolários da atividade econômica, porém devem plenamente prestar-se a este papel, sob pena de perder a sua proteção, conseqüentemente sua legitimidade.

A *livre concorrência*, por seu turno, invoca um pressuposto da boa organização capitalista, em vista de evitar-se

---

<sup>89</sup> Ver o nosso *Integração Econômica e o Princípio da Soberania Nacional*, in *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*, Salvador - BA, Centro Editorial e Didático da UFBA, Edição Especial nº 6, jan. 1998/dez. 1998, pp. 106/117.

concentração e dominação de mercados, abuso de poder econômico, aumento arbitrário dos lucros, e a usura.

Outra novidade trazida na Constituição Econômica, como princípios informadores da ordem econômica houve previsão da *defesa do consumidor* e da *defesa do meio ambiente*, evidenciando o reconhecimento de que o aspecto econômico possui caráter conformador de interesses difusos, devendo observar a incolumidade do mercado consumidor e dos recursos ambientais.

Em relação aos desníveis regionais, a Constituição estatui princípio que se identifica com a *redução das desigualdades regionais e sociais*.

De forma distinta da previsão constitucional anterior, a Constituição elencou como princípio da atividade econômica, a *busca do pleno emprego*, tornando mais evidente a preocupação com a dignidade da pessoa humana e com a valorização do trabalho.

Demonstrando e reconhecendo a força do poder econômico na ordem capitalista, instituiu tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Ilustrados os contornos normativos que revestem a atividade econômica, com relação à atuação do Estado sob o ângulo do domínio econômico, cabe, neste momento do trabalho, analisar os dispositivos veiculados no Texto Maior, que correspondem aos contornos, critérios e limites ao desenvolvimento das atividades estatais no campo econômico.

Inicialmente, um marco constitucional se ergue a partir da previsão do artigo 173 da Constituição Federal de 1988, em que se estipula expressamente que *ressalvados os casos previstos na Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei*. Tal previsão faz inferir-se que a exploração direta de atividade econômica por parte do Estado é exceção, somente podendo se apresentar na circunstância de imperativo à segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme

definição legal<sup>90</sup>. Percebe-se aqui uma clara opção constitucional pelo princípio da subsidiariedade em matéria econômica, uma vez que só através dos reclames do interesse coletivo ou da segurança nacional é que é permitido ao Estado o exercício de atividade econômica.

A sequência do dispositivo contido no artigo 173, no seu §1º, mais uma vez faz inferir-se que o disciplinamento trata de atividade econômica em sentido estrito, prevendo que a *lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de serviços, dispondo sobre*<sup>91</sup>: *sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade(I); a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários(II); licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública (III); a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários (IV); os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores (V).*

---

<sup>90</sup> Para **João Bosco Leopoldino da Fonseca**, as ressalvas constitucionais referidas no pré-citado dispositivo cingem-se aos artigos 175, 176 e 177 da Lei Maior.

Especificamente, o artigo 175 refere-se à *incumbência do Poder Público na prestação de serviços públicos, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação*. Cabendo à lei na forma do Parágrafo Único do art. 175, dispor sobre *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; os direitos dos usuários; política tarifária; a obrigação de manter serviço adequado*. Aqui insere-se a observação de **Eros Grau**, no sentido de que a prestação de serviço público está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, daí concluir este Autor, que "*serviço público é um tipo de atividade econômica*" (1997: 131).

Necessário distinguir aqui também, que a noção de *atuação estatal* deve ser percebida em sentido amplo ou em sentido restrito, caso se configure a atuação econômica do Estado tanto na área de sua titularidade própria (prestação de serviço público) quanto em área de titularidade do setor privado, ou caso se trate de exploração direta de atividade econômica, conotando a expressão *intervenção (Eros Grau, 1997: 123)*. Assim, a referência do artigo 173 conota atividade econômica em sentido estrito, situações em que é permitida ao Estado a exploração direta da atividade econômica.

<sup>91</sup> § 1º com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de julho de 1998.

A redação anterior era a seguinte:

"§ 1º A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias."



Em seguida, o artigo 174 dispõe que como *agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado*. De acordo com a dispositividade ora examinada, depreende-se que a atividade econômica do Estado é vista aqui em seu caráter amplo, reportando-se à sua atuação normativa, compreendendo as atividades de fiscalização, e reguladora, compreendendo as atividades de incentivo e planejamento <sup>92</sup>.

Novamente, como a ordem jurídica regula fatos sociais e econômicos relevantes para a sociedade, veicula normas que regem a conduta intersubjetiva, sob a forma de comandos *impositivos (positivos ou negativos), proibitivos, autorizativos e indicativos*. Dentro deste aspecto, é que se classificam as atividades regulatórias do Estado em matéria econômica, atuando no controle econômico, na repressão econômica ou no incentivo econômico.

Conforme antes asseverado, o tratamento constitucional dispensado à matéria foi revolucionário, separando serviço público de atividades econômicas em sentido estrito, a partir do contexto histórico constitucional, uma vez que de um lado conforma o princípio da livre iniciativa econômica aos particulares (arts. 170, *caput*), prevendo a atuação supletiva ou subsidiária ao Estado em matéria de desempenho de atividade econômica própria, tendo em vista segurança nacional ou relevante interesse coletivo (art. 173), de outro reservou para o Estado a prestação de serviços públicos (art. 175), prevendo regime jurídico próprio para sua prestação.

Ainda em matéria econômica, respeitante ao artigo 176, este prevê que *as jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário*

---

<sup>92</sup> Cf. **Eros Grau**(*ob. cit.*, 135).

*a propriedade do produto da lavra. Adiante, seu § 1º estipula expressamente que a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o caput deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas*<sup>93</sup>. Segundo o § 2º do citado preceptivo constitucional *a autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado, e as autorizações e concessões previstas neste artigo não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do Poder concedente. E ainda, na forma do seu § 4º, não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida.*

Estabeleceu-se constitucionalmente a reserva ao setor público federal na pessoa jurídica de direito público da União(artigo 177): *a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos(I); a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro(II); a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores(III); o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem(IV); a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados(V). Outrossim, previu-se que a União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a*

---

<sup>93</sup> § 1º com redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995.

A redação anterior era a seguinte: "§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o caput deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa brasileira de capital nacional, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas."

*realização das atividades revistas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei (§1º, art.177).*

*Em seguida, o § 2º preceitua que a lei a que se refere o § 1º disporá sobre<sup>94 95</sup>:a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional(I); as condições de contratação(II);a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União(III).*

*Por sua vez, o artigo 178 da Constituição Federal prevê que a lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade. Sendo que seu Parágrafo único dispõe que na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras<sup>96</sup>.*

## 6. O CONTRATO ADMINISTRATIVO

### *Teoria Geral dos Contratos*

O vocábulo "contrato" vem do latim *contractus*, sendo composta pelos elementos: "con", que significa *junto de*, e "tractus", que quer dizer *trato, acordo*, na acepção de confiança, fidelidade. Englobados os elementos, passam a idéia de *trato conjunto*.

---

<sup>94</sup> § 2º acrescentado pela Emenda Constitucional nº 9, de 9 de novembro de 1995.

<sup>95</sup> Ver nota 69.

<sup>96</sup> Parágrafo único com redação dada pela Emenda Constitucional nº 7, de 15 de agosto de 1995.

*A redação anterior era a seguinte:*

*"Art. 178. A lei disporá sobre: I - a ordenação dos transportes aéreo, marítimo e terrestre; II - a predominância dos armadores nacionais e navios de bandeira e registros brasileiros e do país exportador ou importador; III - o transporte de grãos; IV - a utilização de embarcações de pesca e outras.*

*§ 1º A ordenação do transporte internacional cumprirá os acordos firmados pela União, atendido o princípio de reciprocidade.*

*§ 2º Serão brasileiros os armadores, os proprietários, os comandantes e dois terços, pelo menos, dos tripulantes de embarcações nacionais.*

*§ 3º A navegação de cabotagem e a interior são privativas de embarcações nacionais, salvo caso de necessidade pública, segundo dispuser a lei".*

A expressão *contrato* é compreendida como vinculada à "idéia de ajuste, convenção, pacto, transação firmada entre duas ou mais pessoas para um fim qualquer, ou seja, adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos"<sup>97</sup>.

**José Cretella Júnior**, analisando sua acepção etimológica, afirma que "*contrato significa arrestamento simultâneo, baseado na confiança recíproca, situação de tal ordem que impele duas vontades, oriundas de pontos diferentes, caminhando para o mesmo objeto, atingindo-o, cruzando-se afinal, e partindo, novamente, em direções opostas*" (1997: 10).

O instituto foi difundido no direito privado, tendo sido dilargado, seu uso, para outros ramos do direito, chegando-se a entender ser o contrato uma categoria da teoria geral do direito, segundo a grande maioria da doutrina<sup>98</sup>.

**Marçal Justen Filho** faz interessante desdobramento sobre a expressão *contrato*, no sentido de que em uma primeira acepção implica no contrato como espécie de ato jurídico, em uma outra acepção, o contrato implica numa relação jurídica surgida do ato jurídico praticado. Nesta circunstância, tem-se o *contrato-ato*, que é a verificação do *poder* para realizar o evento descrito na norma e o *poder* para dispor sobre as consequências futuras, assim também o *contrato-relação*, que é o conteúdo objetivo emanado do ato praticado no que concerne às faculdades, obrigatoriedades e/ou proibições surgidas (1997: 15 e 24).

Conforme dito alhures, fundamentalmente, da imperiosa necessidade de preservação dos pactos contratuais oriundos do trato social e mercantil do século XVIII surgiu o *Estado de Direito*, que, focado sob o aspecto jurídico, mantinha estreita correlação com a indispensável necessidade de propiciar segurança das relações jurídicas, antes fundadas precipuamente na liberdade de iniciativa e na propriedade privada dos meios de produção.

---

<sup>97</sup> Cf. **De Plácido e Silva**.

<sup>98</sup> **Roberto Bazilli** afirma que os contratos são considerados uma categoria jurídica, instituto da teoria geral do direito, sendo que uma categoria jurídica é "*entendida como uma formulação genérica em abstrato não comprometida com qualquer dos ramos da ciência jurídica*" (p.19). Neste aspecto, **José Cretella Júnior**, traçando os elementos essenciais do contrato, também localiza a figura contratual como uma categoria dos atos jurídicos, "*isto é, manifestações de vontade destinadas a produzir efeitos de iure*" (1997: 15).

Na época que estava em voga o encarecimento do individualismo e da igualdade formal, encarnados nas proposições iluministas, tomou forma a teoria clássica dos contratos, baseada nos *princípios da autonomia da vontade; do livre consentimento (solus consent obligat) e da obrigatoriedade da convenção (pacta sunt servanda)*, fazendo-se da livre manifestação de vontade das partes, um pacto com força de lei, bastante para que o indivíduo, pela sua própria declaração de vontade, em conformidade com a lei, pudesse criar direitos e contrair obrigações.

Para **Orlando Gomes**, a clássica<sup>99</sup> "*concepção do contrato como acordo de vontades por meio do qual as pessoas formam um vínculo jurídico a que se prendem, se esclarece à luz da ideologia individualista dominante na época da cristalização e do processo econômico de consolidação do regime capitalista de produção*" (1997: 6).

Os entendimentos sobre a noção de contrato assentam-se na noção de atos jurídicos, veiculada no artigo 81 do Código Civil Brasileiro, no sentido de que *todo ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico*.

Em verdade, conforme aponta eminente doutrina, a noção de ato jurídico inserta no artigo 81 do CCB é essencialmente a noção de negócio jurídico, para a qual concorrem a declaração de vontade tendente a adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, *i.e.*, nos negócios jurídicos é ínsita a declaração de vontade que se volta para o tráfico jurídico de bens e direitos, aquilo a que usualmente se denomina *vontade negocial*.

**Orlando Gomes** afirma que "*para que o negócio se configure, preciso é que a declaração, emitida conscientemente pelo agente, tenha como finalidade o nascimento, a modificação ou extinção de um direito*" (1965: 239).

**Caio Mário da Silva Pereira**, ressaltando a pacificidade da doutrina com relação ao quanto estatuído no artigo 81 do CCB, diz que "*o contrato é um acordo de vontades, na*

---

<sup>99</sup> O Autor emprega a expressão "moderna".

*conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos". Mais sucintamente, o civilista, define contrato como o "acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos" (1999: p. 2).*

Na correspondência entre o negócio jurídico e o contrato, **Maria Helena Diniz** assevera que os *"negócios jurídicos bilaterais é que constituem objeto de estudo da teoria das obrigações contratuais"* (1998: 21).

Assim, a noção de contrato vincula-se à teoria geral dos negócios jurídicos, como bem anota **Sílvio de Salvo Venosa**, no sentido de que *"embora nosso Código possua normas gerais de contratos, as verdadeiras regras gerais do direito contratual são as mesmas para todos os negócios jurídicos e estão situadas na parte geral, que ordena a real teoria geral dos negócios jurídicos"* (1997: 15). Neste aspecto, é de se concluir que os contratos são negócios jurídicos por excelência.

De acordo com **Cretella Júnior**, que em livro sobre a matéria traçou a evolução do instituto, para **Savigny** *"contrato é o concurso de pessoas, em concorde declaração de vontades, pela qual ficam determinadas suas relações jurídicas"*. **Cretella Júnior** lembra também **Gastón Jéze**, para quem *"o contrato é uma operação jurídica bem determinada, cujos elementos essenciais são em número de quatro: acordo de vontades; acordo bilateral de vontades; em vista de criar uma situação jurídica; situação jurídica individual e não geral"* (1997: 11).

**Maria Sylvia Zanella Di Pietro**, citando **José Horácio Meireles Teixeira** (RDP 6/115-116), dilucidando a teoria geral dos contratos, no que diz respeito a advir da teoria geral do direito, traça as seguintes considerações: a) Acordo voluntário de vontades, indissolavelmente ligadas uma à outra, reciprocamente condicionante e condicionada, coexistentes no tempo, formando uma vontade contratual unitária; b) Os interesses e finalidades visados pelas partes apresentam-se contraditórios e opostos, condicionando-se reciprocamente, uns como causas dos outros; c) Produção de efeitos jurídicos para ambas as partes, ou seja,

criação de direitos e obrigações recíprocas para os contratantes (1996: 211).

Ocorre ainda, que com a evolução das técnicas de convivência social, erigiu-se o *princípio da supremacia da ordem pública* estabelecendo restrições à autonomia privada, em face de interesses superiores, condizentes com a proteção aos direitos fundamentais, individuais e coletivos, conferida pela ordem jurídico-pública, pela moral e os bons costumes, alargando-se os domínios da ordem pública em detrimento da autonomia privada.

**Caio Tácito** bem coloca a questão sobre a aplicabilidade do princípio da autonomia da vontade no moderno direito contratual, uma vez que o contrato é fruto de vontades opostas cuja integração gera efeitos reconhecidos e protegidos pela ordem jurídica, porém "*através da disciplina dos contratos, a lei tutela interesses privados que se compõem mediante declarações bilaterais de vontade. Resguardada a ordem pública e a ordem econômica (interesses coletivos que podem ser afetados pelos contratos), a lei considera os contratantes em um mesmo plano de igualdade jurídica e garante o negócio jurídico nascido da conjugação válida de vontades* (1975, 291).

**Gerárd Farjat**, analisando as modificações sofridas pela clássica teoria dos contratos a partir das transformações sociais da sociedade liberal da época do Código Napoleônico, afirma que, fundamentalmente, se originaram do *crescente papel do intervencionismo estatal nas atividades dos particulares*, havendo uma verdadeira publicização do direito dos contratos, e da *evolução e expansão das pessoas jurídicas de direito privado*, com a influência do poder econômico privado no aprofundamento das desigualdades contratuais, em função da concentração de capitais. Infirma este Autor que tais mudanças ocasionaram a modificação de formas jurídicas clássicas, fazendo com que leis e regulamentos passassem a veicular e impor certas obrigações às

partes contratantes (notadamente no campo do trabalho) (1975: 57 e segs.)<sup>100</sup>.

Também **Orlando Gomes**, trazendo a lição de **Cariota Ferrara**, assevera que dois fatores concorreram "*diferentemente, para as limitações da autonomia privada: a concentração de capitais e a intervenção do Estado*" (1967: 69). O citado Autor, em outra de suas obras, com propriedade, assevera que a desigualdade e o desequilíbrio entre as partes contratantes era reinante em face das disparidades econômicas e sociais, fazendo com que a interferência do Estado na vida econômica implicasse na limitação legal da *liberdade de contratar* e o encolhimento da esfera de *autonomia privada*, "*passando a sofrer crescentes cortes, sobre todas, a liberdade de determinar o conteúdo da relação contratual*" (1997: 7).

Neste passo, é de se distinguir *liberdade de contratar* de *liberdade contratual*. A primeira diz respeito ao dimensionamento da esfera de autonomia privada, enquanto que a segunda refere-se à possibilidade de dispor livremente sobre o conteúdo da relação contratual. Diga-se de passagem, que tais liberdades, ao longo do tempo, foram sendo restringidas através da crescente intervenção estatal, a ponto de se ter presente e aplicável aos contratos a chamada *função social*, noção relevante

---

<sup>100</sup> Nesse sentido, **Farjat** elenca quatro grandes motivos que determinaram a evolução do direito dos contratos e a configuração do seu quadro atual, senão vejamos, *in verbis*: "*une évolution de l'abstrait au concret; une collectivisation de droit des contracts; une objectivisation des obligatinos contractuelles; une diminution du rôle des volontés individuelles* (ob. cit., 65). O primeiro motivo, a *passagem do campo abstrato da teoria contratual para a aplicação prática dos contratos*, segundo o Autor, é fruto do desenvolvimento da prática contratual concreta, no campo do direito do trabalho, do direito rural e da construção, entre outros. A *coletivização do direito dos contratos*, explica **Farjat** por sua vez, decorre do declínio do individualismo que se manifesta na técnica jurídica dos contratos com fenômenos, como a *multiplicação dos contratos de efeitos coletivos; a multiplicação de grupos de interesses; o direcionamento estatal das obrigações dos contratantes; a atenuação dos efeitos relativos aos contratos*. Quanto ao terceiro motivo, *i.e.*, a *objetivação das obrigações contratuais*, o Autor se manifesta no sentido de que a interpretação dos contratos, na teoria clássica, se dá em função da intenção subjetiva das partes contratantes, todavia, com a coletivização e a concretude das relações contratuais, torna-se necessário que as obrigações contratuais sejam uniformizadas, não competindo mais à vontade do particular, mas ao tipo do contrato a ser firmado, a estipulação do conteúdo das obrigações a serem contraídas. No que concerne à *diminuição do papel da vontade particular* na formação dos contratos, **Farjat** averba que mesmo sendo o contrato a máxima expressão das vontades individuais, os vínculos contratuais passam a sofrer os influxos e determinações das leis, dos regulamentos, dos costumes e da interpretação dos juízes (*Droit Privé de L'Économie 2 – Theorie des Obligations*, Paris, PUF, 1975, p. 65 e segs. - Nossa tradução e adaptação do texto).



na seara jurídico-privada notadamente no que concerne ao direito de propriedade.

A noção de função social teve como fundamento a necessidade de abrandar a noção individualista que dominou o campo das relações de produção, impregnando os ordenamentos jurídicos desde o Direito Romano até o final do século passado (XX), tendo atingido seu ápice nos ideais da Revolução Francesa. A função social revestia-se de caráter atenuador do mau uso da propriedade, como um aspecto qualitativo do direito de propriedade<sup>101</sup>.

Apesar das referências da doutrina social da Igreja em relação à função social da propriedade através de diversas mensagens e encíclicas papais<sup>102</sup>, foi na teoria arrojada de **Leon Duguit**, de que *a propriedade precisava atender à sua função social*, que, no século passado, ganhou notoriedade a doutrina da função social<sup>103</sup>.

É certo pois, que o fenômeno da funcionalidade condicionadora do uso da propriedade ganhou relevo e repercussão entre os juristas e legisladores, a tal ponto que passou-se a compreender que a qualidade de função social, não apenas possui a propriedade, senão também, projeta-se ela sobre outros institutos de direito privado, como no caso do contrato (**Giselda Maria F. N. Hironaka**, *ob. cit.*, p.108). Assim, o contrato, como a propriedade, possui uma função social, devendo ser vista como mecanismo atenuador da autonomia privada e da liberdade

---

<sup>101</sup> **Giselda Maria F. N. Hironaka** vem afirmar que a *"função social, como qualidade inerente ao conceito de propriedade, visa adaptar este direito aos interesses maiores de toda a coletividade, além da figura singular do proprietário"* (*Estudos de Direito Civil*, 2.000: 103).

<sup>102</sup> *Rerum Novarum*, de Leão XIII (1891); *Quadragesimo Anno*, de Pio XI (1931); *La Solemnita* (1941) e *Oggi* (1944), de Pio XII; *Mater et Magistra*, de João XXIII (1961); *Populorum Progressio*, de Paulo VI (1967) (Apud **Giselda Maria F. N. Hironaka**, 2.000, p. 103 e segs.)

<sup>103</sup> **Hermano Machado**, em estudo sobre a posição da propriedade na doutrina de **Duguit**, ao balizar os entendimentos mais marcantes do chefe da escola positiva jurídica francesa, precisamente em relação à necessidade de fazer evoluir e transformar-se a instituição jurídica da propriedade, nascida de uma determinada necessidade econômica, a partir do surgimento de novas necessidades econômicas, principalmente do fenômeno da divisão social do trabalho, afirma que o conteúdo da propriedade como função social é definido de acordo com duas proposições: "1ª) O proprietário tem o dever, e, portanto, o poder de empregar a coisa que possui na satisfação das necessidades individuais, e especialmente, das suas próprias de empregar a coisa no desenvolvimento de sua atividade física, intelectual e moral. Não se olvide, com efeito, que a intensidade da divisão social do trabalho está em razão direta da intensidade da atividade individual; 2ª) O proprietário tem o dever e, portanto, o poder de

contratual, conquanto os particulares possam livremente estipular obrigações, contraindo direitos e deveres, limitados pelas imposições de caráter normativo, tal como passou a ocorrer no ordenamento jurídico brasileiro nos contratos agrários, com o advento do Estatuto da Terra (Lei nº4.504/64).

O projeto do Novo Código Civil, que tramita no Congresso Nacional sob nº634/1975, estipula em seu artigo 421, que a *liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*. Vê-se, afinal, uma proposição normativa que representa a evolução antes apontada no campo do direito de propriedade transposta para o campo do direito contratual, no sentido de que a liberdade de contratar preserve e atenda a função social do contrato, reconhecendo sua importância no tráfico jurídico das relações no campo da produção.

É de se verificar também que, com o passar do tempo, a prática da estipulação contratual expandiu-se de maneira bastante intensa, desenvolvendo-se diversas figuras contratuais fora das previsões típicas das codificações<sup>104</sup>.

Este fato se deu principalmente em decorrência da engenhosidade das atividades negociais, que necessitavam adaptar-se às novas relações e modelos jurídicos implantados no comércio exterior, *i.e.*, o comércio de importação e exportação de produtos e serviços. Em alguns casos, ocasionou a sobrevivência de diplomas legais subsequentes, voltados para o disciplinamento de novas figuras contratuais, preenchendo as lacunas então existentes. Em outros casos, os próprios comerciantes passaram a dispor e inovar contratualmente, de acordo com os reclames das novas relações jurídicas e comerciais surgidas, porém, à margem do disciplinamento normativo, aplicando-se às relações, quando do surgimento de controvérsias, as normas gerais dos atos jurídicos, princípios gerais do direito, a analogia e a equidade.

---

*empregar a sua coisa na satisfação de necessidades comuns de uma coletividade nacional inteira ou de coletividades secundárias*" (1981: 237).

<sup>104</sup> No Brasil, notadamente no campo do Direito Civil, com a Lei nº3.071, de 1º de janeiro de 1916 (Código Civil Brasileiro – CCB).

## *Contratos Administrativos*

Relatados os principais contornos da teoria geral dos contratos, passa-se a gizar sobre o instituto do contrato administrativo propriamente dito.

Neste contexto, verificando-se que ao Estado não é dado produzir todos os bens de que precisa para executar suas tarefas, atribuições e competências, inicia-se, também no âmbito do direito público, o movimento voltado para a estipulação de pactos contratuais, quando a Administração Pública passa a celebrar contratos com os particulares, no intuito de prover suas próprias necessidades, assim como também delegar a prestação de alguns serviços públicos à iniciativa privada, *i.e.*, no que toca à prestação de serviços públicos, realização de obras públicas ou fornecimento de materiais ou utilidades<sup>105</sup>.

Tendo sido observado que o Estado, no desempenho de suas tarefas, atribuições e competências, formula pactuações contratuais com os particulares, no interesse de toda a coletividade, é de se dizer que tais pactuações se dão eminentemente sob a forma de contratos administrativos.

Para **Celso Antônio Bandeira de Mello** contrato administrativo é *"um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado"* (1996: 383).

De acordo com **Diogo de Figueiredo Moreira Neto**<sup>106</sup>, o contrato administrativo pode ser definido como sendo *"manifestações de vontades recíprocas, sendo uma delas da*

---

<sup>105</sup> **Hely Lopes Meirelles** afirma que além "das formas centralizadas e descentralizadas de prestação de serviços públicos de que a Administração se desincumbe por suas repartições, entidades autárquicas e paraestatais, pode ainda contratar com particulares a execução de obras e serviços de interesse público, avençando o modo, a forma, o preço, o tempo e demais condições de sua realização" (1966: 225).

<sup>106</sup> No seu *Curso de Direito Administrativo*, 1998, pág. 116. Assevera ainda, que o contrato administrativo é subespécie do contrato de direito público, que junto com o contrato de direito privado, conformam o gênero, instituto da Teoria Geral do Direito.

*Administração Pública, que, unificadas pelo consenso, têm por objeto a constituição de uma relação jurídica obrigacional, visando a atender, com prestações comutativas, a interesses distintos, dos quais um, ao menos, é público”*

Ademais, **Hely Lopes Meirelles** assinala que os contratos administrativos dividem-se em *contratos de colaboração* e *contratos de atribuição*, sendo que o de colaboração “*é todo aquele em que o particular se obriga a prestar ou realizar algo para a Administração, como ocorre nos ajustes para execução de obras, serviços ou fornecimento*”, enquanto que o de atribuição “*é o em que a Administração confere determinadas vantagens ou certos direitos ao particular, tal como o uso especial de bem público*” (1999: 177)<sup>107</sup>.

Sobre a competência para legislar em matéria de contratos administrativos, a Constituição Federal de 1988 dispôs em seu artigo 22, inciso XXVII, que compete privativamente à União legislar sobre *normas gerais de licitação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III*<sup>108</sup>.

Em relação às normas gerais de licitação e contratos administrativos, necessário firmar que estas, em sentido constitucional, são as normas relativas a determinadas matérias que merecem tratamento uniforme em todo o país<sup>109</sup>.

---

<sup>107</sup> **Arnoldo Wald**, no âmbito dos tipos de contratos administrativos, também faz esta decomposição no sentido de situar *contrato de colaboração* e *contrato de atribuição*. No primeiro, diz o Autor, “*o particular contratado pela Administração Pública, obriga-se a prestar-lhe determinado serviço ou a realizar determinada obra, como ocorre nos contratos de obras, serviços ou fornecimentos*”, enquanto que no segundo, “*a Administração confere ao particular determinadas vantagens ou direitos, como p. ex., o uso especial de bem público*” (1996: 35).

<sup>108</sup> O inciso XXVII foi modificado pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de julho de 1998. A redação anterior era a seguinte: “XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle”.

<sup>109</sup> **Alice Gonzalez Borges** entende por normas gerais “*aquelas que, por alguma razão, convém ao interesse público sejam tratadas por igual, entre todas as ordens da Federação, para que sejam devidamente instrumentalizados e viabilizados os princípios constitucionais com que têm pertinência*”(1994: 25).

Por sua vez, o artigo 37, XXI dispõe 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 que, ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Assim, também, a dispositividade do artigo 173, §1º, III, orienta-se no sentido de que a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de serviços, dispendo sobre licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública<sup>110</sup>.

## 6.1- NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Neste ponto do presente estudo, merecem atenção as doutrinas que, sob diversos enfoques, dispensaram tratamento ao instituto do contrato administrativo, nosso objeto principal. Necessário afirmar que a compreensão do contrato administrativo, pela doutrina estrangeira e pátria, tem sido objeto de discrepâncias, notadamente no que toca aos critérios utilizáveis à distinção entre o contrato no direito privado (berço do instituto) e o contrato no direito público, bem assim sobre se pode a

---

<sup>110</sup> O § 1º com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de julho de 1998. A redação anterior era a seguinte: "§ 1º A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias."

Administração Pública celebrar contrato regido pelo direito comum<sup>111</sup>.

Com relação à análise da natureza jurídica do contrato administrativo, demonstrada como indispensável, passemos a elencar as correntes existentes em torno de sua natureza jurídica, com sendo as seguintes:

- a) *a primeira, nega a existência de contratos na Administração Pública, só os admitindo no direito privado;*
- b) *a segunda, orienta-se para o entendimento de que todos os contratos celebrados pela Administração Pública são contratos administrativos;*
- c) *a terceira, partindo da expressão "Contratos da Administração", posiciona-se no sentido de que a Administração, ora celebra contratos derogatórios de direito comum, contratos administrativos, outrora celebra contratos de direito privado.*

A primeira corrente, baseada numa mentalidade privatística, defende que só se poderia falar em contrato, a partir da plena igualdade entre as partes contratantes, do contrário, não se verifica o vínculo contratual, com sujeitos iguais, autonomia da vontade e força obrigatória do pacto, situação esta comumente encontrada no âmbito do direito privado.

Esta corrente de pensamento nega, simplesmente, a existência de contrato administrativo, uma vez que a Administração Pública quando celebra pacto com a iniciativa privada para estabelecer relação jurídica, no tocante à prestação de serviços públicos, realização de obras públicas ou fornecimento de materiais ou utilidades, o faz em flagrante desigualdade com os

---

<sup>111</sup> **Lucia Valle Figueiredo** assevera que no direito brasileiro, não é necessário levar a sério a distinção entre contrato administrativo e contrato de direito privado, celebrados pela Administração Pública, porque ambos serão submetidos a uma única jurisdição (1998, p. 439). Todavia, para o trabalho aqui empreendido, a distinção é necessária, tendo em vista a revisitação e estudo da teoria do contrato administrativo em face de uma nova concepção de Estado. Estamos com **Roberto Bazilli**, no sentido de que não "obstante, em Estado como o Brasil, em que inexistem o contencioso administrativo, tal discussão não se afigura meramente acadêmica, na medida em que uma ou outra postura conduz necessariamente a interpretações contratuais diferentes, com marcantes conseqüências. Daí a necessidade de ser o tema examinado, aclarando as diversas teses divergentes" (1996, p. 19).

particulares, tendo poderes concernentes à possibilidade de desestabilizar a relação contratual, que são próprios do direito público, não se aplicando a um instituto, por sua própria natureza, de direito privado. Tal corrente emprega a noção de ato unilateral da Administração Pública, vinculado à lei, no tocante ao estabelecimento da relação jurídica, sendo que a equação econômico-financeira é regida por contrato de direito comum. Entre nós, segundo **Di Pietro**, esta idéia foi defendida por **Oswaldo Aranha Bandeira de Mello** (1996: 208).

Esta corrente é trazida aqui, mais propriamente, pelo seu aspecto histórico, porque essencialmente inadequada frente aos avanços da técnica jurídica. Simplesmente porque não é possível negar os aprimoramentos da ciência do direito, que propiciaram a aplicação dos princípios do direito contratual ao direito público, e, notadamente por ser desprovida de fundamento capaz de afastar a necessária e possível adaptação do instituto contratual ao direito público, inclusive porque, conforme antes salientado, a própria liberdade de contratar já vem sendo objeto de limitações, tendo em vista que a igualdade entre as partes é, sobretudo, formal.

A segunda corrente afilia-se ao entendimento de que todos os contratos celebrados pela Administração Pública são contratos administrativos, porque de uma forma ou de outra são tocados pelo regime jurídico administrativo.

De acordo com esta corrente, está o pensamento de **Roberto Dromi**, que denomina, indistintamente, "contrato administrativo" de "contrato da Administração", não compartilhando da distinção entre contrato administrativo e contrato privado (civil ou comercial) da Administração. Segundo ele, "*en mérito a que el Estado posee una personalidad única y se rige fundamentalmente por el derecho público*"(1996: 303).

Neste mesmo sentido, posiciona-se **Lucia Valle Figueiredo**, para quem a Administração está sempre jungida ao regime jurídico do Direito Público, ainda que, em alguns casos, lhes toquem traços de Direito Privado. Em suas palavras, "*inexistem contratos privados da Administração*", e sim, "*contratos*

da Administração Pública ora sob maior influxo de regras do Direito Privado”(1998: 439). Aduz, **Lucia Figueiredo**, serem estas também as posições de **Brewer-Carías** e **Augustín Gordillo** (loc. cit.).

**Hely Lopes Meirelles** mantém esta orientação quando verifica que de “acordo com a sistemática implantada pelo Decreto-lei 2.300 de 1986, mantida pela atual Lei de Licitações”, no direito brasileiro, “coexistem três espécies contratuais, a saber: contrato privado, contrato semipúblico e contrato administrativo” <sup>112</sup> (1999: 176).

De acordo com este estudioso do direito administrativo, o “contrato privado é o celebrado entre particulares sob a égide do Direito Privado, em que prevalecem a igualdade jurídica entre as partes e, via de regra, a informalidade”. Em seguida, considera contrato semipúblico o “firmado entre Administração e particular, pessoa física ou jurídica, com predominância das normas pertinentes do Direito Privado, mas com as formalidades previstas para os ajustes administrativos e relativa supremacia do Poder Público”. De outra parte, no “contrato administrativo típico a Administração só realiza quando dele participa como Poder Público, derogando normas de Direito Privado e agindo publicae utilitatis causa, sob a égide do Direito Público”(loc. cit.).

Para **Roberto Bazilli**, nos contratos que a Administração participa há sempre afetação do regime de direito público (1996: 21).

Por sua vez, a terceira corrente aqui trazida considera que a Administração ora realiza contrato de direito privado, ora realiza contrato de direito público.

Em conformidade com este entendimento, está a posição de **Jean Rivero** entendendo que a Administração “por um lado, celebra contratos **idênticos aos dos particulares**” sujeitos

---

<sup>112</sup> Este Autor, em nota de página (1999: 176), faz menção à expressão que **Toshio Mukai**, com esteio em **Oliveira Franco Sobrinho**, utiliza para caracterizar o contrato semipúblico, denominando-os de *contratos administrativos de figuração privada*, que juntamente com o *contrato administrativo*, configurariam o conjunto do que se denomina de *contratos públicos*. De outra forma, **Hely** prefere a denominação “contrato semipúblico”, por se tratar de denominação mais sintética e compreensível.



ao direito privado, mas pode *"também praticar actos que, apesar de natureza contratual, uma vez que se baseiam no acordo de vontades, não deixam por isso de estar submetidos a regras diferentes das que regem os contratos ordinários"*, formando os contratos administrativos (1981, p. 128).

**André de Laubadère** faz a distinção entre os contratos administrativos e os contratos de direito comum (1978, p.403), implicando no reconhecimento de que ora a Administração celebra contrato administrativo, ora contrato regido pelo direito comum.

Para **Maria Sylvia Zanella Di Pietro**, a expressão genérica "Contratos da Administração" conforma tanto os contratos sob o regime de direito privado quanto os contratos sob o regime de direito público. A expressão "contrato administrativo" designa tão somente *"os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, sob regime jurídico de direito público"* (1996: 207). A Autora traz as noções de *horizontalidade* e *verticalidade* da relação jurídica, no que concerne à possibilidade de vislumbrar ou não o nivelamento da Administração Pública ao particular<sup>113</sup>.

**Celso Antônio Bandeira de Mello** admite os contratos administrativos de natureza privada, ou contrato de direito privado da Administração e os contratos administrativos. Todavia, parificam-se, pelo menos quanto às condições e formalidades para a estipulação e aprovação, pelas normas de direito administrativo. Diferem entre si, visto que uns se regem pelo direito privado, ressalvadas as parificações supra, enquanto que os contratos administrativos se regem plenamente pelo direito público com a presença de cláusulas exorbitantes (1996: 378)<sup>114</sup>.

---

<sup>113</sup> **Di Pietro** elenca critérios para distinção entre os contratos administrativos e os contratos de direito privado celebrados pela Administração. Segundo ela, nos contratos administrativos há: a presença da administração como Poder Público; a finalidade pública; obediência à forma prescrita em lei; procedimento legal; natureza de contrato de adesão; natureza *intuitu personae*; presença de cláusulas exorbitantes; mutabilidade (1996, p. 208).

<sup>114</sup> **Celso Antônio Bandeira de Mello** faz ressalvas quanto à denominação contrato administrativo, baseado na posição de **Oswaldo A. Bandeira de Mello**, segundo à qual só há contrato no aspecto econômico do ato, o mais provém de ato unilateral da Administração.

Segundo **Diogo de Figueiredo Moreira Neto** a distinção entre contrato de direito público e contrato de direito privado, está na verificação da existência, ou não, de interesse público, ditada pela lei. Assevera que a Administração pode celebrar contrato sem estar sujeita ao regime do direito administrativo, elencando exemplo do contrato de locação (1998, p. 117).

**José Cretella Júnior** tece considerações sobre o contrato no direito público, posicionando-se sobre a aceitação da tese de que existe contrato no direito público. Este Autor faz a caracterização do contrato administrativo, trazendo a afirmação de **Jéze**, no sentido de que para que exista contrato administrativo é preciso que se reunam as seguintes condições: *acordo de vontades entre a Administração e o particular; o acordo de vontades tem por objeto a criação de uma obrigação jurídica de prestação de coisas materiais ou de serviços pessoais, mediante remuneração; a prestação fornecida pelo indivíduo é destinada a assegurar o funcionamento de um serviço público; as partes, por cláusula expressa, pela própria forma dada ao contrato, pelo gênero da cooperação solicitada ao contratante, ou por qualquer outra manifestação de vontade, concordaram em submeter-se ao regime especial de direito público* (1997: 29).

A Lei de Licitações vigente traz disposições que podem orientar o intérprete na busca da natureza jurídica dos contratos administrativos. De logo, faz definição de contratante e contratado, considerando para os seus fins, como contratante o órgão ou entidade signatária do instrumento contratual, e como contratado a pessoa física ou jurídica signatária de contrato com a Administração Pública (art. 6º, XIV e XV).

Inicialmente, utiliza-se da expressão "contrato" para entender que é *todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada* (Parágrafo Único do artigo 2º da Lei nº8.666/93).

Em uma outra passagem, prevê que o regime jurídico dos contratos administrativos permitem a sua modificação unilateral por parte da Administração; rescisão unilateral; fiscalização da execução do contrato; aplicação de sanções e a encampação dos serviços essenciais<sup>115</sup>.

Posteriormente, o estatuto de licitações públicas veicula disposição que faz com que se presuma a admissão, pela legislação que rege a matéria, de que a Administração Pública promove ajustes administrativos de direito privado, a teor do que dispõe o inciso I do §3º do artigo 62<sup>116</sup>. Depreende-se que os contratos de seguro, financiamento e locação, entre outros, são regidos de forma predominante pelo direito privado.

Nesta conformidade, pode-se falar, a partir do texto legal, que existem “Contratos da Administração”, sendo que estes compreendem os contratos administrativos, regidos pelo direito público; e, ajustes da Administração, regidos pelo direito privado<sup>117 118</sup>.

Todavia, a posição aqui adotada orienta-se no sentido de concordar com as importantes posições da segunda corrente,

---

<sup>115</sup> Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta lei; III - fiscalizar-lhes a execução; IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

<sup>116</sup> 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta lei e demais normas gerais, no que couber: I- aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado;

<sup>117</sup> MS 4382/DF (1995/0071738-7) DJ 20/05/1996 pg.: 16657. Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS (1096) Primeira Seção. Ementa: ADMINISTRATIVO - CONTRATO ADMINISTRATIVO - DECLARAÇÃO DE NULIDADE - EFEITOS - COMPENSAÇÃO - LICITUDE - PRONUNCIAMENTO JUDICIAL -DESNECESSIDADE. I- A DECLARAÇÃO DE NULIDADE ALCANÇA TODOS OS EFEITOS JA PRODUZIDOS PELO CONTRATO, DESCONSTITUINDO-OS (LEI 8.666/95, ART. 59). II- AS DISPOSIÇÕES DO DIREITO PRIVADO APLICAM-SE, SUPLETIVAMENTE, AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (LEI 8.444/95, ART. 54). III- SE O ESTADO E, A UM SO TEMPO, CREDOR E DEVEDOR DE ALGUÉM, CUMPRE A ADMINISTRAÇÃO COMPENSAR-SE, RETENDO O PAGAMENTO, NA MEDIDA DE SEU CREDITO. IV- A COMPENSAÇÃO OPERA AUTOMATICAMENTE, EXTINGUINDO AS OBRIGAÇÕES SIMÉTRICAS, INDEPENDENTEMENTE DE QUALQUER PRONUNCIAMENTO JUDICIAL (C. CIVIL, ART. 1009).

<sup>118</sup> RESP 59448/SP (1995/0002978-2) DJ 08/05/2000 pg.: 00060 Rel. Min. GARCIA VIEIRA (1082) Primeira Turma. Ementa: ADMINISTRATIVO - BENS PÚBLICOS - IMÓVEL - CESSÃO DE USO - REGIME JURÍDICO - NORMAS DE DIREITO PRIVADO - INAPLICABILIDADE. O bem público

que, mesmo admitindo existirem contratos mais sujeitos ao Direito Privado, todos os vínculos contratuais firmados pela Administração são tocados, direta ou indiretamente, pelo regime jurídico administrativo, no que concerne a regras de competência, de procedimento, de habilitação, de formação interna da vontade administrativa, de exigência de crédito nos orçamentos, de fiscalização das operações financeiras e de formalização do contrato.

Tal consideração, inicialmente, é justificada pelo fato de que mesmo nos contratos de direito privado, existem *formalidades previstas para tais ajustes administrativos e relativa supremacia do Poder Público (Hely Lopes, 1999, p. 176).*

Sobre os contratos regidos predominantemente pelo direito privado aplicam-se normas procedimentais do direito administrativo, na forma do disposto inciso I do §3º do artigo 62 da Lei de Licitações<sup>119</sup>, além da incidência de normas de direito administrativo-financeiro, inclusive de natureza constitucional, tais como as previstas no artigo 70 da Lei Maior<sup>120</sup>.

---

não está sujeito à legislação civil, não se aplicando aos contratos de locação firmados pela Administração Pública federal, estadual e municipal a Lei de Luvas. Recurso improvido.

<sup>119</sup> O artigo 57 da Lei nº8.666/93, refere-se ao fato de que a duração dos contratos regidos pela Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos: I - aos projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, os quais poderão ser prorrogados se houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório; II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, os quais poderão ter a sua duração estendida por igual período; III - (Vetado). IV - ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática, podendo a duração estender-se pelo prazo de até 48 (quarenta e oito) meses após o início da vigência do contrato.

<sup>120</sup> Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumas obrigações de natureza pecuniária.

Redação do parágrafo único dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de julho de 1998.

A redação anterior era a seguinte:

"Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou entidade pública que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumas obrigações de natureza pecuniária."

Prevê ainda o Art. 71 da Constituição Federal que o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio, que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento; II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; II - apreciar, para fins de registro, a

**Maria Sylvia Zanella Di Pietro**, fazendo considerações sobre a distinção entre o contrato administrativo e o contrato de direito privado da Administração, assevera que todos os ajustes obedecem às exigências de **forma**, de **procedimento**, de **competência** e de **finalidade**.

Desta maneira, os ajustes da Administração regidos pelo direito privado são sempre parcialmente derogados pelo regime de direito público.

## 6.2- ELEMENTOS E CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Como elementos dos contratos administrativos, tem-se preambularmente que devem estar presentes os elementos essenciais aos atos jurídicos em geral, *i.e.*, capacidade das partes, objeto lícito e possível e forma prescrita em lei.

Para os contratos administrativos, segundo **Roberto Dromi**, os elementos são os mesmos encontrados nos atos administrativos: sujeitos (competência e capacidade), vontade, objeto e forma (1996: 307).

**Marcelo Caetano** dilucida que para que o contrato administrativo fique perfeito, é necessário que se reünam os elementos essenciais de qualquer contrato, bem assim acrescentando-se o fim de interesse público e o elemento formal constituído pela observância das formalidades do processo de formação do contrato e pela forma externa exigida por lei (1991, 591), *i.e.*, "em todos os elementos do contrato revela-se a influência do Direito Público" (**José Cretella Júnior**, 1997, 33).

---

legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório; IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II; V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo; VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

Sobre os elementos do contrato administrativo no direito positivo brasileiro, preambularmente, preceitua a Lei de Licitações, em seu artigo 54, que os contratos administrativos regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado<sup>121</sup>.

Tal disposição traça o vetor principal sobre o qual deve percorrer a Administração Pública no tocante à celebração de seus contratos administrativos.

Sobre as cláusulas do contrato administrativo, segundo a observação de **Marçal Justen Filho** nas disposições sobre o contrato administrativo encontram-se duas categorias de cláusulas. A primeira, versa sobre o desempenho das atividades de persecução do interesse público, e são denominadas de *cláusulas regulamentares* ou *de serviço*, enquanto que a segunda categoria versa sobre as cláusulas que asseguram a remuneração do particular, ditas *cláusulas econômicas*, que não podem ser alteradas unilateralmente pela Administração (1996:371).

A verificação das características do contrato administrativo serve para promover a distinção da espécie de contrato de direito público celebrado pela Administração da de

---

<sup>121</sup> Preceitua ainda a Lei de Licitações no seu artigo 54, § 1º que os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam. Com relação às cláusulas obrigatórias, prevê o artigo 55 que são cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: I - o objeto e seus elementos característicos; II - o regime de execução ou a forma de fornecimento; III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento; IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso; V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica; VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas; VII - Os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas; VIII - os casos de rescisão; IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta lei; X - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso; XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor; XII - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos; XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

contrato de direito privado também celebrado pela Administração<sup>122</sup>.

Como visto, as características dos contratos administrativos cingiam-se, principalmente, à presença de pessoa jurídica de direito público; exercício de serviço público; interesse público envolvido; e, cláusulas exorbitantes de direito comum.

**André de Laubadère** faz a distinção entre os contratos administrativos e os contratos de direito comum (*ob. cit.*, p.403). Aponta para o fato de que a maioria dos autores, inclusive **Jéze**, adotou a tese da autonomia do contrato administrativo. Para **Jéze**, segundo o Autor, existe uma diferença de fundo, pois os efeitos do contrato administrativo não são os mesmos dos contratos civis.

**Laubadère** elenca critérios para essencialmente sabermos se estamos diante de um contrato da administração, administrativo ou comum. Segundo ele, os critérios são: *pessoa jurídica de direito público; funcionamento de serviço público; cláusulas exorbitantes*.

**Georges Vedel** também enuncia critérios para saber diferenciar os contratos administrativos dos contratos de direito privado. De acordo com suas afirmações os critérios são: *serviço*

---

<sup>122</sup> **Eduardo Garcia de Enterría** e **Tomás Ramón Fernandez**, na análise da formação história e do sentido atual do contrato administrativo, situam as grandes contribuições da formação da teoria do contrato administrativo. Segundo eles, inicialmente a única distinção para saber se estávamos diante de contrato administrativo ou contrato de direito privado da Administração, era o fato de que o primeiro estava vinculado à jurisdição administrativa, enquanto que o outro se vinculava à jurisdição ordinária, procedendo-se a distinção eminentemente sob cunho formal, carecendo de transcendência no plano material, partindo da conhecida distinção entre ato de autoridade/ato de gestão. Num segundo momento, passa-se a encetar que a atribuição da jurisdição administrativa aos contratos administrativos é puramente casual, havendo a necessidade de substantivação do Direito Administrativo. Esta substantivação, capitaneada por **Leon Duguít**, foi atrelar-se à *noção de serviço público*, tendo-a como o critério material básico do Direito Administrativo. Depois de assentadas estas noções, num terceiro momento **Gaston Jéze**, supondo a existência da igualdade formal e a desigualdade material entre as partes contratantes no contrato administrativo, insere como elemento de equilíbrio da igualdade/desigualdade, a presença de *interesse público*, para determinar que o contratante da Administração não esteja obrigado somente a cumprir sua obrigação como o faria um particular com outro particular, mas que, por extensão, o esteja também a tudo o que seja absolutamente necessário para assegurar o funcionamento regular e contínuo dos serviços públicos com o qual consente em colaborar; a Administração, por sua parte, o estará igualmente, mais além do que é próprio do Direito comum, a indenizar o contratante em caso de que a aplicação de suas obrigações cause a este prejuízo anormal, que não podia razoavelmente prever no momento de contratar. Em instante posterior, segundo os Autores espanhóis, a teoria substancialista do contrato administrativo atinge o seu auge com **Pequignot**, quando este traz a consideração de que no contrato administrativo, por estar vinculada ao interesse público, a Administração pode impor legitimamente o *jus variandi*, modificando ou mesmo rompendo a pactuação inicial. Tal singularidade enseja uma expansão dos módulos contratuais privados, levando-se à observância de *cláusulas exorbitantes do Direito Comum* (1991, pp. 597/602).

*público; pessoa jurídica de direito público; cláusula exorbitante* (1961: 640).

**Jean Rivero** na definição de critérios para dilucidação do problema de saber se se está diante de contrato administrativo ou contrato de direito privado, afirma que foi a jurisprudência francesa do Conselho de Estado que teve de resolvê-lo, adotando-se soluções através dos seguintes elementos: quanto às partes do contrato, se houver a presença de pessoa de direito público; quanto ao objeto, se estiver em jogo a prestação de serviço público; quanto às cláusulas do contrato, se contiver cláusula exorbitante de direito comum (1981, p. 133).

Na caracterização do contrato administrativo, para o Autor francês, é necessário que haja a presença de pessoa de direito público, mas não é o bastante. Segundo ele, é preciso que esteja presente pelo menos um dos outros elementos, ou seja, que o contrato envolva a prestação de serviço público, ou que estejam presentes cláusulas exorbitantes.

**Celso Antônio Bandeira de Mello** acentua como características do contrato administrativo a supremacia de uma das partes, a presunção de legitimidade dos atos administrativos que confere autoridade e que permite o controle e a fiscalização do contratante particular, e ainda, as possibilidades de imposição de sanção, além da impossibilidade de invocar o *exceptio non adimplenti contractus* (1996: 380).

Como características, **Diogo de Figueiredo Moreira Neto** reporta-se, além das características presentes em todo ato administrativo, bilateralidade, comutatividade, onerosidade, instabilidade e pessoalidade (*ob. cit.*, p.120), à presença da *imperatividade; presunção de veracidade dos pressupostos de fato e de legalidade dos elementos constitutivos; eficácia; exequibilidade e executoriedade*.

**Lucia Valle Figueiredo** averba sobre os contratos administrativos e seus princípios, fazendo considerações sobre suas características. Em síntese, para a Autora, as características dos contratos administrativos são as seguintes: *desnivelamento jurídico das partes; autonomia da vontade só no atinente à*



*formação ou não do vínculo; os contratos regem-se basicamente pela cláusula rebus sic stantibus; a administração poderá instabilizar o vínculo unilateralmente (ius variandi); sanções pecuniárias ou rescisão; fiscalização inarredável (1998: 439/442).*

**Maria Sylvia Zanella Di Pietro** elenca as características do contrato administrativo como sendo: *1. Presença da Administração Pública como poder público; 2. finalidade pública; 3. Obediência à forma prescrita em lei; procedimento legal; natureza de contrato de adesão; natureza intuitu personae; presença de cláusulas exorbitantes; mutabilidade (1996: 216).*

No que concerne às cláusulas exorbitantes de direito comum, também chamadas de *derrogatórias*, ou cláusulas de *privilégio* ou de *prerrogativa (Di Pietro, 1996: 212)*, estas indicam a possibilidade de exorbitar ou exceder o Direito Comum, concedendo prerrogativas a uma das partes que seriam inaceitáveis em outros ramos do direito.

**Maria Sylvia Zanella Di Pietro** as define como sendo *aquelas que não são comuns ou que seriam ilícitas nos contratos entre os particulares, por encerrarem prerrogativas ou privilégios de uma das partes em relação à outra (ob. cit., 213).*

**Hely Lopes Meirelles** afirma que as cláusulas exorbitantes são, *pois, as que excedem do Direito Comum para consignar uma vantagem ou uma restrição à Administração ou ao contratado (1999:178).*

Tais cláusulas, segundo o Autor, *podem consignar as mais diversas prerrogativas, no interesse do serviço público, tais como a ocupação do domínio público, o poder de promover desapropriação e a atribuição de arrecadar tributos, concedidos ao particular contratado para a cabal execução do contrato, embora as cláusulas mais importantes sejam as que exteriorizam a possibilidade de alteração e rescisão unilateral do contrato; no equilíbrio econômico e financeiro; na revisão de preços e tarifas, na inoponibilidade da exceção do contrato não cumprido; no controle do contrato e na aplicação de penalidades contratuais pela Administração (loc. cit.).*

Fazendo uma análise das prerrogativas da Administração citadas pelo administrativista, tem-se que a *alteração ou rescisão unilateral do contrato* pela Administração é pacífica na doutrina e na jurisprudência<sup>123 124</sup>, tendo em vista que no curso da execução do ajuste pode ocorrer a necessidade de promover sua adaptação ou mesmo seu termo prematuro, em face de interesse público sempre colimado pela Administração Pública no exercício de suas funções.

Depreende-se que com a alteração ou rescisão prematura unilateral do contrato, a Administração está obrigada a refazer o pacto financeiro do ajuste, uma vez que não pode sujeitar o particular a uma situação gravosa ao seu patrimônio, e que do contrário, o próprio pacto não teria sido formalizado.

A alteração ou rescisão unilateral do contrato pela Administração está prevista na legislação que rege a matéria<sup>125</sup>, todavia, o artigo 58 da Lei de Licitações na disposição sobre o regime jurídico do contrato administrativo, mantém uma proteção às cláusulas econômico-financeiras do contrato<sup>126</sup>, no sentido de

---

<sup>123</sup> RESP 717/SC (1989/0009997-3), DJ 16/02/1998 pg.:00053 Rel. Min. ADHEMAR MACIEL Segunda Turma. Ementa: ADMINISTRATIVO. CONTRATO INTITULADO "DE LOCAÇÃO", FIRMADO PELA ADMINISTRAÇÃO E POR PARTICULAR. NATUREZA JURIDICA DO CONTRATO: CONCESSÃO DE USO. REGRAS APLICAVEIS: DE DIREITO PUBLICO. RECURSO NÃO CONHECIDO. I - AINDA QUE TENHA SIDO INTITULADO "CONTRATO DE LOCAÇÃO", O ACORDO FIRMADO ENTRE A ADMINISTRAÇÃO E O PARTICULAR PARA A INSTALAÇÃO DE LANCHONETE EM RODOVIARIA MUNICIPAL CONFIGURA CONCESSÃO DE USO, DANDO ENSEJO A APLICAÇÃO DAS REGRAS DE DIREITO PUBLICO, E NÃO DA LEGISLAÇÃO CIVIL. II - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. "MANUTENÇÃO" DAS DECISÕES PROFERIDAS NAS INSTANCIAS ORDINARIAS.

<sup>124</sup> RESP 190354/SP (1998/0072511-3) DJ 14/02/2000 pg.: 00021 Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS (1096) Primeira Turma. Ementa: PROCESSUAL - ADMINISTRATIVO - RESCISÃO INJUSTA DE CONTRATO ADMINISTRATIVO - INDENIZAÇÃO DO EMPREITEIRO INOCENTE - LUCROS CESSANTES - PROVA PERICIAL. - O empreiteiro inocente tem direito a indenização por lucros cessantes, resultantes do rompimento injusto do contrato administrativo, efetivamente comprovados. Se assim ocorre, não é lícito ao juiz indeferir a produção de prova pericial, tendente à demonstração das perdas não emergentes (CPC, Art. 130).

<sup>125</sup> Art. 65. Os contratos regidos por esta lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: I - unilateralmente pela Administração: a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos; b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta lei;

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: XII - razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato;

<sup>126</sup> **Aristóteles** em *A Política*, sobre a natureza do homem para viver em sociedade, faz uma afirmação que delineia entendimento sobre o equilíbrio econômico-financeiro nos contratos, uma vez que os povos da época, que comerciavam uns com outros, possuíam *tratados redigidos por escrito, com base nos quais importavam e exportavam suas mercadorias, garantindo-as uns*

que não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado, bem assim com relação à previsão do § 6º do seu artigo 65<sup>127</sup>.

Tais estatuições prevêm exatamente a necessidade de preservar o *equilíbrio econômico-financeiro do contrato*, de suma importância para sua prossecução, porque quando a Administração convoca os particulares para virem exercer determinada atividade perante a coletividade, o faz mediante a comutatividade e reciprocidade das prestações, contando com a sua participação, colaboração e cooperação nas ações que lhe interessam, assim também na satisfação do interesse público e coletivo ínsitos às ações estatais, não se podendo sujeitar ao particular, na desestabilização das cláusulas financeiras que mantêm sua remuneração, uma oneração que representaria verdadeiro ato atentatório à propriedade particular, que na nossa ordem jurídica goza de proteção jurídica superior, na forma do artigo 5º, inciso XXII<sup>128</sup>, pois só através dos meios jurídico-legais previstos se pode promover a desapropriação de bens dos particulares, o que não é o caso<sup>129 130 131</sup>.

---

*aos outros, prometendo defendê-las a mão armada. Mas não tinham, quanto a esses objetos, nenhum magistrado que lhes fosse comum. "Cada um desses povos tem os seus em seu próprio território. Eles não se preocupam com o que os outros são, nem com o que fazem, se são injustos ou corrompidos como particulares, só fazendo questão da garantia que ambos os povos se deram mutuamente de não se lesarem" (1998: 54).*

<sup>127</sup> Art. 58. § 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

Art. 65. § 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

<sup>128</sup> Art. 5º 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, nos termos seguintes: XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

<sup>129</sup> "Contrato Administrativo - Alteração de cláusula financeira - Inadmissibilidade - Modificação que implica em rompimento com o critério remuneratório no contrato convencionado"(RJTJESP 104/98). No mesmo sentido, RT 608/98.

<sup>130</sup> **Marçal Justen Filho** refere-se ao equilíbrio econômico-financeiro como "a relação (de fato) existente entre o conjunto dos encargos impostos ao particular e a remuneração correspondente" (*ob. cit.*, 398).

<sup>131</sup> RESP 134797/DF ; RECURSO ESPECIAL (1997/0038761-5) DJ 01/08/2000 pg. 00222. Rel. Min. PAULO GALLOTTI Segunda Turma. Ementa: REVISÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO. DISSÍDIO COLETIVO. AUMENTO DE SALÁRIO. REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. O aumento do piso salarial da categoria não se constitui fato imprevisível capaz de autorizar a revisão do contrato. Recurso não conhecido.

Quanto à *revisão de preços e tarifas* tem-se uma autorização para promover o reajustamento dos valores unitários ou de parte do valor total contratado, em função de que o objeto contratual relativo ao preço ou a sua remuneração, podem, com o decorrer do tempo, sofrer desvalorização frente à inflação, desvalorização da moeda, ou aumento generalizado de custos do contratado, de acordo com o que dispõe o artigo 40, XI c/c os artigos 55, III e 65, II, "c", e §6º da vigente Lei de Licitações<sup>132</sup>.

No que concerne à *exceção do contrato não cumprido (exceptio non adimplenti contractus)*, instituto tipicamente do direito privado, previsto no Código Civil no seu artigo 1.092<sup>133</sup>, tem-se a possibilidade de só poder exigir o implemento da obrigação da outra parte após o cumprimento da sua obrigação estatuída no contrato. Enquanto que entre particulares, pode ser alegada exceção do contrato não cumprido, *i.e.*, uma parte suspender a execução do quanto ficou a seu cargo até que a outra parte cumpra o que ficou avençado, no vínculo de Direito Público, esta faculdade não pode ser invocada pelo particular, principalmente porque o princípio da continuidade do serviço público não permite que o particular paralise a execução do contrato em face do inadimplemento da Administração, havendo a

---

<sup>132</sup> Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data da proposta ou do orçamento a que esta se referir até a data do adimplemento de cada parcela;

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

Art. 65. Os contratos regidos por esta lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: II - por acordo das partes: c ) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

§ 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

<sup>133</sup> Art. 1.092. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a parte, a incumbe fazer prestação em primeiro lugar, recusar-se a esta, até que a outra satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.

possibilidade de ensejar a responsabilidade civil do Estado pelos danos causados ao particular, porém não se admitindo a paralisação do serviço<sup>134</sup>.

Com relação ao controle nos contratos administrativos, verifica-se o poder geral da Administração em desempenhar a fiscalização a execução do contrato. **Hely Lopes Meirelles** assevera que no controle do contrato por parte da Administração, se "*compreende a faculdade de supervisionar, acompanhar, fiscalizar, e intervir na execução do contrato para assegurar a fiel observância de suas cláusulas e a perfeita realização de seu objeto*"(1999: 186), tudo isto compreendido na prerrogativa contida no artigo 58, III da Lei de Licitações<sup>135</sup>.

No que diz respeito à aplicação de penalidades e sanções contratuais, esta implica também numa prerrogativa da Administração frente ao contratado, de, no exercício da fiscalização do contrato, averiguar a ocorrência de qualquer infração contratual, regulamentar ou legal, bem como aplicar sanções administrativas, que compreendem, *v.g.*, as advertências; multas; rescisão unilateral do contrato, com a consequente encampação do serviço ou da obra pela Administração; suspensão provisória para licitar; declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração.

## **7. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E A ATUAL CONCEPÇÃO DE ESTADO**

Aqui já se falou do movimento da Administração Pública voltado para a estipulação de contratos com os particulares. Este movimento se orienta no intuito de prover suas necessidades materiais, assim como também no sentido de delegar a prestação

---

<sup>134</sup> **Hely Lopes Meirelles** aponta para uma atenuação por parte da doutrina da inaplicabilidade da exceção do contrato não cumprido, nos casos em que a falta da Administração cria um encargo extraordinário e insuportável para a outra parte, verificado caso a caso (1999: 185/186).

A própria Lei de Licitações prevê a suspensão do serviço pelo contratado até a normalização da situação (Art. 78, XV).

<sup>135</sup> Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: III - fiscalizar-lhes a execução;

de alguns serviços públicos à iniciativa privada *i.e.*, no que toca à prestação de serviços públicos, realização de obras públicas ou fornecimento de materiais ou utilidades, em face do aprimoramento do Estado Democrático de Direito e das crescentes limitações dos recursos públicos para prover as cada vez mais extensas necessidades públicas e coletivas.

Conforme dito em nossa introdução, a passagem do Estado Totalitário da Idade Média para o Estado Democrático de Direito do século XX, fez com que se implementasse um modelo que acolhe uma maior participação dos indivíduos, das comunidades e das organizações civis, havendo maior espaço para a intervenção popular nas decisões políticas. É que, em determinado momento histórico, além de formalizar o exercício do poder, tornou-se necessário erigir condições para que o acesso ao seu exercício fosse considerado socialmente legítimo. Buscou-se instituir, portanto, um procedimento que intentasse refletir uma vontade coletiva dentro da sociedade. Desta feita, o exercício do poder estaria respaldado na vontade coletiva, *i.e.*, respaldado na legitimidade do sistema político-jurídico.

Tal procedimento orientava-se pela busca de algo que representasse a vontade coletiva. Esse "algo" significou justamente um elemento semântico denominado "consenso", do latim *consensus*, que na pragmática da comunicação humana significa *consentimento; acordo; opinião geral; anuência*<sup>136</sup>. Na acepção da pragmática jurídica<sup>137</sup>, a palavra possui a mesma significação de *consentimento*, que por sua vez, equivale à expressão *"ter o mesmo sentir"*. No âmbito jurídico, é certo que consenso e consentimento equivalem à idéia de *manifestação de vontade, aprovação, outorga*. Nesse sentido, era deveras impossível que um sistema político-jurídico conseguisse refletir, a uma só vez, a vontade de todos individualmente. A empresa constitui a busca da *vontade* geral, ainda que não seja de todos. O

---

<sup>136</sup> Segundo **Francisco da Silveira Bueno** (1963).

<sup>137</sup> Cf. **De Plácido e Silva** (1991).

modelo procedimental que buscou o consenso, efetivou-se pela realização da *vontade de uma maioria*.

Por outro lado, em nível da especialização de funções, tornou-se indispensável que existisse uma determinada classe de pessoas cuja atividade se restringisse especialmente à seara política, ou seja, "*quando o governo das comunidades antigas deixa de ser direto - nas quais os cidadãos governavam-se eles próprios - e passa a intermediário*", surgem os regimes representativos, em que a idéia de *consenso básico dos cidadãos* passa a ser o "*principal instrumento de legitimação da atividade política*" <sup>138</sup>.

Instituem-se, portanto, os regimes representativos, cuja noção básica se estreitou à de *democracia*. Para **José Eduardo Faria**, "*democracia é o regime dos sistemas abertos, ou seja, aqueles que procuram garantir a manutenção das regras do jogo, a sobrevivência dos textos constitucionais, a impessoalidade e o rodízio do poder, e a ação dos diferentes grupos sociais, sem a eliminação das partes descontentes e da maneira menos coercitiva possível*" (*ob. cit.*, p. 62).

Convém destacar, que a democracia conseguiu, com a extensão da cidadania às classes mais despossuídas de recursos materiais, implantar o que se pode chamar de plena igualdade entre as pessoas do povo, posto que o voto de todos, e de cada um, tem o mesmo peso, a mesma força perante o sistema político-eleitoral. Isto representa uma conquista histórica, que passou a ser adotada a partir do fim do século XIX, com o *sufrágio universal*.

O modelo de democracia adotado pelos governos oriundos das revoluções liberais do último quartel do século XVIII, para **Manoel Gonçalves Ferreira Filho** (1990: 72), fez instituir a democracia representativa que significa "*um tipo de democracia em que o povo se governa indiretamente, por intermédio de representantes que elege*".

---

<sup>138</sup> Cf. **José Eduardo Faria**, 1978, p. 62.

Porém, deformações existem, e são encontradas em um sistema que se respalda *in absoluto* na representatividade. É certo que, no contexto político moderno, a noção de democracia representativa não oferece mais o consenso, pois a integração do povo na vida política tem sido cada vez menos constante, em face de que não mais participa, nem delibera, exceto no dia da eleição.

**José Eduardo Faria**, em lúcida observação, afirma que uma faceta importante do processo de recomposição de poder do Estado-nação:

*"são as recorrentes discussões sobre o sentido, o alcance, e o **locus** da democracia representativa no âmbito da economia globalizada; sobre a substituição da política de mercado como fator determinante de "âmbito público"; sobre a erosão dos distintos mecanismos de formação de identidade coletiva forjados pela modernidade; sobre os novos tipos de sociabilidade gerados pela mercantilização das mais diversas relações sociais; sobre o impacto fragmentador ocasionado pela diversidade de ritmos, dinâmicas e horizontes temporais com relação às percepções da história e de um futuro nacional; sobre a efetividade da representação parlamentar; e, por fim, sobre o caráter cada vez mais difuso e menos **transparente** da elaboração das regras jurídicas em matéria econômica, monetária, financeira, cambial, industrial e comercial"* (1999: 28).

Nesse sentido, **Edvaldo Brito**<sup>139</sup> lembra a tese defendida por **Raymond Aron**, segundo a qual a democracia deve ser considerada como governo de minoria, *"por que não pode ser caracterizado como o governo em que o povo decide, dada a complexidade da vida moderna"*. Desta forma, o Autor referido elenca os aspectos jurídicos que tendem ao aprimoramento da democracia, instituindo-se a *"chamada democracia semi-direta"*,

---

<sup>139</sup> Em seu artigo *"Aspectos Jurídicos da Democracia Participativa como uma Revisão do Processo Decisório"*, 1996: p. 115-131.



principalmente através dos institutos da iniciativa popular, referendo (*referendum*), plebiscito (*plebiscitum*)<sup>140</sup>. Lembra ainda, o *recall* ou revoca, que a Constituição brasileira não contempla, embora pudesse ser útil ao nosso sistema de governo presidencialista.

O que se estabeleceu através de consenso é que *todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente*, consagrando em nível constitucional (Parágrafo único artigo 1º da C.F. de 1988), como fundamento do Estado, a participação e o reconhecimento do indivíduo como pessoa integrada na sociedade estatal e que todo o funcionamento do Estado estará submetido à vontade popular <sup>141</sup>.

**Diogo de Figueiredo Moreira Neto** destaca o fato de que na democracia clássica, a participação popular está voltada "à escolha dos governantes", enquanto que a democracia emergente do final do século XX, volta-se "à escolha de como se quer ser governado", através de maior participação política (2.000: 41).

O dado elementar dessa conformação é a histórica busca da legitimidade através da participação popular, por meio do

---

<sup>140</sup> **Dalmo de Abreu Dallari**, analisando os institutos da democracia semidireta, conceitua *referendum*, plebiscito, a iniciativa, o veto e o *recall*. Assim, em linhas gerais, o Autor conceitua os institutos da seguinte forma: O *referendum* consiste na consulta à opinião pública para a introdução de um emenda constitucional ou mesmo de uma lei ordinária, quando esta afeta um interesse público relevante; O plebiscito consiste numa consulta prévia à opinião popular; A iniciativa confere a um certo número de eleitores o direito de propor uma emenda constitucional ou um projeto de lei; O veto popular é um instituto que dá aos eleitores, após a aprovação de um projeto pelo Legislativo, um prazo para que requeiram a aprovação popular; o *recall* judicial é a possibilidade de que decisões dos juízes e tribunais, exceto a Suprema Corte, negando a aplicação de uma lei, por julgá-la inconstitucional, deveriam poder ser anuladas pelo voto da maioria dos eleitores (1995: 130 e segs.).

Há de se ressaltar que o Congresso Nacional decretou a Lei nº9.709, de 18 de novembro de 1998, que regulamentou os incisos I, II e III do artigo 14 da Constituição Federal, no que concerne ao plebiscito, ao referendo e à iniciativa popular. No seu artigo 2º estabelece que plebiscito e referendo são consultas populares formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa. Consoante seu parágrafo primeiro, plebiscito é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido, enquanto que, na forma do parágrafo segundo, referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição. Com relação à iniciativa popular, prevê o artigo 13 da lei, que esta consiste na apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados, subscrito, por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

<sup>141</sup> Cf. **José Afonso da Silva**. 1996, p.106.

aprimoramento doutrinário e legislativo das instituições existentes na sociedade<sup>142</sup>.

Todavia, fica sacramentado que quanto maior a busca e a obtenção do consenso, da participação, e do envolvimento dos indivíduos, dos grupos e das comunidades em torno das ações estatais, maior será o retorno e as vantagens a serem desfrutadas por todos. É consequência direta do aprimoramento, instituição e efetivação dos instrumentos democráticos, maior respaldo nas ações do Estado.

Com relação às limitações dos recursos públicos para prover as cada vez mais extensas necessidades públicas e coletivas, após a implantação dos modelos de Estado intervencionista, com o passar do tempo e em grande parte dos países, verificou-se uma verdadeira degradação dos aparelhos públicos e a completa impossibilidade de que o Poder público pudesse recompor este aparelhamento a partir de seus próprios recursos materiais<sup>143</sup>.

O *Plano Diretor de Reforma do Estado*, de novembro de 1995, define a crise do Estado: (1) como uma crise fiscal, caracterizada pela crescente perda do crédito por parte do Estado e pela poupança pública que se torna negativa; (2) o esgotamento da estratégia estatizante de intervenção do Estado, a qual se reveste de várias formas: o Estado do bem-estar social nos países desenvolvidos, a estratégia de substituição de importações no terceiro mundo, e o estatismo nos países comunistas; e (3) a superação da forma de administrar o Estado, isto é, a superação da administração pública burocrática.

---

<sup>142</sup> A própria Constituição Federal de 1988, estatui em seu artigo 1º 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 e tem como fundamentos, entre outros o pluralismo político, sendo que infirma a participação popular ao preceituar que *todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou **diretamente**, nos termos da Constituição*.

<sup>143</sup> **Diogo de Figueiredo Moreira Neto**, analisando a chamada crise do Estado, já descrita com nitidez desde a década de setenta nos debates sobre ingovernabilidade, acentua as seguintes características: 1º- o Estado perdia poder no processo produtivo; 2º- o Estado acumulava déficits crescentes; 3º- o Estado não tinha recursos para atender com um mínimo de eficiência aceitável às demandas da sociedade; e, 4º- o Estado não tinha mais condições políticas de aumentar indefinidamente a carga tributária sobre a sociedade, o que no caso do Brasil, elevou-se de 4% a cerca de 33% do PIB (2.000: 39).

No Brasil, conforme a observação de **Belmiro Valverde Jobim Castor** verificam-se diversas consequências decorrentes do modelo intervencionista, notadamente, o esgotamento do modelo de Estado condutor do processo econômico e social; a erosão da capacidade de prestação de serviços públicos, gerando seqüelas indesejáveis como *clientelismo*, *corporativismo*, *populismo*, e *corrupção* (1995, p. 147 e seg.).

Segue-se, demais disto, a extrema dependência econômico-financeira estatal em relação aos capitais privados, no tocante ao crescente endividamento interno e externo e à necessidade de promover a rolagem de tais dívidas. Paralelamente, verificou-se a impossibilidade de manter níveis também crescentes de investimentos nos órgãos da Administração direta, e principalmente, nas entidades que compõem a Administração indireta, as autarquias, as fundações instituídas e mantidas pelo poder público, as empresas públicas e as de economia mista, que se tornaram, na sua maioria, intensamente defasadas, sob o ponto de vista tecnológico e do modelo de gestão administrativa.

Este foi um dos principais motivos que desencadearam os processos de privatização das entidades integrantes da Administração Pública descentralizada. Este movimento privatizante, também ocorrido no Brasil<sup>144</sup>, é o reconhecimento

---

<sup>144</sup> No Brasil, a edição da Lei nº8.031, de 12 de abril de 1990, foi marcante para determinar o passo inicial na reformulação do papel do Estado, instituindo, em nível federal, o Programa Nacional de Desestatização, para: reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; contribuir para a redução da dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público; permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; contribuir para a modernização do parque industrial do País; permitir que a administração pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais; contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo de oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa (art. 1º). De acordo com esta lei, considera-se privatização a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade. Já o seu artigo 7º previu que a privatização de empresas que prestam serviços públicos pressupunha a delegação, pelo Poder Público, da concessão ou permissão do serviço objeto da exploração. A Lei nº9.491, de 9 de setembro de 1997, alterou a Lei nº8.031/90, prevendo que poderão ser objeto de desestatização empresas, inclusive instituições financeiras, controladas direta ou indiretamente pela União, instituídas por lei ou ato do Poder Executivo; empresas criadas pelo setor privado e que, por qualquer motivo, passaram ao controle direto ou indireto da União; serviços públicos objeto de concessão, permissão ou autorização; instituições financeiras públicas estaduais que tenham tido as ações de seu capital social desapropriadas, na forma do

explícito de que não há disponibilidade de recursos materiais e humanos para prover a realização de todas as funções do Estado, havendo a necessidade de recorrer-se aos recursos materiais e humanos privados<sup>145 146</sup>.

Neste aspecto é que **Alice Gonzalez Borges**, pontualizando a redução da intervenção estatal na economia, no sentido de ceder espaço às formas de parceria com a iniciativa privada, posiciona a *onda privatizante* em três etapas: *na primeira, procura o Estado retirar-se das atividades econômicas, desestatizando suas empresas exploradoras de atividade econômica em regime de competição de mercado; na segunda, direciona-se o Estado para a privatização das empresas estatais criadas exclusivamente para a prestação de serviços públicos, sob regime híbrido, predominantemente sujeito ao direito privado; na terceira, volta-se o Estado para a impropriamente chamada "privatização" de serviços públicos* (1997: 8).

O *Plano Diretor de Reforma do Estado* relaciona três formas de administração ocorridas no Brasil, e que se sucederam no tempo, como sendo: a Administração Pública Patrimonialista; a

---

Decreto-lei nº2.321, de 25 de fevereiro de 1987 (art. 2º). Considerou, a Lei nº9.491/97, desestatização: a) a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade; b) a transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade.

<sup>145</sup> **José Eduardo Faria**, quando observa os processos que desencadearam o fenômeno da globalização, destaca as crises mundiais do petróleo e a explosão da dívida federal norte-americana, que ocasionou a crise do padrão monetário internacional, chamando atenção que a necessidade da economia mundial conceder novo fôlego ao capitalismo, evitando o prolongamento da estagnação econômica, foi atendida através "*da progressiva desregulamentação dos mercados financeiros, a crescente revogação dos monopólios estatais e a veloz abertura no comércio mundial de serviços e informação*" (1999: 65), inferindo-se daí também o surgimento do movimento das privatizações.

<sup>146</sup> Existem diversos questionamentos sobre o fenômeno das privatizações, sua forma e procedimento, efetivado no Brasil, taxado como "vergonhoso" por **Aloysio Biondi** (2.000 b: 19), podendo ser citados: o financiamento estatal das privatizações; o crescimento das remessas de lucros para o exterior por parte das empresas privatizadas e adquiridas por empresas estrangeiras; a baixa pulverização do controle das estatais, acrescida ainda, pelo fenômeno da recompra de ações das empresas estatais pelos controladores, reduzindo a participação de pequenos e médios acionistas; a simples transferência de monopólios públicos estatais para a iniciativa privada. Sobre alguns dos questionamentos concordamos plenamente com suas proposições, porém não temos dúvida de que em alguns casos, a venda de empresas estatais era fundamental para o atual processo econômico e para o redimensionamento do Estado brasileiro.

Administração Pública Burocrática; e, Administração Pública Gerencial<sup>147</sup>.

Seguindo a tendência à implementação de instrumentos regulatórios, há referência no *Plano Diretor de Reforma do Estado* às agências autônomas, aqui reconhecidas como agências executivas (*executive agencies*). Assim, tendo como pressupostos a responsabilização por resultados e a conseqüente autonomia de gestão, que tem como objetivo a transformação de autarquias e de fundações que exerçam atividades exclusivas do Estado, em agências autônomas, com foco na modernização da gestão, ligadas à regulação operacional.

Neste contexto, surgem também as agências reguladoras (*regulators agencies*), que são órgãos administrativos

---

<sup>147</sup> Segundo o Plano Diretor de Reforma e Aparelhamento do Estado, a primeira, a *Administração Pública Patrimonialista*, baseia-se no patrimonialismo, em que o aparelho do Estado funciona como uma extensão do poder do soberano, e os seus auxiliares, servidores, possuem status de nobreza real. Os cargos são considerados prebendas. A *res publica* não é diferenciada das *res principis*. Em conseqüência, a corrupção e o nepotismo são inerentes a esse tipo de administração. No momento em que o capitalismo e a democracia se tornam dominantes, o mercado e a sociedade civil passam a se distinguir do Estado. A segunda, *Administração Pública Burocrática*, surge na segunda metade do século XIX, na época do Estado liberal, como forma de combater a corrupção e o nepotismo patrimonialista. Constituem princípios orientadores do seu desenvolvimento a profissionalização, a idéia de carreira, a hierarquia funcional, a impessoalidade, o formalismo, em síntese, o poder racional-legal. Os controles administrativos visando evitar a corrupção e o nepotismo são sempre a priori. Parte-se de uma desconfiança prévia nos administradores públicos e nos cidadãos que a eles dirigem demandas. Por isso são sempre necessários controles rígidos dos processos, como por exemplo na admissão de pessoal, nas compras e no atendimento a demandas. Por outro lado, o controle - a garantia do poder do Estado - transforma-se na própria razão de ser do funcionário. Em conseqüência, o Estado volta-se para si mesmo, perdendo a noção de sua missão básica, que é servir à sociedade. A qualidade fundamental da administração pública burocrática é a efetividade no controle dos abusos; seu defeito, a ineficiência, a auto-referência, a incapacidade de voltar-se para o serviço aos cidadãos vistos como clientes. Este defeito, entretanto, não se revelou determinante na época do surgimento da administração pública burocrática porque os serviços do Estado eram muito reduzidos. O Estado limitava-se a manter a ordem e administrar a justiça, a garantir os contratos e a propriedade. A terceira, a *Administração Pública Gerencial*, emerge na segunda metade do século XX, como resposta, de um lado, à expansão das funções econômicas e sociais do Estado, e, de outro, ao desenvolvimento tecnológico e à globalização da economia mundial, uma vez que ambos deixaram à mostra os problemas associados à adoção do modelo anterior. A eficiência da administração pública - a necessidade de reduzir custos e aumentar a qualidade dos serviços, tendo o cidadão como beneficiário - torna-se então essencial. A reforma do aparelho do Estado passa a ser orientada predominantemente pelos valores da eficiência e qualidade na prestação de serviços públicos e pelo desenvolvimento de uma cultura gerencial nas organizações. Na administração pública gerencial a estratégia volta-se (1) para a definição precisa dos objetivos que o administrador público deverá atingir em sua unidade, (2) para a garantia de autonomia do administrador na gestão dos recursos humanos, materiais e financeiros que lhe forem colocados à disposição para que possa atingir os objetivos contratados, e (3) para o controle ou cobrança a posteriori dos resultados. Adicionalmente, pratica-se a competição administrada no interior do próprio Estado, quando há a possibilidade de estabelecer concorrência entre unidades internas. No plano da estrutura organizacional, a descentralização e a redução dos níveis hierárquicos tornam-se essenciais. Em suma, afirma-se que a administração pública deve ser permeável à maior participação dos agentes privados e/ou

ligados ao Poder Executivo, dotados de autonomia e independência administrativa, funções normativas e de fiscalização, chegando, em alguns casos, a ter atribuições para dirimir conflitos na seara administrativa. As agências reguladoras assumem o papel que antes era desenvolvido pela própria Administração Pública direta na qualidade de poder concedente, como órgão regulador da concessão de serviços públicos, bem assim na permissão e autorização de serviços públicos, ligadas à regulação basicamente normativa.

**Marcos Juruena Villela Souto** assevera que o "*Plano Diretor usou a expressão "agências autônomas", sem fazer distinção entre **agências reguladoras**, voltadas para a intervenção em mercados específicos regulando a relação entre oferta, com qualidade e preço acessível, e demanda, e **agências executivas**, ligas à implementação de política (sem formular políticas, regular ou influir em mercados)"* (2.000: 155). Sobre esta distinção preferimos a que atribui à agência executiva a tarefa de regulação operacional, no exercício da fiscalização da implementação de políticas públicas, enquanto à agência reguladora cabe formular políticas públicas, através de instrumentos normativos dirigidos ao mercado, como distinção que aliás foi implementada na legislação brasileira, conforme se verá adiante. Esta opinião também é a de **Fernando Herren Aguillar**, quando observa que as "*Agências Executivas, como designa o próprio nome, têm atribuições de caráter operacional e não normativo. Essa a principal diferença funcional em relação às agências reguladoras. Enquanto estas se ocupam da regulação normativa, ou seja a formulação de políticas públicas, as Agências Executivas se dedicam a implementá-las em matéria de serviços públicos"* (1999, p. 242)(sic)<sup>148</sup>.

---

das organizações da sociedade civil e deslocar a ênfase dos procedimentos (meios) para os resultados (fins).

<sup>148</sup> **Diogo de Figueiredo Moreira Neto** afirma que as "*Agências governamentais autônomas, entendidas como entes fracionários do aparelho administrativo do Estado, não são tema novo no Direito Administrativo". Segundo este Autor, a "novidade está no ressurgimento da importância dessas entidades, rebatizadas, resumidamente, de **agências reguladoras"**(2.000: 145).*

Da análise que se faz, conclui-se que com o abandono dos modelos de *Estado empresário*, e devolvendo-se as atividades econômicas aos entes da sociedade, passou a ser necessário encarecer noções de controle sobre o exercício de tais atividades, ora designadas à iniciativa privada, com o fito de garantir o margeamento das regras de interesse público.

**João Bosco Leopoldino da Fonseca** entende como justificável a criação das agências reguladoras, *"na medida em que os serviços públicos passam a ser executados pelas empresas, através do processo de privatização, ao Estado é atribuída outra função, justamente aquela prevista no artigo 174, que prevê que como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. Assim, no dizer do Autor, "como as atividades econômicas privatizadas são de grande diversidade e de especialidades bem demarcadas, o Estado cria as **agências diversificadas e especializadas para o exercício das incumbências constitucionais"**(2.000, 259).*

No direito brasileiro exsurgem, notadamente a nível federal, as agências executivas, seja através da criação específica da lei, como no caso da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVS<sup>149</sup> e da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS<sup>150</sup>, seja através da conversão de autarquias e fundações públicas preexistentes em Agências Executivas, autorizadas pela Lei nº9.648/98 e pelo advento do Decreto 2.487/98<sup>151</sup>.

---

<sup>149</sup> Instituída pela Lei nº9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária tem funções eminentemente executivas, *i.e.*, de fiscalização, na forma do seu artigo 6º.

<sup>150</sup> Instituída pela Lei nº9.961, de 28 de janeiro de 2000.

<sup>151</sup> A Lei nº9.649, de 27 de maio de 1998, em seu artigo 51 faculta ao Poder Executivo qualificar como Agência Executiva a autarquia ou fundação que tenha cumprido os seguintes requisitos: I - ter um plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em andamento; II - ter celebrado Contrato de Gestão com o respectivo Ministério supervisor. Sendo que o Poder Executivo editará medidas de organização administrativa específicas para as Agências Executivas, visando assegurar a sua autonomia de gestão, bem como a disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros para o cumprimento dos objetivos e metas definidos nos Contratos de Gestão. E ainda segundo o artigo 52 da referida lei os planos estratégicos de reestruturação e de desenvolvimento institucional definirão diretrizes, políticas e medidas voltadas para a racionalização de estruturas e do quadro de servidores, a revisão dos processos de trabalho, o desenvolvimento dos recursos humanos e o fortalecimento da identidade institucional da Agência Executiva, sendo que os Contratos de Gestão das Agências Executivas

Vêm à baila também as agências reguladoras através de leis esparsas, tais como a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL<sup>152</sup>, a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL<sup>153</sup>, a Agência Nacional do Petróleo - ANP<sup>154</sup>. Os diplomas legais, que criaram tais órgãos, dispuseram que sua natureza jurídica é de direito público, constituindo-se em **autarquias de regime especial**<sup>155</sup>. Na qualidade de entes autárquicos, sujeitam-se às normas constitucionais que disciplinam esse tipo de entidade, enquanto que o regime especial vem definido nas respectivas leis instituidoras, dizendo respeito, em regra, à maior autonomia em relação à Administração direta; à estabilidade de seus dirigentes, garantida pelo exercício de mandato fixo, que eles somente podem perder nas hipóteses expressamente previstas, afastada a possibilidade de demissão *ad nutum*; ao caráter final de suas decisões, que não são passíveis de apreciação por outros órgãos ou entidades da Administração Pública<sup>156</sup>.

---

serão celebrados com periodicidade mínima de um ano e estabelecerão os objetivos, metas e respectivos indicadores de desempenho da entidade, bem como os recursos necessários e os critérios e instrumentos para a avaliação do seu cumprimento, ficando o Poder Executivo obrigado a definir os critérios e procedimentos para a elaboração e o acompanhamento dos Contratos de Gestão e dos programas estratégicos de reestruturação e de desenvolvimento institucional das Agências Executivas.

O Decreto 2.487/98 estatuiu por sua vez, em seu artigo 1º, que as autarquias e as fundações integrantes da Administração Pública Federal poderão, observadas as diretrizes do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, ser qualificadas como Agências Executivas. Neste sentido, foram firmados contratos de gestão, como unidades piloto, com as seguintes entidades da Administração Pública Federal: Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - INMETRO; Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE; Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE; Instituto Brasileiro do Meio-Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA; Secretaria de Defesa Agropecuária - DAS; Instituto Nacional de Propriedade Intelectual - INPI.

<sup>152</sup> Instituída pela Lei nº9.427, de 26 de dezembro de 1996.

<sup>153</sup> Instituída pela Lei nº9.472, de 16 de julho de 1997.

<sup>154</sup> Instituída pela Lei nº9.478, de 6 de agosto de 1997.

<sup>155</sup> As agências brasileiras recentemente criadas, na sua maioria, conformam a feição de agências executivas e reguladoras, na forma dos instrumentos legais que veiculam paralelamente entre suas finalidades e atribuições a fiscalização e a regulamentação dos setores a que estão ligadas.

Nesta conformidade, com relação ao setor de energia elétrica, a teor do que dispõe o artigo 2º da Lei nº9.427/96, a ANEEL tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal. No que pertine ao setor de telecomunicações, a criação e organização da ANATEL visou atribuir-lhe a função reguladora das telecomunicações, competindo-lhe celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções, na forma dos artigos 8º e 19, VI da Lei nº9.472/97. Assim ocorre também com relação ao setor de combustíveis fósseis e gás natural, quando foi criada a ANP, como órgão regulador da indústria do petróleo, tendo como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, consoante artigos 7º e 8º da Lei nº9.478/97.

<sup>156</sup> Cf. **Maria Sylvia Zanella Di Pietro**, 1999, 131.



Assim, o Estado, no que concerne à necessidade de contar com os recursos dos particulares reduz sua atuação no âmbito de *atuação por compulsoriedade*, fazendo que se ampliem os modos de *atuação por participação*.

E, justamente neste sentido, é que se orienta o movimento tendente à utilização dos mecanismos contratuais, porque nada mais salutar que instituições da sociedade civil, tais como empresas, consórcios de empresas, organizações não governamentais, associações e cooperativas, dotadas de personalidade jurídica própria, entidades constituídas ou voltadas para empreender uma atividade delegada de Poder Público, em prol de uma coletividade, mesmo não se perdendo de vista o fito de lucro do empresário, situações em tese plenamente conciliáveis<sup>157</sup>, manifestem seu consenso, co-participando e cooperando com as ações estatais, através de expressa manifestação de vontade contida num instrumento de índole contratual.

Conforme a oportuna observação de **Marçal Justen Filho**, no sentido de que a medida que o Estado caminha para o aperfeiçoamento de sua feição democrática, observa-se que:

*A "doutrina aponta uma tendência à **contratualização** da atividade administrativa como reflexo da ampliação dos limites do conceito de Estado Democrático de Direito. Como todo poder é de titularidade do povo, o exercício das competências públicas torna-se cada vez mais sujeito à **negociação** com a comunidade. Assiste-se um fenômeno muito peculiar, consistente na organização da sociedade civil. Surgem entidades privadas, sem fins lucrativos, que se interpõem entre o Estado e a comunidade. Os poderes públicos deixam de ser exercitados autoritariamente e a democracia se*

---

<sup>157</sup> **Fernando Herren Aguillar** afirma que a lógica do capitalismo e de seus agentes não foi invalidada pelas transformações sociais que propiciaram maior interferência estatal na economia, para que se pudesse atribuir ao agente econômico capitalista a função de considerar preponderantemente os interesses gerais, sendo que o "agente econômico não é obrigado a levar em conta outro interesse que não o seu". Afirma, porém que a presença do Estado fez introduzir-se novas variantes a serem consideradas pelo agente econômico na perseguição de

*manifesta com concordância das decisões públicas com os interesses concretos da comunidade(...). Daí a crescente importância do instrumento contratual, que tende a substituir amplamente as figuras unilaterais”(1996: 39).*

Pois bem, este é um movimento que se acentua, a medida que se implanta a nova concepção de Estado supra revelada, uma vez que é claramente perceptível que no ordenamento jurídico brasileiro ganhou novo assento o *contrato de concessão de serviço público e de obra pública*, assim também, surge a figura do *contrato de gestão*, no domínio público e no domínio econômico, além do que a utilização das formas contratuais tornou-se visível e amplamente verificável.

A reorganização do Estado brasileiro tem implicado no encarecimento do estudo das noções sobre o contrato administrativo, verificando-se que esta foi uma das opções para viabilizar a implantação da atual versão estatal.

**Roberto Bazilli**, logo na *nota introdutória* de sua obra, sobre a legislação federal implementada após a Constituição Federal de 1988, no exercício da competência dirigida à União Federal, no que concerne à instituição de normas gerais de licitação e contratos (art. 22, XXVII), assevera que se objetou buscar mais coibir a corrupção *“do que adequar o sistema normativo às atuais concepções do novo Estado emergente”*. Todavia, a partir de instrumentos normativos tais como a Lei nº8.987/95 e nº9.074/95, entre outros, depreende-se o movimento no sentido de adequação da legislação brasileira aos novos reclames da realidade estatal<sup>158</sup>.

---

seus interesses individuais, fazendo-se com que possa ser satisfeito *interesse distinto do interesse individual imediato do agente econômico* (1999: 90/91).

<sup>158</sup> **Diogo de Figueiredo Moreira Neto**, em seu *Mutações do Direito Administrativo*, aponta para o surgimento da chamada *Administração pública consensual*, que abrange a seguinte tipologia: *a Administração Pública regida pelo Direito Privado; a Administração Pública dispositiva de Fomento Público; a Administração Pública sob contrato de Direito Público; a Administração Pública sob acordos de Direito Público; a Administração Pública a cargo de entidades independentes ou semi-públicas* (2.000: 43).

Em relação à Administração pública sob contrato de Direito Público, o Autor assevera que “a reintrodução da contratualidade veio com o conceito de duplicidade de natureza do contrato de direito público: público, com relação aos interesse do Estado e privado, como relação aos interesses particulares”( ob. cit., p. 45).

A contratualização é um fenômeno que advém da idéia de *parceria* entre o setor público e o setor privado. Segundo **Maria Sylvia Zanella Di Pietro** a idéia de parceria compreende: *forma de delegação da execução de serviços públicos a particulares pelos instrumentos da concessão e permissão de serviço público; meio de fomento à iniciativa privada de interesse público, efetivando-se por meio de convênio ou contrato de gestão; forma de cooperação do particular na execução de atividades próprias da Administração Pública, pelo instrumento da terceirização (contratos de obras e serviços, por meio de empreitada); instrumento de desburocratização e de instauração da chamada Administração Pública gerencial, por meio de contratos de gestão* (1999: 32).

**Arnoldo Wald** assevera que a "formulação atual do direito de desenvolvimento está vinculada a uma idéia que é, ao mesmo tempo antiga e nova. Antiga na sua concepção, nova na sua densidade e nas dimensões que está alcançando. É a idéia de parceria. Parceria entre as nações, parceria entre o Estado e a iniciativa privada, parceria entre empresas concorrentes, parceria entre moradores do mesmo bairro, parceria entre produtor e o consumidor, parceria entre acionistas e dirigentes de empresa, e finalmente, parceria entre empregados e empregadores, com a participação nos lucros e com a função social atribuída à empresa" (1996: 27).

Infere-se, pois, que a implantação da idéia de parceria entre o *público* e o *privado* essencialmente se realiza e se viabiliza mediante a *contratualização* das relações do Estado com os particulares, embora hajam outras formas de parceria, como *gestão associada* dos entes federados através de *convênios* e *consórcios*, além de *franquia*, *terceirização*, *cooperativas prestadoras de serviços públicos*, entre outras.

Esta tendência à contratualização das relações entre a Administração e os particulares e entidades autônomas no âmbito da prestação de serviços públicos e intervenção administrativa na economia, desde a década de 1980, é verificada por eminentes juristas. Todavia, este fenômeno só voltou a permear efetivamente

a vida do ordenamento jurídico brasileiro, a partir da implementação da nova e atual concepção jurídica do Estado brasileiro, após a Constituição de 1988 e de alterações posteriores advindas de Emendas Constitucionais aprovadas no Congresso Nacional<sup>159</sup>.

**Luís Cabral de Moncada**, v.g., na análise da contratualização nos países europeus, aponta para duas ordens de causa deste fenômeno:

*uma, é a conhecida extensão quantitativa e a profundidade dos objectos que se propõe realizar o Estado intervencionista dos nossos dias, de modo a acertar o passo com as exigências "desenvolvimentistas" e "salutistas" de que se faz arauto o texto constitucional, só compatíveis com uma reordenação da produção e repartição sociais dos bens (produção e de consumo) indispensáveis, a par claro está, de uma evolução no sentido contratualista das relações jurídicas do Estado com os particulares, sob pena de se cair no mais feroz autoritarismo; a outra, é que a proliferação e a diversidade das novas espécies contratuais ficam também a dever-se à estrutura liberal e antidirigista da ordem jurídica da economia da maioria dos países europeus, assente no reconhecimento e protecção da livre iniciativa de que a liberdade contratual é expressão autorizada no domínio da disposição dos bens (1988, p. 380).*

E arremata o jurista lusitano, o "*Estado dos nossos dias não pode demitir-se da prossecução do programa constitucional por um lado, mas pelo outro não pode levá-lo a cabo senão contando com livre adesão contratual dos destinatários do programa geral de transformação estrutural de que se faz defensor*" (ob. cit., p. 380).

---

<sup>159</sup> Notadamente, com as seguintes emendas constitucionais: Emenda Constitucional nº5, de 15 de agosto de 1995; Emenda Constitucional nº6, de 15 de agosto de 1995; Emenda Constitucional nº8, de 15 de agosto de 1995; Emenda Constitucional nº9, de 9 de novembro de 1995; Emenda Constitucional nº19, de 4 de junho de 1998; Emenda Constitucional nº20, de 15 de dezembro de 1998.

Da mesma forma averba **André de Laubadère** quando, ao se referir ao estilo de ação estatal relacionado ao novo desenvolvimento do contratualismo, assevera que:

*Este "desenvolvimento encontra terreno de eleição particularmente favorável em matéria económica porque a complexidade das situações económicas e a importância dos interesses torna muitas vezes difícil a aplicação coerciva das regulamentações e prescrições unilaterais, o que incita o Estado a preferir a aceitação dos interessados ao uso dos meios de autoridade. Donde a procura de uma "economia contratual", complemento da "economia concertada"(1985: 423).*

Segundo esse Autor, a novidade é que a utilização do contrato como forma de administrar se tornou mais frequente, e, *"em certa medida o contrato tornou-se, deste ponto de vista, uma espécie de substituto do acto unilateral"* (ob. cit., p. 423). Com relação ao fenômeno da contratualização, importa notar que as observações dos Autores supra voltam-se para identificar o contrato administrativo principalmente no âmbito econômico.

**Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernandez** chamam atenção para o fato de que os "convênios" entre a Administração e administrados se dão por intermédio de três tipos perfeitamente diferenciados: *os contratos administrativos **stricto sensu**; os contratos de Direito Privado; e os chamados genericamente de acordos ou "convênios de colaboração"* (1991, p. 589). Segundo os Autores, os dois primeiros tipos supõem *"a utilização por parte da Administração de instrumentos contratuais dentro do âmbito específico das relações patrimoniais que são comuns a todos os sujeitos de Direito"*, que se situa em um terreno de colaboração ou intercâmbio patrimonial, por dinheiro, ou transfere possibilidades de atuação, frente ao público, a ela reservadas em troca de coisas ou de serviços que busca e que recebe (*loc. cit.*). Com relação aos acordos entre a Administração e os administrados, os Autores afirmam, com propriedade, que não se supõe existirem colaboração ou intercâmbio patrimonial entre as partes, *"mas, pelo contrário, um*

*simples acordo sobre a medida de uma obrigação, ou de uma vantagem, típicas de uma relação de submissão jurídico-pública previamente estabelecida entre a Administração e a pessoa com quem ela ajusta”, sendo casos que tais, v.g., um “convênio expropriatório”<sup>160</sup>; acordo fiscal de avaliação objetiva de bases tributárias ou de liquidação de cotas<sup>161</sup>; convênio de preços<sup>162</sup>; ação acordada; contratos programa<sup>163</sup>. Todos estes acordos da Administração, segundo os Autores, tratam-se de uma técnica de administração, no sentido jurídico, e não do intercâmbio de prestações patrimoniais.*

Em verdade, nesse instante, cabe distinguir e decompor o termo *contratualização* em dois sentidos. No primeiro, haveria uma acepção ampla do termo, implicando em um tipo de vinculação entre a Administração e os particulares ao nível de compromissos, tipicamente advindos de uma obrigação de natureza pública preexistente, enquanto que, no segundo, encontrar-se-ia a acepção restrita do termo, onde adviria o fenômeno de intercâmbio e colaboração econômica entre o público e o privado.

Todos porém, parecem estar situados no âmbito da chamada *consensualidade*, idéia que **Diogo de Figueiredo Moreira Neto** traz no seu *Mutações*, em que vigora o refluxo da imperatividade dos atos administrativos, dando espaço para instrumentos de coordenação operativa entre sociedade e Estado (2.000: 41).

A *consensualidade*, de acordo com o Autor, pode ser percebida a partir das funções fundamentais do Estado. “*Primo, a consensualidade na produção das normas, como o reaparecimento de fontes alternativas, fontes consensuais e de fontes extra-estatais: a regulática. Secundo, a consensualidade na administração dos interesses públicos, como o emprego das formas*

---

<sup>160</sup> Previsão da lei espanhola, segundo os Autores (art. 24 da LEF).

<sup>161</sup> Previsão da lei espanhola, segundo os Autores (art. 51, “b” da LGT e art. 736, LRL).

Este acordo fiscal encontra paralelo no direito brasileiro com o Programa de Recuperação Fiscal – Refis, instituído pela Lei nº9.964, de 10 de abril de 2.000.

<sup>162</sup> No Brasil, os acordos de preços advindos das Câmaras setoriais, instituídas no âmbito do Ministério da Fazenda.

<sup>163</sup> Previsão da lei espanhola, segundo os Autores (art. 91 da LGP).

*alternativas consensuais de coordenação de ações, por cooperação e por colaboração. Tertio, a consensualidade na solução dos conflitos, com a adoção de formas alternativas de composição” (loc. cit.).*

Para **Diogo de Figueiredo Moreira Neto**, “a participação e a consensualidade tornaram-se decisivas para as democracias contemporâneas, pois contribuem para aprimorar a governabilidade (eficiência); propiciam mais freios contra o abuso (legalidade); garantem a atenção de todos os interesses (justiça); proporcionam decisão mais sábia e prudente (legitimidade); desenvolvem a responsabilidade das pessoas (civismo); e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem)” (2.000, p. 41).

**Odete Medauar**, em seu *Direito Administrativo em evolução* (1992: pp. 198 *usque* 201), analisando a aplicação da clássica doutrina do contrato administrativo, desvinculada da tradicional feição privatística, com a presença das cláusulas exorbitantes e da desigualdade entre as partes contratantes, aponta para as recentes preocupações surgidas já na década de setenta, no sentido de minorar a desigualdade contratual e a unilateralidade dos atos administrativos, podendo-se se falar em *Administração concertada*. Tais preocupações vêm a reforçar a tese da consensualidade, motivada pela: “*afirmação pluralista, a heterogeneidade de interesses detectados numa sociedade complexa; a maior proximidade entre Estado e sociedade, portanto entre Administração e sociedade*”. Baseada nestas idéias, traz o pensamento de **Paul Amselek**, que aponta para o desenvolvimento, na atualidade, ao lado dos mecanismos democráticos clássicos, de “*formas mais autênticas de direção jurídica autônoma das condutas*”, que abrangem, de um lado, a conduta do poder público no sentido de debater e negociar periodicamente com interessados as medidas ou reformas que pretende adotar, de outro, o interesse dos indivíduos em particular, individualmente ou em grupos, na tomada de decisões da autoridade administrativa, seja sob a forma de atuação em conselhos, comissões, grupos de trabalhos no interior dos órgãos

públicos, seja sob a forma de múltiplos acordos celebrados. E afirma ainda que, conforme **Rosario Ferrara**, associa-se a esse processo: *o florescimento de módulos contratuais à crise da lei formal como ordenadora de interesses, em virtude de que esta passa a enunciar os objetivos da ação administrativa e os interesses protegidos; o processo de deregulation; a emergência de interesse metaindividuais; a exigência de racionalidade, modernização e simplificação da atividade administrativa, assim como maior eficiência e produtividade, alcançados de modo mais fácil quando há consenso sobre o teor das decisões.*

Por outro lado, **Fernando Herren Aguillar** expressa-se sobre a regulação de serviços públicos pela via contratual, fazendo menção de que o importante é determinar em que medida ela é suficiente para atender certos interesses públicos ou da população (1999: 284). Acentua o Autor, que um poderoso argumento em favor da contratualização é o de que as necessidades de serviços públicos são diferenciadas conforme as regiões do país e que não se pode dar a elas tratamento uniforme sem risco de distorção, fazendo com que, mediante a estipulação contratual, o poder público possa eficientemente disciplinar o exercício da atividade, tendo em vista que sabe melhor os pontos críticos da atividade delegada e as necessidades impostas pelo serviço, encontrado-se, porém, desprovido de instrumentos eficazes na sua disciplina.

### 7.1- NOVOS TIPOS CONTRATUAIS

A utilização dos contratos administrativos na esfera pública esteve vinculada às tradicionais figuras contratuais existentes ao longo do relacionamento da Administração Pública com os particulares, podendo-se dividir tais figuras, com relação à forma de atuação do Estado, em *contratos administrativos no domínio público*, em que se verifica a presença de serviço público, e em *contratos administrativos no domínio econômico*, em que prepondera a ausência de serviço público.

Entre os contratos administrativos no domínio público, encontram-se o de *Obras públicas*; de *Locação de serviços*; de



*Compras; de Autorização ou permissão de uso de bem público; de Concessão de uso; de Transporte.* Outrossim, como contrato administrativo no domínio econômico, tem-se o de *Empréstimo Público*<sup>164</sup>.

Ao lado dos tradicionais figuras, surgem novas ou renovadas figuras contratuais. No âmbito de atuação no domínio público, tem-se a Concessão de obra pública; Concessão de serviço público; Gestão de serviço público. Outra grande novidade no ordenamento jurídico brasileiro são os Contratos de Gestão celebrados com as próprias entidades públicas autônomas que em alguns casos desenvolvem atividade econômica, vinculados, mais propriamente, à atuação do Estado na esfera econômica, e em outras situações também vinculados à esfera pública de atuação<sup>165</sup>.

### *Contratos de Concessão e Permissão*

Entre as principais inovações introduzidas nas técnicas contratuais, sem sombra de dúvida, estão as que foram trazidas pelas leis nº8.987/95 e nº9.074/95, que praticamente ressuscitaram o instituto da concessão de serviços públicos.

A concessão de serviços públicos não é técnica desconhecida do ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que, num determinado contexto histórico do passado, haviam concessões à iniciativa privada nos setores elétrico, ferroviário, portuário, de telefonia e no fornecimento de gás<sup>166</sup>.

---

<sup>164</sup> **José Cretella Júnior** considera o contrato de empréstimo público, *i.e.*, a captação de recursos financeiros no mercado para investimentos públicos voltados para o atendimento do interesse público, como tipicamente contrato administrativo, em face da necessidade de autorização legal e da existência de regras especiais relativas às taxas de juros não sujeitas às leis de usura e à prescrição especial (1997: 88),

<sup>165</sup> As novas figuras ou tipos contratuais são aqui trazidos e analisados com o intuito de fornecer os elementos caracterizadores do fenômeno da contratualização das relações do Estado, joeirados na teoria dos contratos administrativos, sem a preocupação de esgotar seus principais pontos de emanção, uma vez que o objetivo central deste trabalho é identificar o contrato administrativo como fenômeno atual do direito econômico.

<sup>166</sup> **Fernando Herren Aguillar** faz circunstanciada apreciação histórica sobre a regulação no Brasil, incluindo a análise sobre as concessões, compreendendo o período de Regulação Patrimonialista, que vai do Brasil Colônia até o Primeiro Império; o período da Regulação Desconcentrada, que vai do início do Segundo Império até os anos 30 do século XX; o período de Regulação Concentrada, que vai da década de 30 até o final da década de 80; e o período contemporâneo (*Controle Social de Serviços Públicos*, Max Limonad, São Paulo-SP, 1999).

Ocorre que, a partir dos movimentos encarecedores da maior intervenção estatal, principalmente a partir do término da Segunda Guerra Mundial, as antigas concessões ao setor privado foram se extinguindo pela não renovação dos contratos de concessão então vigentes, ou mesmo pela encampação ou desapropriação dos serviços pela Administração Pública.

Com o advento da Lei nº8.987/95 e da Lei nº9.074/95, ressurgiu no Brasil, com força e impulsos revigorados, a figura do contrato de concessão de serviços públicos. Em verdade, tais leis dispuseram sobre o contrato de concessão de serviços públicos, propriamente dito, bem assim, sobre o contrato de concessão de serviço público precedido de obra pública, além do contrato de permissão de serviços públicos.

Segundo **Arnoldo Wald**, *"o uso da concessão não restringe a atuação do Estado, dando-lhe, ao contrário, maior presença e eficiência, pois, como poder concedente, estabelece as formas de acordo com as quais serão colocados e/ou mantidos em funcionamento, com a devida eficiência, os serviços públicos e atendidas, adequadamente e a custo razoável, as necessidades da coletividade de usuários, com total transparência, exercendo a sua fiscalização tanto sobre as tarifas cobradas como no que se refere à qualidade dos serviços prestados ao usuário, o que não acontece atualmente, em muitos casos"* (1996, 45).

**Carmen Lúcia Antunes Rocha**, fazendo referência às formas de prestação do serviço público pelo Estado, seja pela forma centralizada da pessoa jurídica de direito público, mediante seus órgãos administrativos, seja pela forma descentralizada, quando a pessoa jurídica personaliza, destaca e retira o serviço do centro orgânico da Administração Pública, autarquizando o serviço, averba que o serviço pode ser prestado também de forma indireta, quando a entidade pública designa pessoas por ela criadas, ou terceiras, ou particulares, que se incumbem, segundo a ordem jurídica, da prestação do serviço público, sem que se transfira, modifique ou anule a titularidade juridicamente atribuída à pessoa pública, apenas delegando a prestação, o desempenho, a execução, a realização concreta e material dos serviços. Segundo a

Autora, nesta *"situação a prestação é indireta e pode ocorrer por pessoa criada pela entidade pública competente, ou por particular que se disponha a colaborar com a Administração Pública, mediante a obtenção de seus objetivos legítimos, fundamentalmente de lucro, com desempenho a que se propõe realizar em nome desta* (1996, pp.28/29).

**Maria Sylvia Zanella Di Pietro** define a concessão de serviço público como o *"contrato administrativo pelo qual a Administração delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço"* (1999: 73).

**Arnoldo Wald** entende por concessão *"o ato através do qual o Poder Público concede, a uma pessoa física ou jurídica, o direito de explorar, em seu nome e por contra própria, mediante certos encargos e obrigações, determinada atividade econômica, de interesse ou utilidade pública, durante certo período de tempo"* (1996: 50).

Sobre a natureza jurídica da concessão de serviços e obras públicas, apesar da formulação teórica que procurou explicá-la como ato unilateral do poder concedente, avulta-se entre a doutrina e a jurisprudência<sup>167</sup> que se trata de contrato entre concedente e concessionário. O objeto contratual da concessão de serviços ou obras públicas gira em torno, principalmente, das cláusulas que regem o equilíbrio econômico financeiro do contrato. Neste aspecto, a natureza contratual da concessão de serviço ou obra pública, não afasta a incidência de regulamentação por parte da Administração, na fixação do objeto do serviço ou da obra, organizando-se, unilateralmente por parte do Poder Público, as bases sobre as quais vai funcionar o serviço ou a execução das obras, já que tais ações estão circundadas pelo interesse público.

Ainda com relação à natureza contratual da concessão de serviços públicos, a Constituição de 1988, no inciso I do

---

<sup>167</sup> No julgamento do RMS 1604-3-TO, Reg. 920007016-7, 2ª T. do STJ, julg. Unânime em 16.08.93, tendo como Relator o Ministro Peçanha Martins, ficou assentado que a outorga de

parágrafo único do artigo 175, refere-se à concessão como *contrato especial*, a ser regulado por lei.

**Arnoldo Wald** traz a consideração de **Hely Lopes Meirelles** no sentido de que sobre a concessão incidem: a lei, que autoriza e delimita a amplitude da concessão; o regulamento, que estabelece as condições de execução do serviço ou da obra; e, o contrato, que transfere a execução do serviço, por delegação, ao concessionário, vencedor da concorrência (1996: 53).

A Lei Federal nº8.987/95, para os seus efeitos, em seu artigo 2º, conceitua poder concedente; concessão de serviços públicos; concessão de serviços públicos precedida de obras públicas; e permissão de serviços públicos<sup>168</sup>.

Aqui cabe fazer a distinção entre concessão de serviço público e permissão de serviço público, uma vez que são institutos distintos, mas que vieram agasalhados num mesmo diploma legal.

De acordo com **Arnoldo Wald**, "*a permissão é ato administrativo negocial, discricionário e precário, pelo qual o Poder Público faculta ao particular a execução de serviços de interesse coletivo, ou o uso especial de bens públicos, a título gratuito ou remunerado, nas condições estabelecidas pela Administração*" (1996: 53).

Pelo quanto referido, percebe-se que a permissão decompõe-se em duas situações distintas, visto que tem por

---

concessão de serviços e obras públicas tem natureza contratual, e que deve ser sempre precedida de licitação pública (Apud **Arnoldo Wald**, 1996, 52).

<sup>168</sup> Dispõe o artigo 2º da Lei nº8.987/95 que se considera: I - poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão; II - concessão de serviço público: a 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;

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: 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 da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado; IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

objeto tanto a execução de serviços públicos de interesse coletivo, quanto o uso especial de bem público<sup>169</sup>.

Conforme estatuído no artigo 2º, IV da Lei nº8.987/95, permissão de serviço público é *a delegação, a título precário, mediante licitação da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.*

Sobre a permissão no direito positivo brasileiro vigente, a doutrina pátria aponta para um certo descompasso advindo do atual tratamento constitucional dispensado à matéria. Entre estes, encontram-se juristas do porte de **Celso Antônio Bandeira de Mello, Carmen Lúcia Antunes Rocha, Maria Sylvia Zanella Di Pietro**. É que a permissão de serviço público sempre foi tida, de modo manso e pacífico, pela doutrina e pela jurisprudência, inclusive por falta de dispositividade normativa expressa, como *ato administrativo unilateral, precário e discricionário*.

Com o artigo 175 da Lei Maior e seu parágrafo único, depreende-se o entendimento de que a permissão tem natureza contratual<sup>170</sup>.

**Celso Antônio Bandeira de Mello** traz à lume este incandescente debate sobre a natureza jurídica da permissão de serviço público, apontando o descompasso dispensado pela

---

<sup>169</sup> **José Cretella Júnior**, na análise desta decomposição, elenca a *permissão simples* e a *permissão qualificada*. A primeira modalidade de permissão é a chamada permissão de uso, em que "o Poder Público investe o particular no **status** jurídico que lhe assegura o direito exclusivo de utilizar-se de um bem público, no todo ou em parte, mediante o preenchimento de determinadas condições" (1997: 208), sendo que é *ato unilateral*, no que se refere à participação da autoridade prolatora do ato, que é uma; é *discricionária*, porque cabe à Administração concedê-la ou não; é *precária* porque o interesse público poderá determinar que seja revogada, em certas condições (*ob. cit.*, 209). A Segunda modalidade de permissão "é a utilização privativa do domínio público **com empresa**, ou seja com instalações onerosas que se aprofundam no solo ou que aparelham a parte do domínio público ocupado para melhor aproveitamento do local", tais como as outorgas aos particulares para exploração de áreas, boxes ou lojas, cuja ocupação lhes é mais dispendiosa, tendo caráter menos precário porque seu objeto é a execução de serviços públicos de interesse coletivo, que exige a recuperação dos investimentos e capitais privados aplicados nas instalações. Nessa conformidade, a diferença é quantitativa e não qualitativa, pois reside na intensidade da ocupação do domínio público.

<sup>170</sup> Novamente, preceitua o artigo 175: Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. 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; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV a obrigação de manter serviço adequado.

Constituição e pela Lei nº8.987/95, bem assim na crítica severa ao tratamento dispensado pela Administração Pública ao instituto.

A vigente lei de concessões, no seu artigo 40, dispõe que *a permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos da lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente*<sup>171</sup>.

A resolução do dilema parece residir na possibilidade de decompor a permissão como ato unilateral e precário quando se

---

<sup>171</sup> Quanto à disposição referida, **Celso Antônio** discorda desta estatuição, no sentido de que não poderia ter a permissão natureza de contrato de adesão, porque a se considerar o vínculo contratual, a rescisão unilateral investe contra o equilíbrio econômico-financeiro do vínculo firmado, em face da considerável alocação de recursos materiais empreendidos pelo particular, deixando de ter o caráter precário, unilateral e discricionário. Para o Autor, a contradição é irremediável. De acordo com conceito tradicionalmente acolhido na doutrina, **Celso Antônio** define a permissão como "o ato unilateral e precário, *intuitu personae*, através do qual o Poder Público transfere a alguém o desempenho de um serviço de sua alçada, proporcionando, à moda do que faz na concessão, a possibilidade de cobrança de tarifas dos usuários" (1996: 471).

As permissões de serviços públicos são hipóteses em que não se vislumbra, *a priori*, volumosa alocação de recursos, cujo retorno dos investimentos não demandaria prazo extenso, diferentemente da concessão, que requer atuação do particular por médio e longo prazos, na expectativa de reaver os valores empregados na estruturação do serviço a ser prestado. Ocorre que o uso da permissão tem sido levado a cabo em casos que demandam grande quantidade de investimentos, o que, por si só, já ensejaria na possibilidade de que o permissionário pudesse dispor do direito de pleitear os prejuízos advindos por ocasião da rescisão unilateral do vínculo, o que resulta da transmutação da natureza do vínculo, atribuindo-se vocação contratual à relação expandida, quanto mais seja a prazo determinado.

Neste diapasão, posicionando-se em concordância com o tradicional caráter unilateral e precário da permissão, **Celso Antônio** refere-se às tendências jurisprudenciais no sentido de "aceitar que, em princípio, as permissões de serviço público não de ser consideradas como um ato precário, sem embargo de existirem situações nas quais, *in concreto*, reputa-se que haverá de lhe ser recusado tal caráter, o que ocorrerá, desde logo, quando concedida a prazo certo e mesmo em outras situações nas quais o permissionário haja incorrido em pesados investimentos e/ou venha desenvolvendo a prestação do serviço há longo tempo, bem como nas que estejam reguladas de modo a impor cerceios à livre revogabilidade" (1996, p. 476).

**Carmen Lúcia Antunes Rocha**, na observação do quanto estatuído no artigo 40 da Lei nº8.987/95, conquanto discorde do tratamento legal dispensado à matéria, vê na expressão *contrato de adesão* uma possível diferenciação entre a concessão e a permissão. Como se disse, para celebrar contrato de concessão, a Administração regulamenta unilateralmente a prestação, estabelecendo as bases e as condições da prestação do serviço adequado, e após o resultado da licitação, no momento efetivo da celebração do contrato, faz-se incluir as cláusulas relativas ao pacto remuneratório do concessionário vencedor da licitação. Ora, estas cláusulas dispõem elementarmente sobre o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, não podendo ser alteradas unilateralmente pelas partes. Na permissão, vislumbra-se como contrato de adesão, a Administração, ao regulamentar a prestação do serviço público, submete-a unilateralmente ao permissionário, não lhe sendo passível discorrer sequer sobre as cláusulas econômico-financeiras, no momento da celebração do contrato de permissão. Diz a Autora, "a natureza de contrato de adesão torna a matéria objeto da parte não regulamentar do contrato também insuscetível de negociação ou de junção de vontades das partes mediante acerto firmado entre elas, sendo todo o ajuste tão-somente posto e imposto pela entidade permitente e aceito pelo permissionário. Esse dado não o caracteriza, nem se contém no contrato administrativo pelo qual se formaliza a concessão para a prestação de serviço público" (1996: 156).

trate de uso especial de bem público deferido a particular, sujeito a instabilização unilateral do Poder Público, enquanto que diante da permissão do serviço público propriamente dita, que só se estabelece mediante a celebração de contrato, de acordo com a Lei nº8.987/95, pode haver a rescisão unilateral, porém a ensejar a reparação dos danos causados ao permissionário, a depender do nível de recursos despendidos em prol da organização do serviço. Nessa conformidade, a Administração pode instabilizar unilateralmente a relação, independentemente da vontade do particular, estando sujeita a indenizar o permissionário que não houvesse incorrido em falta que a justifique, em face da estabilidade requerida pela relação contratual firmada entre as partes, equiparada à da relação surgida no contrato de concessão.

Outra distinção entre a concessão e a permissão, é que, diferentemente da concessão de serviços públicos, a permissão de serviços públicos, apesar de estar unida à necessária e prévia licitação pública, pode ser celebrada pela Administração com pessoa física ou jurídica, enquanto que a concessão só pode ser celebrada com pessoa jurídica ou consórcio de empresas.

Em seu artigo 3º, a lei dispõe sobre a fiscalização do poder concedente responsável pela delegação, que será efetuada mediante a cooperação dos usuários. *"Somente se admite delegação na medida em que se revele como o meio mais adequado de satisfazer o interesse público - que, no caso, consiste na prestação do serviço em condições de excelência, com simultânea redução dos custos públicos e ausência de elevação de encargos para a comunidade"* (**Marçal Justen Filho**, 1997, 112). A delegação de serviço público a particular pela Administração Pública é feita tendo como base o interesse em que o serviço seja prestado de forma adequada, na mesma forma como se fosse prestado pelo Estado, ou seja, na máxima vantagem para o Poder Público, com a redução de custos; em benefício da coletividade de usuários, com a prestação eficiente e serviço adequado, satisfazendo as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas; e, também mediante a

possibilidade de que o delegatário possa auferir rendimento capaz de reembolsar, com lucro, o investimento despendido.

É neste contexto que se insere o exercício da fiscalização tanto do Poder Público quanto dos usuários, com relação às atividades do delegatário, no alcance e esmerada manutenção da qualidade do serviço.

Para o exercício da fiscalização do serviço, o diploma legal em apreço preceitua que toda concessão ou permissão pressupõe que a prestação do serviço seja adequada, traçando ainda um conceito do que seria serviço adequado<sup>172</sup>, no sentido de que sejam atendidos e satisfeitos os usuários quando da prestação e utilização dos serviços públicos.

Releva notar, que fiscalização, na forma como estruturada a nova Administração Pública, advém da atuação das agências reguladoras e executivas, que, em cada um dos respectivos setores de atuação, mantêm competências específicas para regulamentar e fiscalizar o exercício das atividades da iniciativa privada, inclusive na imposição de sanções regulamentares, em sendo o caso<sup>173</sup>.

---

<sup>172</sup> 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.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

<sup>173</sup> De tal modo, no que diz respeito ao setor de energia elétrica, a teor do que dispõe o artigo 2º da Lei nº9.427/96, a ANEEL tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.

Com relação ao setor de telecomunicações, a criação e organização da ANATEL visou atribuir-lhe a função reguladora das telecomunicações, competindo-lhe celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções, na forma dos artigos 8º e 19, VI da Lei nº9.472/97.

Assim também, no que concerne ao setor de combustíveis fósseis e gás natural, foi criada a ANP, como órgão regulador da indústria do petróleo, tendo como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, consoante artigos 7º e 8º da Lei nº9.478/97.

Finalmente, a Lei nº9.782/99, que criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, de acordo com seu artigo 6º, dispôs que a ela cabe a finalidade de promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras.



O artigo 30 da Lei de Concessão prevê que no exercício da fiscalização, o poder concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária, podendo realizar-se a fiscalização do serviço por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários.

Assim, após a visão sobre os principais aspectos das concessões e permissões, nesse diapasão, tem-se que os contratos de concessão e permissão só têm aplicabilidade às atividades em que o permissivo constitucional prevê a exploração de serviço público, diretamente pelo Estado ou através da celebração de tais pactos contratuais, *i.e.*, serviços públicos próprios ou serviços de interesse geral exclusivos de Estado.

### *Contratos de Gestão*

No direito brasileiro surge ainda, como novo tipo de contrato administrativo que vem a sufragar o processo de implementação da atual concepção de Estado, o denominado Contrato de Gestão.

**Maria Sylvia Zanella Di Pietro** observa que a "*busca pela modernização da Administração Pública levou à utilização dos chamados contratos de gestão como forma de ajuste entre os vários tipos de entidades estatais e não estatais*" (1999: 187). Revela ainda a dificuldade de discorrer sobre o tema principalmente em função de ser novidade no direito brasileiro, sendo pouco tratado pela doutrina e praticamente inaplicado no âmbito judicial.

Tal figura contratual possui atualmente duas feições distintas. A primeira está ligada à descentralização de serviços de

interesse geral não exclusivos do Estado<sup>174</sup>, modalidade envolta em vários e severos questionamentos sob o ponto de vista de sua adequação ao ordenamento jurídico vigente no Brasil. A segunda verte-se para os contratos celebrados com os próprios órgãos e entidades da administração direta e indireta, modalidade que também é alvo de críticas, notadamente pela inexistência, até a atualidade, de diploma legal que disponha sobre a matéria, conforme previsão constitucional.

O Contrato de Gestão, na descentralização de serviços de interesse geral não exclusivos do Estado, está previsto na Lei Federal nº9.637, de 15 de maio de 1998<sup>175 176 177</sup>. Sua sistemática compreende a qualificação como *organização social* de uma pessoa jurídica de direito privado, de utilidade pública e sem fins lucrativos, para exercer atividades nas áreas de ensino; pesquisa científica; desenvolvimento tecnológico; proteção e preservação do meio ambiente; cultura e saúde, sendo que a qualificação implica em declaração de interesse social e de utilidade pública (art. 11).

Muito antes da promulgação da nossa Lei Fundamental de 1988, os textos constitucionais já dispunham que a execução da saúde estaria a cargo do Estado, de terceiros ou de pessoa física ou jurídica de direito privado, e, a teor desta previsão, é que foram implementados os chamados *contratos de gestão*, visando a “descentralização de serviços não exclusivos do Estado” (*Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado*), através das *Organizações Sociais*, instituídas em caráter nacional pela Lei nº9.637/98.

---

<sup>174</sup> Após as considerações antes delineadas, adota-se aqui a expressão ***serviço de interesse geral não exclusivo de Estado***.

<sup>175</sup> O Estado da Bahia, já em 29 de janeiro de 1997, promulgou a Lei nº7.027 que instituiu o Programa Estadual de Incentivo às Organizações Sociais.

<sup>176</sup> A Lei nº9.427/96 já previu a assinatura de contrato de gestão entre a administração da ANEEL e o Poder Executivo da União, devendo ser o instrumento de controle da atuação administrativa da autarquia e da avaliação do seu desempenho e elemento integrante da prestação de contas do Ministério de Minas e Energia, e ainda, prevendo a indicação, nos programas anuais de trabalho, indicadores que permitam quantificar, de forma objetiva, a avaliação do seu desempenho (art. 7º).

<sup>177</sup> Foi proposta Ação Direta de Inconstitucionalidade pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ( CF 103 , VII ), sob nº1943 -1, contra o Presidente da República, tendo como Relator o Min. Ilmar Galvão, questionando a constitucionalidade da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, encontrando-se atualmente aguardando julgamento desde 23/02/1999 (Fonte: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br), em 10/01/01).

Com relação à questão da qualificação da entidade como Organização social, tem-se que são inteiramente livres os critérios e requisitos destinados ao administrador público para estipulação da qualificação, constituindo-se verdadeira discricionariedade em favor da administração (art. 1º). Verifica-se o não esgotamento das normas de conduta do administrador pelas prescrições normativas com relação à qualificação da entidade como Organização social, deixando margem para atuar segundo o mérito administrativo, *i.e.*, critérios de conveniência, oportunidade, economicidade, justiça e equidade, que nem sempre permitirão o atendimento mínimo dos critérios erigidos pelo princípio da igualdade, notadamente entre interessados em se qualificar como entidade, sem a necessidade de licitação prévia para qualificação da entidade como Organização social. Neste particular, conforme aponta ***Maria Sylvia Zanella Di Pietro*** fica ao arbítrio do poder público quanto à escolha da entidade qualificada como organização social.

Sobre a discricionariedade, ***Diogo de Figueiredo Moreira Neto*** afirma que *"é a qualidade da competência cometida por lei à Administração Pública para definir, abstrata ou concretamente, o resíduo de legitimidade necessário para integrar a definição de elementos essenciais à prática de atos de execução voltados ao atendimento de um interesse público específico"* (1998 b, p. 33).

Por outro lado, a Lei nº9.648, de 27 de maio de 1998, que alterou a Lei de Licitações, ergue privilégio legal em favor das organizações sociais ao dispor que é hipótese de dispensa de licitação, *a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão* (art. 24, XXIV)<sup>178</sup>.

---

<sup>178</sup> Foi proposta Ação Direta de Inconstitucionalidade pelo Partido dos Trabalhadores – PT e Partido Democrático Trabalhista – PDT ( CF 103 , VIII ) sob nº1923-5, contra o Presidente da República e o Congresso Nacional, tendo como Relator o Min. Ilmar Galvão, questionando os Arts. 001º a 022 da Lei nº 9637 , de 15 de maio de 1998 e a Lei nº 9648, de 27 de maio de 1998 , resultante da aprovação pelo Congresso Nacional de projeto de lei da Conversão à Medida Provisória 1648-7, de 23 de abril de 1998, editada originalmente sob o nº1591 de 09 de outubro de 1997, à qual, após o Relatório, teve o julgamento adiado por indicação do Senhor

Neste aspecto, é inevitável afirmar que tal disposição, no afã de propiciar maior agilidade e flexibilidade ao processo de busca da eficiência na Administração Pública, viola o preceito constitucional da igualdade, seja a igualdade genérica prevista no *caput* do artigo 5º da Lei Instauradora, assim como também os conteúdos que conformam o princípio da isonomia contidos em outras passagens do texto constitucional<sup>179</sup>, devendo haver exigência de licitação para escolha da entidade.

A igualdade, nesse passo, tem sede constitucional, expressamente reconhecida pela própria lei de licitações públicas, de acordo com o que preceitua o seu artigo 3º<sup>180</sup>, e expressa a idéia de que a Administração deve dar tratamento uniforme para situações uniformes, fazendo distinção entre os particulares somente no que diz respeito às condições para contratação e à melhor proposta, afastando-se, por seu turno, arbitrariedades na seleção do contratante, dadas, inclusive, as práticas reiteradas de favorecimento de grupos econômicos em nosso país.

**Eros Roberto Grau** afirma que a "*licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia*". E adianta que seu

---

Ministro Ilmar Galvão (Relator) - Plenário, 24.06.1999. No prosseguimento do julgamento, e após o voto do Senhor Ministro Ilmar Galvão (Relator), indeferindo o pedido de medida liminar, o julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista formulado pelo Senhor Ministro Nelson Jobim - Plenário, 05.08.1999, estando aguardando julgamento desde 05/08/1999 (Fonte: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br), em 10/01/01).

<sup>179</sup> "Art. 5º 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 (...): X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado".

Art. 37. 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:

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observando o disposto no art. 5º, X e XXIII; III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

<sup>180</sup> O artigo 3º prevê que a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da

fundamento baseia-se no *princípio republicano*, pois "*dele decorre, na abolição de quaisquer privilégios, a garantia formal da igualdade de oportunidade de acesso a todos, não só nas contratações que pretenda a Administração avançar, mas também, aos cargos e funções públicas*" (1995: 14).

Com relação à dispensa de licitação para a qualificação das organizações sociais, ***Maria Sylvia Zanella Di Pietro*** averba que se "*a intenção é extinguir um ente público e deixar que sua atividade seja absorvida por entidade privada, a escolha desta não poderia prescindir de licitação ou de outro procedimento adequado para assegurar o princípio da isonomia entre os possíveis interessados*" (1999: 204).

Na lei que disciplinou as organizações sociais no âmbito federal, de acordo com ***Maria Sylvia Zanella Di Pietro***, falta ainda a exigência de demonstração de idoneidade financeira e qualificação técnica para empreender a administração de recursos públicos, como se exige em qualquer contrato administrativo, pois se "*para celebrar um contrato de fornecimento de bens ou de prestação de serviços ou de obra pública se exige a habilitação prévia do licitante, não tem sentido que todo um patrimônio público seja posto em mãos de entidade privada, sem qualquer exigência nesse sentido*" (*loc. cit.*).

Na verdade, para a Autora, a qualificação da entidade como organização social implica simplesmente na atribuição de uma nova roupagem para algo preexistente, pois as entidades são constituídas com o objetivo único de se habilitarem como organizações sociais e continuam a exercer a mesma atividade antes empreendida, porém vertem-se em verdadeiras entidades fantasmas (sem sede, sem patrimônio e sem vida própria) vivendo em função de um contrato de gestão (*ob. cit.*, 203).

E ainda segundo a Autora, quanto ao regime dos trabalhadores das organizações sociais, não faz sentido a ausência na lei de limitações salariais; mudança do regime estatutário, concurso público, teto salarial, acumulação de cargos e salários

---

impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da

(*loc. cit.*), tendo em vista as imposições e limitações constitucionais existentes.

A Autora assevera ainda ser necessário que sejam obedecidos os ditames constitucionais e legais dos contratos de gestão relativos às organizações sociais, adequando a utilização da figura contratual ao ordenamento jurídico pátrio vigente, neste aspecto, totalmente contrastante e incompatível, no sentido de que deva haver exigência de licitação para escolha da entidade; comprovação de existência da entidade, da sede, de patrimônio, de capital e outros requisitos para que uma pessoa jurídica se constitua validamente; exigência de demonstração de idoneidade financeira e qualificação técnica; submissão aos princípios de licitação; limites salariais, quando dependentes de recursos públicos para pagamento de empregados; prestação de garantia, como em todos os contratos administrativos (1999: 204).

No que concerne à implementação dos denominados Contratos de Gestão no direito brasileiro, **Di Pietro** faz também um pontual questionamento no sentido de que tais figuras são incompatíveis com as razões apontadas para reformulação da concepção atual do Estado. É que segundo o Plano Diretor de Reforma do Aparelho de Estado, criar-se-ia o Programa Nacional de Publicização, visando a publicização de atividades exercidas por entidades de direito privado. Ora, o programa das organizações sociais instituído prevê a **"absorção de atividades desenvolvidas pelos órgãos ou entidades públicas da União"**, por organizações sociais (pessoa jurídica de direito privado, de utilidade pública e sem fins lucrativos) (*ob. cit.*: 201). Neste particular, tendo o *Plano Diretor de Reforma do Estado* previsto, apesar da utilização da expressão "publicização", através da instituição da descentralização de serviços não exclusivos de Estado, ou seja, "*sua transferência do setor estatal para o público não-estatal, onde assumirão a forma de organizações sociais*", verifica-se patentemente que, no interior do programa legal de instituição de organizações sociais para exploração de serviços não

---

vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

exclusivos de Estado, o objetivo é transferir para o setor privado a prestação de serviços de interesse geral antes prestados pelo Estado, conformando verdadeiro e diferenciado *processo de privatização*.

Com relação ao conceito de Contrato de Gestão, para os efeitos da lei, tem-se que é *o instrumento firmado entre o Poder público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução das atividades relativas às áreas referidas* (art. 5º), devendo conter estipulação expressa sobre atribuições; responsabilidades e obrigações das partes.

Na celebração dos contratos de gestão, deverão ser observados os princípios da Administração Pública previstos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, sobranceiramente a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, notadamente também, conforme expressão da lei, a economicidade, além de previsões específicas que disponham sobre: programa de trabalho; metas; prazos de execução (art. 7º).

A Lei nº9.637/98 prevê os critérios básicos para estruturação do Conselho de Administração da entidade a ser qualificada como Organização Social, de acordo com o artigo 3º <sup>181</sup>,

---

<sup>181</sup> Art. 3º O conselho de administração deve estar estruturado nos termos que dispuser o respectivo estatuto, observados, para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, os seguintes critérios básicos: I- ser composto por: a) 20 a 40% (vinte a quarenta por cento) de membros natos representantes do Poder Público, definidos pelo estatuto da entidade; b) 20 a 30% (vinte a trinta por cento) de membros natos representantes de entidades da sociedade civil, definidos pelo estatuto; c) até 10% (dez por cento), no caso de associação civil, de membros eleitos dentre os membros ou os associados; d) 10 a 30% (dez a trinta por cento) de membros eleitos pelos demais integrantes do conselho, dentre pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral; e) até 10% (dez por cento) de membros indicados ou eleitos na forma estabelecida pelo estatuto; II - os membros eleitos ou indicados para compor o Conselho devem ter mandato de quatro anos, admitida uma recondução;

III - os representantes de entidades previstos nas alíneas "a" e "b" do inciso I devem corresponder a mais de 50%(cinquenta por cento) do Conselho; IV - o primeiro mandato de metade dos membros eleitos ou indicados deve ser de dois anos, segundo critérios estabelecidos no estatuto; V - o dirigente máximo da entidade deve participar das reuniões do conselho, sem direito a voto; VI - o Conselho deve reunir-se ordinariamente, no mínimo, três vezes a cada ano e, extraordinariamente, a qualquer tempo; VII - os conselheiros não devem receber remuneração pelos serviços que, nesta condição, prestarem à organização social, ressalvada a ajuda de custo por reunião da qual participem; VIII - os conselheiros eleitos ou indicados para integrar a diretoria da entidade devem renunciar ao assumirem funções executivas.

estando prevista proibição expressa de remuneração aos conselheiros (inciso VII do citado artigo).

A fiscalização da execução dos termos do contrato será feita por órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente, estando a entidade qualificada sujeita a prestação de Relatório de atividades ao término de cada exercício ou conforme o interesse público o exija, contendo comparativo das metas estipuladas e os resultados alcançados acompanhado da respectiva prestação de contas.

O citado diploma legal prevê a hipótese de responsabilidade solidária dos dirigentes de órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente e integrantes das comissões de avaliação, se não derem conhecimento e publicidade, em face de irregularidades e/ou ilegalidades verificadas no exercício da atividade.

Dispõe a Lei em comento sobre a possibilidade de que seja encaminhada representação ao Ministério Público, à Advocacia Geral da União – AGU e à Procuradoria da entidade respectiva para seqüestro de bens dos dirigentes e indisponibilidade dos bens da entidade qualificada em caso de malversação dos bens e recursos públicos.

No fomento às atividades sociais desenvolvidas pelas entidades qualificadas como organizações sociais, além do fato de que a qualificação implica em declaração de interesse social e de utilidade pública, há a possibilidade de que haja destinação de recursos orçamentários e bens públicos para cumprimento do contrato, sendo estipulada cláusula de permissão de uso de bem público no próprio contrato de gestão. Encontra-se ainda a permissibilidade de que sejam cedidos em caráter especial servidores públicos às organizações sociais, com ônus para a origem.

A desqualificação pelo descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão, observadas a ampla defesa e o contraditório, implica também na reversão dos bens e valores entregues à utilização da organização social.



Com relação à desqualificação, cabe indagar, se esta pode ser efetuada com base no descumprimento das metas? De acordo com o artigo 7º da Lei nº9.637/98, o contrato de gestão deverá conter *a especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, a estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade, bem assim, a estipulação dos limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções.* Nesse caso, havendo previsão expressa das metas a serem alcançadas e dos prazos para sua efetivação, diante da constatação de que elas não foram alcançadas, cabe a aplicação da desqualificação, na forma do artigo 16 da referida lei.

Prevê ainda a lei supra mencionada, a responsabilização pessoal dos dirigentes da entidade qualificada como organização social pelo danos causados e prejuízos decorrentes de ação ou omissão.

Finalmente, dispõe a lei, a dispensa de licitação para prestação de serviços às organizações sociais, para as atividades contempladas no contrato de gestão, publicando-se as normas regulamentares para contratação de obras e serviços e para compras da entidade.

Com relação à segunda feição antes pontuada, exsurge o Contrato de Gestão em que são partes os órgãos e entidades da Administração direta e indireta.

A Emenda 19, de 4 de junho de 1998, introduziu o § 8º do art. 37 da C.F., prevendo que *a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: o prazo de duração do contrato; os controles e critérios de avaliação de desempenho,*

*direitos obrigações e responsabilidade dos dirigentes; a remuneração do pessoal.*

A teor da disposição constitucional retro, **Alexandre de Moraes** afirma que há necessidade de lei genérica, que estabelecerá o grau, os limites e a forma de ampliação da autonomia, e de lei específica prévia para cada futuro contrato, in concreto, dispondo sobre *o prazo de duração do contrato; os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos obrigações e responsabilidade dos dirigentes; a remuneração do pessoal*<sup>182</sup>.

Tais formas de ajustes já se encontram implementados em diversos países, podendo ser encontrado, no direito

---

<sup>182</sup> A Portaria do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado nº895, de 16 de abril de 1998, constituiu comissão de juristas, coordenada por **Caio Tácito**, para elaborar anteprojeto de lei que disciplina o contrato de gestão na administração pública federal. A teor do texto elaborado e apresentado à então Ministra Cláudia Costin, em 03 de novembro de 1998, as principais características do anteprojeto são as seguintes: a) dispõe que a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta da União poderá ser ampliada mediante a celebração de contrato de gestão, fixando metas de desempenho para o órgão ou entidade, sem tratar especificamente da autonomia e seus critérios de ampliação; firma entendimento sobre o contrato de gestão, como sendo o compromisso formalizado em instrumento firmado por administradores dos órgãos e entidades da administração direta e indireta e as autoridades que sobre eles tenham poder hierárquico ou de supervisão, no sentido de ampliar, quando legalmente permitido, a autonomia gerencial, orçamentária e financeira daqueles órgãos ou entidades; define órgão, entidade e administrador; os objetivos essenciais do contrato de gestão são a fixação de metas de desempenho, visando maior eficiência na aplicação dos recursos e a adequação dos resultados aos planos e políticas públicas, aperfeiçoar as relações de cooperação, supervisão, fiscalização e controle entre os contratantes para facilitar a efetiva melhoria de qualidade de gestão, bem assim facilitar os meios de controle social quanto à observância das metas fixadas; ao contrato de gestão se aplicam os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência; na elaboração do contrato de gestão, deverão ser observadas as especificações sobre o objeto e finalidades do contrato, metas e objetivos a serem atingidos, prazos de consecução e indicadores de desempenho, cronograma de desembolso dos recursos financeiros, obrigações e responsabilidades dos contratantes em relação aos objetivos e metas definidos compromissos dos intervenientes, quando for o caso e normas sobre remuneração de pessoal; o contrato deverá dispor sobre as condições em que poderá ocorrer a cessão de uso de bens públicos móveis e imóveis para a consecução dos objetivos e metas previstas; na execução e fiscalização do contrato devem ser atendidas a fixação de uma sistemática de avaliação da execução do contrato, a previsão expressa de critérios objetivos de avaliação de desempenho utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade, o estabelecimento de sistemática de acompanhamento e avaliação de resultados, constituição de Comissão de Avaliação e definição de sem papel; quanto à vigência do contrato, dispõe que este deverá ter duração mínima de um ano e máxima de cinco anos; dispõe sobre hipóteses de suspensão, rescisão ou resolução do contrato; dispõe que, caso hajam indícios de malversação de bens e recursos de origem pública, seja encaminhada pelos agentes incumbidos da fiscalização do contrato de gestão representação aos órgãos competentes para adoção de medidas administrativas ou judiciais, visando à proteção do patrimônio público e a punição dos infratores, sob pena de tornarem solidariamente responsáveis; para cumprir o princípio da publicidade dos atos administrativos, no prazo de dez dias a parte com poder hierárquico ou de supervisão fará publicar no Diário Oficial da União a íntegra do contrato de gestão e em dois jornais de circulação nacional, seu extrato; finalmente, dispõe a aplicação subsidiária da Lei nº9.637/98.

comparado, o "nosso contrato de gestão" com diversas denominações. No direito francês, encontra-se os *contratos de programa; contratos de empresa; contratos de plano; contratos objetivos* (**Di Pietro**, 1999, 188), variando os seus conteúdos de acordo com a finalidade específica da atividade e da busca do resultado a ser obtido.

Esta segunda feição do contrato de gestão, tem por objeto a fixação de metas de desempenho, bem como a ampliação da autonomia gerencial, financeira e orçamentária, estando sujeita à observância dos princípios da Administração Pública (caput artigo 37 da C.F.), com o objetivo de torná-la mais eficiente no desempenho de suas atividades, seja sob o ponto de vista da prestação de serviços públicos ou do exercício de atividade econômica. É que com a fixação de metas de desempenho para os órgãos e entidades da administração, na realização de suas atribuições, pode-se extrair maior compromisso do seus administradores, responsáveis legais pela direção do órgão ou entidade, tendo a Administração Superior melhor controle quantitativo e qualitativo dos resultados alcançados.

Quanto às características elementares da natureza do contrato de gestão nesta segunda feição, **Maria Sylvia Zanella Di Pietro** averba, com razão, que nos contratos entre os órgãos da administração direta, pela falta de personalidade jurídica dos órgãos, não há características de contrato, e sim quando muito **termo de compromisso**, dado que os órgãos são meramente centros de competência para o desempenho de certas funções estatais, enquanto que nos contratos com a administração indireta não há interesses contrapostos, e sim simples **convênios** (1999: 197), porque inviável admitir círculos de competência e atribuições, interligados pelos mesmos objetivos, estarem voltados para interesses conflitantes, contrapostos, ou mesmos antagônicos.

Conforme asseverado na obra de **Hely Lopes Meirelles**, tal figura não se trata de um contrato propriamente dito, porque não há interesses contraditórios, tratando-se "mais de um **acordo operacional** – acordo de Direito Público – pelo qual

*o órgão superior da Administração direta estabelece, em conjunto com os dirigentes da entidade contratada, o programa de trabalho, com a fixação de objetivos a alcançar, prazos de execução, critérios de avaliação de desempenho, limites para despesas, assim como o cronograma da liberação dos recursos financeiros previstos” (1999: 306)*

Na referida obra, com relação ao contrato de gestão com os órgãos da Administração direta, sem personalidade jurídica e vontade própria, tem-se a afirmação de que também a efetivação da contratação com os administradores do órgão parece inviável, visto que tais agentes já são servidores públicos e estão submetidos ao respectivo regime de trabalho, podendo-se **“admitir, na forma que dispuser a lei, é a existência de um acordo de programa que viesse a permitir certa autonomia do órgão”**(*ob. cit.*, 307).

Em verdade, os ajustes firmados entre os órgãos ou entidades da administração direta ou indireta não se aplicam comportadamente à técnica contratual, em face de que nesta os interesses são sempre contrapostos, conforme antes afirmado<sup>183</sup>, enquanto que naqueles não se pode admitir, entre os componentes da mesma pessoa jurídica ou da Administração direta e indireta, a existência de interesses diversos. Caberia ao legislador empregar uma denominação mais aceitável, cujo conteúdo do ajuste, estando de acordo com a consensualidade e a busca da eficiência, não agredisse a consagrada técnica jurídica. Todavia, nos moldes como foi inserido no ordenamento jurídico, é de se afirmar que o contrato de gestão é tipicamente um contrato administrativo, por estar totalmente sujeito ao regime jurídico de direito público.

Outra situação relevante, é que mesmo estando autorizado pela Constituição, o aumento da autonomia administrativa não pode desbordar os limites fixados em lei, ou

---

<sup>183</sup> **Maria Sylvia Zanella Di Pietro**, citando **José Horácio Meireles Teixeira** (RDP 6/115-166), dilucidando a teoria geral dos contratos, no que diz respeito a advir da teoria geral do direito, traça as seguintes considerações: a) Acordo voluntário de vontades, indissolúvelmente ligadas uma à outra, reciprocamente condicionante e condicionada, coexistentes no tempo, formando uma vontade contratual unitária; b) Os interesses e finalidades visados pelas partes apresentam-se contraditórios e opostos, condicionando-se reciprocamente, uns como causas

seja, embora seja tolerado constitucionalmente uma flexibilização da gestão pública pela via contratual, esse flexibilização não pode contrariar os princípios legais e constitucionais em vigor (**Aguillar**, 1999, p. 244), faltante a lei que disciplina a forma como pode ser dilargada a autonomia gerencial, orçamentária e financeira.

Neste passo, o contrato de gestão, por suas características eminentemente um contrato administrativo, pode ser utilizado e celebrado envolvendo em quaisquer atividades desempenhadas pelo Poder Público de forma descentralizada. Quando se tratar de descentralização de serviços não exclusivos de Estado, será o contrato de gestão nos moldes dos que são utilizados para as organizações sociais. Quando se tratar da prestação de serviço público, será o contrato que prevê o aumento da autonomia, gerencial, orçamentária e financeira de órgãos ou entidades da Administração.

Releva notar ainda, que quando da instituição da figura do contrato de gestão, seja sob o aspecto da descentralização de serviços não exclusivos de Estado, seja no que pertine aos órgãos ou entidades da administração direta e indireta, tendo como intento a busca da eficiência na administração pública, de forma a fornecer meios de perquirir os resultados da/na gestão pública, apesar das deficiências dos modelos implantados e da inexistência de traços mais definitivos que carecem ainda de desenvolvimento e implementação, fica evidente o traço marcante da contratualização das relações do Poder público com os particulares.

Após o exame dos novos tipos contratuais, é de se ressaltar porém que, no Brasil, o fenômeno da *consensualidade*, notadamente através da contratualização das relações do Estado com os particulares, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, tem sido implementado, em alguns casos, sem a devida observância da melhor técnica jurídica, sem a necessária adequação das mudanças aos institutos já existentes, bem assim

---

dos outros; c) Produção de efeitos jurídicos para ambas as partes, ou seja, criação de direitos e

investindo contra conceitos tradicionais da doutrina e de assentamentos jurisprudenciais, conforme demonstrado. Entendendo que o emprego da técnica de contratualização das relações do Estado com os particulares tem sido uma das tônicas da atual concepção estatal, depreende-se, logicamente, que deve haver uma perfeita adequação com o ordenamento jurídico-constitucional vigente, evitando-se incompatibilidades, tendo em vista a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade pelos Tribunais.

Note-se, demais disto, que o Brasil optou também por inserir em seu ordenamento jurídico, normas que prevêm mais amplamente a chamada *consensualidade* entre a Administração Pública e os administrados, seja através de novas figuras contratuais ou de sistemas de transferência do exercício de certas atividades a cargo do ente estatal para entes da sociedade, regidas predominantemente sob o regime de direito privado, tais como a termos de parceria<sup>184</sup>, franquias, terceirização, a prestação de serviços mediante cooperativas prestadoras de serviços públicos, bem assim através da gestão associada dos entes federados através de convênios e consórcios<sup>185</sup>.

## 7.2- TENDÊNCIAS ATUAIS

### *O Contrato Administrativo como fenômeno atual do Direito Econômico*

Na reflexão sobre as tendências atuais da contratualização, surge como objetivo pontual, e ao mesmo tempo

---

obrigações recíprocas para os contratantes (1996:211).

<sup>184</sup> A Lei Federal nº9.790, de 23 de março de 1999, instituiu o *termo de parceria*, definindo-o como o instrumento a ser firmado pelo Poder Público e as entidades qualificadas como *Organização da Sociedade Civil de Interesse Público* destinado à formação de vínculos de cooperação entre as partes, para fomento e execução das atividades de interesse público.

<sup>185</sup> A Emenda Constitucional nº19/98 modificou a redação do artigo 241 da constituição prevendo que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

circundante do presente estudo, identificar o contrato administrativo como fenômeno atual do Direito Econômico.

Infirmadas as bases sobre as quais repousam os traços essenciais do *Direito Econômico*, como ramo do direito autônomo, imbuído de solidez e unidade, voltado para a disciplina da intervenção do Estado na economia, seja em relação à sua própria atuação no exercício direto da atividade econômica, seja em relação à conformação da atuação econômica dos particulares, no que concerne ao contrato administrativo propriamente dito, em que a Administração Pública celebra pacto com os particulares para fornecimento de utilidades em seu interesse, ou realização de determinada atividade de forma delegada, é de se verificar que a relação jurídica oriunda do ato, principalmente em relação à segunda situação, implica em hipótese de intervenção estatal na economia.

No sentido revelado, tem-se que a contratualização se verifica tanto sob o ponto de vista do domínio público, *v.g.*, nos contratos de Concessão de obra pública; Concessão de serviço público; Gestão de serviço de interesse geral, quanto sob o ponto de vista do domínio econômico, *v.g.*, Gestão de órgãos e entidades da administração indireta, basicamente.

Infere-se que a instituição da técnica do contrato de concessão de serviço precedido ou não de obra pública e a permissão de serviço público provém da adoção de novos meios de promover a intervenção do Estado na economia, de forma indireta, porém mantendo-se o arcabouço de formas de fiscalização e controle do Poder Público sobre a atividade delegada.

Mesmo sabendo que só pode ser objeto do contrato de concessão ou de permissão de serviço público, a atividade que se circunscreve no âmbito de atuação do Estado no domínio público, conforme antes demonstrado, tratando-se essencialmente de delegação de serviço público próprio do Poder Público, o exercício da atividade por parte da iniciativa privada, é feito mediante seus próprios esforços, *i.e.*, por sua conta e risco, estando sujeito ao regime jurídico privado, o que, portanto, caracteriza o exercício da

atividade econômica com fito de lucro, atividade econômica privada de interesse público <sup>186</sup>.

Desta feita, caracterizado está que os contratos de concessão e permissão são meios indiretos de que dispõe o Estado para intervir na economia. *Primo*, porque o concessionário mobiliza-se economicamente para desempenhar a função delegada de Poder Público, destinando recursos para alocação no setor público; *secundo*, porque o particular age com fito de lucro no empreendimento da atividade prestacional do Estado; *tertio*, e finalmente, porque a Administração Pública possui meios jurídico-legais para exercer total controle e fiscalização sobre o desempenho da atividade do particular na prestação do serviço de interesse público.

Assim, como nas concessões e permissões, o particular, na qualidade de concessionário ou permissionário, vai exercer atividade com fito de lucro, realizando eminentemente atividade econômica. Todavia, estará sujeito à autorização para reajustamento de tarifas, encampação do serviço ou da obra, sanções, penalidades, suspensão, rescisão, inclusive, em alguns casos, de forma unilateral por parte da Administração Pública.

---

<sup>186</sup> Em outro sentido: MS 5307/DF; (1997/0054287-4) DJ 02/08/1999 pg.:00127 RSTJ vol.:00124 pg.PG:00041 Rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO (1095) Ementa: CONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVO. SERVIÇOS DE RADIODIFUSÃO SONORA. TELEVISÕES EDUCATIVAS. PERMISSÃO. LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS (ART. 175). INAPLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS DA LIVRE INICIATIVA. CARÁTER ESPECIAL DO CONTRATO DE PERMISSÃO. Os serviços de radiodifusão sonora de sons e imagem e demais serviços de telecomunicações constituem, por definição constitucional, serviços públicos a serem explorados diretamente pela União ou mediante concessão ou permissão, cabendo à lei dispor sobre a licitação, o regime das empresas concessionárias e permissionárias e o caráter especial do respectivo contrato (art. 175, parágrafo único, I, do C. Federal). Esses serviços públicos (radiodifusão sonora), quando delegados a terceiros, mediante permissão, tem como suporte jurídico um contrato de caráter especial e regido por regras de direito público, consoante determinação constitucional (Lei nº 8.987/95, art. 1º). As condições básicas desse contrato são impostas ao particular, segundo disciplinamento consignado em lei e é a Administração que delimita os tópicos acerca dos quais poderá haver manutenção dos particulares firmatórios da avença. As TVs educativas, cujos serviços que exercem são regidos por normas de direito público e sob regime jurídico específico, não desenvolvem atividades econômicas sob regime empresarial e o predomínio da livre iniciativa e da livre concorrência e não estão jungidas ao sistema peculiar às empresas privadas, que é essencialmente lucrativa. Não se inclui no conceito de atividade econômica, aquela que a Constituição qualificou como serviço público, ainda que potencialmente lucrativa (v.g. serviços de radiodifusão sonora), mas, se sujeita a uma disciplina cujo objetivo é realizar o interesse público. Ao impedir qualquer restrição à criação, à expressão e à informação sob qualquer forma ou veículo, a Constituição não interfere na atividade das TVs (Televisões Educativas), que prestam serviço público, sob condições especiais, nem derogou o Decreto-lei nº236/67. Segurança denegada. Voto vencido.



Neste contexto, sob o ponto de vista do domínio econômico, o contrato administrativo também desempenha relevante papel na intervenção econômica estatal, uma vez que sujeita ao controle do Estado o particular a ele vinculado pela via da contratação administrativa.

**Arnoldo Wald** afirma que a "*flexibilidade do Direito Administrativo contemporâneo, no setor econômico e particularmente, nos aspectos referentes às relações negociais mantidas pelo Estado com os particulares, com vistas à execução de obras vinculadas às concessões de serviços públicos é um dos traços essenciais do Direito Administrativo-Econômico hodierno*"(1996:39).

Outrossim, cabe classificar os contratos de gestão, distintamente situados, com relação ao fornecimento de meios para que o Estado intervenha na economia, com o intuito de auferir se a instituição da técnica do contrato de gestão provém da adoção de novos meios de promover a intervenção do Estado na economia.

No que concerne à descentralização de serviços de interesse geral não exclusivos de Estado, os contratos de gestão desta espécie não podem ser considerados como instrumentos de intervenção do Estado na economia, porque, quando da constituição da Organização social para este fim, não há a previsão de auferimento de lucro, *i.e.*, as entidades qualificadas como organizações sociais por determinação legal não têm fins lucrativos, bem assim porque na maioria dos casos são constituídas com o objetivo único de se habilitarem como organizações sociais, porém sem patrimônio próprio, vivendo em função de um contrato de gestão. Neste sentido, não há alocação junto ao mercado privado de recursos monetários para implementação do intento.

Com relação ao fornecimento de autonomia gerencial, orçamentária e financeira a órgãos e entidades da administração

---

Sob o ângulo jurídico, a prestação de serviços públicos na forma do artigo 175 da C.F não é atividade econômica em sentido estrito, contendo, porém, os elementos intrínsecos do exercício de atividade econômica em sentido amplo.

direta e indireta em troca de resultados anteriormente fixados, os contratos de gestão, quando celebrados com os órgãos administrativos, não implicam em formas de intervenção do Estado na economia, mesmo que indireta, porque suas atribuições normalmente estão ligadas às funções estatais, e nesse sentido, a celebração do contrato se vincula aos resultados obtidos no aprimoramento da execução de suas atribuições. Todavia, quando os contratos de gestão são celebrados com entidades da administração indireta, notadamente empresas públicas e sociedades de economia mista, por natureza constitucional empreendedoras de atividade econômica, o aprimoramento do exercício de suas atribuições através de melhores resultados, conseqüentemente do lucro obtido e da minoração das despesas, implica numa forma direta de intervenção estatal, pois irá necessariamente influir nas condições do mercado. Acorre ainda a circunstância de que aos contratos de gestão aplica-se o princípio da economicidade, que se volta para a orientação da atuação administrativa de forma menos onerosa possível.

Em síntese, o movimento tendente à contratualização das relações do Estado com os particulares, faz com que se vislumbre efetivamente o contrato administrativo como fenômeno atual do direito econômico, no que concerne aos contratos de concessão e permissão, bem como em relação ao contrato de gestão celebrado entre as entidades da administração indireta, notadamente as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Exclui-se, porém, a possibilidade de que se venha a observar a mesma característica no contrato de gestão com vistas à descentralização de serviços de interesse geral e naquele celebrado com órgãos integrantes da Administração Central.

Assim, a tarefa de identificar o contrato administrativo como fenômeno atual do direito econômico encontra-se concluída, guardadas as peculiaridades de cada figura contratual, trazidas à lume, nos últimos tempos, ao ordenamento jurídico brasileiro, podendo-se fixar esta circunstância como uma tendência marcante da atual concepção de Estado.

## *Participação dos grupos sociais nas políticas públicas*

Como outra tendência, depreende-se o incentivo à cooperação e colaboração com o setor público. Frise-se que a participação, e o envolvimento dos indivíduos e das comunidades depende diretamente de sua organização, como pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, que, constituídas com objetivos específicos, passam a travar relações diretas com a Administração Pública, na forma de prestadora de serviços públicos, sob a forma de concessão, permissão, ou, na forma de prestadora de serviços de interesse geral, através dos contratos de gestão, ou ainda, a realizar uma espécie de monitoramento das ações do Poder Público e das atividades desempenhadas pelos prestadores de serviços públicos mediante concessão, permissão, ou gestão, atuando no interesse da fiscalização e controle das atividades postas à disposição dos usuários, exercendo, com plenitude, altivez, autonomia e independência a tarefa de defender os direitos constitucionais dos usuários de serviços públicos<sup>187</sup>, na forma do artigo 175 da Lei Maior.

Tal organização deve ser incentivada pelo Poder Público, na estruturação de entidades voltadas para o exercício de atividades do chamado "terceiro setor", *entidades de interesse geral não estatais*, como forma de incrementar a prestação, a fiscalização e o controle de atividades delegadas de poder público, atividades estas de mais alto interesse público, atuando no auxílio do próprio Estado, e no interesse da coletividade em geral. O Poder Público deve agir na esteira de propiciar os meios necessários a que os usuários e a população em geral possam exercitar a participação, seja na colaboração, seja na fiscalização.

---

<sup>187</sup> Prevê o artigo 3º da Lei de Concessões que as concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários. E ainda, segundo o artigo 7º, que, sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários: I- receber serviço adequado; II - receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos; III - obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha, observadas as normas do poder concedente; IV - levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado; V - comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço; VI - contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços.

Assim também, ao Estado deve estar unguida a realização das funções decorrentes da incumbência constitucional que lhe é dirigida, sempre voltado para a persecução do interesse público e geral. Acorre atualmente o fato de que a sociedade passa a ter um papel fundamental também tanto na persecução do interesse público, através da atuação participativa, que pode ser dividida em *atuação participativa direta* (exercício de função delegada de Poder público) e *atuação participativa indireta* (fiscalização), quanto na persecução do interesse geral, em prol de toda coletividade, também prevista no programa jurídico-legal, conforme demonstrado.

### *Princípios da Subsidiariedade e Consensualidade*

Fortalecem-se, outrossim, os princípios da subsidiariedade e da consensualidade, que corretamente aplicados, tendem a dotar a Administração de profissionalidade na execução de suas atribuições, de forma eficiente e econômica, em prol de toda coletividade.

A subsidiariedade se fortalece porque com a adoção dos contratos administrativos pelo poder público local, ficam delineadas e reforçadas as linhas de suas competências e atribuições, principalmente em função do interesse local<sup>188</sup>, bem como porque o poder local preponderantemente conhece melhor a realidade em que está inserido, os pontos críticos da atividade delegada e as necessidades impostas pelo serviço, assim também porque a sua proximidade em relação aos usuários dos serviços públicos, propicia maior agilidade na correção dos rumos e na reordenação das políticas públicas, *i.e.*, na autorização para reajustamento de tarifas, na encampação do serviço ou da obra, e na fiscalização da execução do objeto, aplicando sanções, penalidades, ou nos casos de alteração do objeto, suspensão e rescisão do vínculo contratual.

---

<sup>188</sup> Prevê o artigo 30 da Constituição que compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão,

Neste mesmo sentido, a consensualidade também ganha corpo, inclusive na condição de princípio jurídico, uma vez que implica no refluxo da imperatividade e a tendência reequilibradora da afirmação imemorial da coerção, sendo percebida, a partir das funções fundamentais do Estado, *i.e.*, "a consensualidade na produção das normas, como o reaparecimento de fontes alternativas, fontes consensuais e de fontes extra-estatais: a regulática; a consensualidade na administração dos interesses públicos, como o emprego das formas alternativas consensuais de coordenação de ações, por cooperação e por colaboração; a consensualidade na solução dos conflitos, com a adoção de formas alternativas de composição" (**Moreira Neto**, 2.000, pp. 40/41).

### 7.3- EXIGÊNCIAS ATUAIS

#### *Respeito aos Direitos e Garantias Fundamentais*

A normação constitucional veicula vinculação aos direitos e garantias fundamentais, de aplicabilidade imediata e em caráter permanente, devendo o Estado e a sociedade buscarem o atendimento e o entendimento para a consecução de sua dispositividade, no sentido de 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, sendo que todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, *caput*, e XXXIII ).

Tal disposição deve servir de supedâneo para garantir a qualquer cidadão o direito à informação de interesse público e geral, como uma exigência a ser suportada pelos poderes públicos, de natureza inquebrantável e inafastável, adunando-se a aplicação

---

os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter

dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública no cumprimento do seu mister, especialmente, os princípios da legalidade e da publicidade, cujos conteúdos já foram aqui aclarados.

### *Controle Social*

**Aurélio Buarque de Holanda Ferreira** entende *controle*, como "verificação administrativa; fiscalização financeira; o poder de ter sob seu domínio, comando e fiscalização".

Preside a noção de controle dos atos administrativos, aquele que é desempenhado pelo próprio Estado, com o objetivo de garantir a observância de suas próprias finalidades institucionais, denominado de *controle estatal*, normalmente desempenhado pela própria Administração Pública, pelo Poder Legislativo da pessoa jurídica de direito público, pelos Tribunais de Contas e pelo Ministério Público, na defesa do interesse público. No entanto, o controle da atuação administrativa pode ser desempenhado também pelos próprios administrados, como integrantes da sociedade, através de organizações populares ou individualmente, que pode se dar na esfera administrativa ou na esfera judicial<sup>189</sup>, denominado de *controle social*. Desta forma, à noção de controle agrega-se o critério subjetivo, conforme antes revelado, demonstrando de acordo com o nível de participação estatal, o *controle estatal* e o *controle social* da atividade econômica, conforme seja verificada a existência maior ou menor de instrumentos decorrentes da presença de Poder público, nessa qualidade. Imbuída dentro da noção de controle da atividade

---

essencial.

<sup>189</sup> Preceitua o artigo 5º, inciso XXXIII da Constituição Federal que todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, bem como, na forma do XXXIV que são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder. E ainda, dispõe o LXXIII do artigo 5º Texto Maior que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o Autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

econômica, encontra-se a noção de regulação, como a atividade desempenhada pelo ente estatal voltada para reger o fato econômico, caracterizada, a partir das épocas próprias pelo abstencionismo ou pelo intervencionismo, conforme a feição ideológica assumida para o período. Os sistemas regulatórios compõem-se das vertentes voltadas para a *concentração ou desconcentração*, segundo o grau de confiança maior ou menor do Estado em que os interesses públicos serão alcançados mediante outorga da liberdade à iniciativa privada (**Fernando Herren Aguillar**, 1999, p. 164), podendo-se distinguir duas instâncias básicas no processo de regulação, uma *operacional* e a outra *normativa*.

Quando o Estado opta, a partir da autorização constitucional por promover a delegação da prestação de serviços públicos através da concessão ou permissão, ou por incrementar a eficiência administrativa através de maior autonomia gerencial, orçamentária e financeira de entes da Administração direta e indireta por meio dos contratos de gestão, ou ainda, por transferir certas atividades de interesse geral para entidades particulares também por meio dos contratos de gestão, necessariamente o faz em detrimento da concentração regulatória operacional e em privilégio da concentração regulatória normativa, visto que está transmutando atividades que por força de lei estariam a seu cargo e incumbência.

É certo que a cultura do povo brasileiro não sugere uma efetiva preocupação com o controle social, não estando preparada para desempenhar esta importante função, principalmente pela sua baixa escolaridade, pela má distribuição da renda, pelo insatisfatório índice de desenvolvimento humano<sup>190</sup>, pela falta de condições mínimas de sobrevivência digna, extensíveis à maioria da população, conforme se pode constatar dos alarmantes índices

---

<sup>190</sup> Relatório da ONU sobre o Índice de Desenvolvimento Humano – IDH/2.000, que leva em conta a garantia à população do país matéria de direitos humanos, associados aos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, e o acesso da população a níveis de vida digna, à alimentação saudável, saúde, educação, trabalho digno, qualidade de vida, participação em progresso científico e proteção contra calamidades, coloca o Brasil na 71ª posição, atrás da Argentina (35ª), Chile (38ª), Venezuela (65ª) e Colômbia (68ª) (www.un.org em 15/01/01).

constantemente divulgados. Todavia, é plausível que cada vez mais brasileiros tomam consciência de seus direitos e deveres como seres que optaram por viver em comunidade.

Tal circunstância se coloca no contexto atual do Estado Democrático de Direito como uma exigência peculiar do sistema político-jurídico vigente. Preservando-se os conteúdos dos interesses públicos e dos interesses gerais, à sociedade, através de seus grupos, cabe organizar-se para defender as instituições democráticas, preservar as conquistas sociais, e no contexto do presente estudo, promover o fortalecimento da sua atuação participativa nos feitos e realizações estatais, defendendo a melhoria efetiva da prestação de serviços públicos pelo Poder público, seja diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, bem como empenhando-se na prestação de serviços de interesse geral, e paralelamente, cooperando na fiscalização das próprias concessões e permissões em relação ao poder concedente responsável pela delegação e aos concessionários, executores do projeto regulamentar e contratual, e das gestões de serviços de interesse geral, através das organizações sociais.

Esta colocação pode ser evidenciada ainda com a análise de dispositivos constitucionais que consagram a participação popular e da sociedade organizada nas ações do Estado, tais como os previstos nos Artigos 1º, II e 5º, nos incisos IV, V, XVI, XXXIV, XXXV, XXXVI, LXVII, LXIX, LXX, LXXI, LXXII, LXXIII, LXXIV, LXXXVII, e nos demais artigos 17, 61, 70, parágrafo único, 144, 175, 194, 196, 205, 225, 226, posto que o exercício da cidadania não se circunscreve apenas no direito de votar e ser votado.

Ainda no que pertine às exigências atuais, na atual conformação do Estado, relativa à contratualização de suas relações com os particulares, tem-se que devem ser encarecidas, anotadas e estudadas as noções de controles e sanções da Administração Pública, objetando-se, de logo, que não basta ter à disposição os mecanismos de fiscalização e sancionamento dos atos praticados pelos administradores públicos, concessionários, permissionários e gestores, é preciso que estes sejam



concretamente manejados, em caso de malversação de recursos públicos, ou mesmo de descumprimento de cláusula ou disposição contratual, em benefício do interesse público e da coletividade em geral, destacando-se aqui o papel da função jurisdicional.

No que concerne à fiscalização convém notar que a Lei nº8.987/95, inaugurando este modelo de regulação por intermédio dos contratos de concessão, previu que o poder concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária, bem assim que a fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários (art. 30, parágrafo único).

Outra forma importante no atual contexto de fiscalização da atividade econômica, é aquela a ser exercida pelas agências reguladoras e executivas. No exercício do papel fiscalizador, as agências, recentemente implementadas na Administração Pública brasileira, a partir de sua relativa autonomia administrativa<sup>191 192</sup>, devem desempenhar eficazmente seu papel de monitorar os setores a que estiverem ligadas, devendo ser dotadas dos meios legais, materiais, administrativos,

---

<sup>191</sup> O Decreto nº2.488, de 2 de fevereiro de 1998, prevê em seu artigo 5º que as Agências Executivas poderão editar regulamentos próprios de avaliação de desempenho dos seus servidores, previamente aprovados pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado e por seu Ministério supervisor, considerados os resultados da avaliação poderão ser considerados para efeito de progressão funcional dos servidores das Agências Executivas, observadas as disposições legais aplicáveis a cada cargo ou carreira.

<sup>192</sup> O Regulamento da Anatel, aprovado pelo Decreto nº2.338/97, no seu artigo 36 prevê o Conselho Consultivo, órgão de participação institucionalizada da sociedade na Agência, será integrado por doze conselheiros e decidirá por maioria simples, cabendo-lhe: a) opinar, antes do seu encaminhamento ao Ministério das Comunicações, sobre o plano geral de outorgas, o plano geral de metas para universalização dos serviços prestados no regime público e demais políticas governamentais de telecomunicações; b) aconselhar quanto à instituição ou eliminação da prestação de serviço no regime público; c) apreciar os relatórios anuais do Conselho Diretor; d) requerer informação e fazer proposição a respeito das ações referidas no art. 35.

E ainda o seu artigo 50 e ss. prevê que a Agência terá um Ouvidor nomeado pelo Presidente da República para mandato de dois anos, admitida uma recondução, competindo-lhe produzir, semestralmente ou quando oportuno, apreciações críticas sobre a atuação da Agência, encaminhando-as ao Conselho Diretor, ao Conselho Consultivo, ao Ministério das Comunicações, a outros órgãos do Poder Executivo e ao Congresso Nacional, fazendo-as publicar no Diário Oficial da União, e mantendo-as em arquivo na Biblioteca para conhecimento geral, sendo que o Ouvidor atuará com independência, não tendo vinculação hierárquica com o Conselho Diretor ou seus integrantes.

orçamentários e financeiros para realizar a fiscalização, de forma independente, transparente e desvinculada do poder central<sup>193</sup>, inclusive a partir dos próprios contratos de gestão a serem firmados, sob pena de que venham a inviabilizar a concepção de Estado atualmente implementada, em face da provável inoperabilidade da regulação econômica.

Quanto à autonomia dos órgãos reguladores, é necessário que seja evitada a vinculação de seus administradores às atividades objeto de sua regulação, com o fito de preservar os atos de gestão regulatória das interferências dos interesses privados, notadamente quando encerrada a participação individual do ocupante do cargo público no órgão regulador, que vem a integrar a fila de consultores das entidades privadas. A

---

<sup>193</sup> Com relação aos conteúdos de independência e transparência dos processos regulatórios efetuados pelas agências reguladoras, tem se encarecido que estes sejam realmente preservados pelos governantes, delegatários, em benefício dos usuários e investidores. **Bernard Tenenbaum**, técnico componente do Industry and Energy Department of The World Bank, em artigo publicado no fórum periódico aberto do Banco Mundial (<http://www.worldbank.org>), denominado *Public Policy for the Private Sector*, sobre a independência das agências reguladoras afirmou que, *em parte, a forte reação negativa para a noção de uma comissão reguladora independente, provém de três equívocos. O primeiro é que a palavra independência é confundida. Segundo ele, nenhuma entidade reguladora pode ser verdadeiramente independente. Mesmo sendo uma comissão ministerial ou pública a entidade reguladora ainda é uma criatura do governo, porque ela foi criada pelo governo. O que as pessoas realmente entendem de uma entidade reguladora independente é uma entidade do governo que não tem que ter aprovação do primeiro ministro ou outra autoridade pública de nível mais elevado para aumentar (ou diminuir) tarifas. Uma decisão política consciente é aquela que tem sido produzida para dar autonomia regulatória nas mudanças de tarifas e em outras decisões. Independência não significa a ausência de responsabilidade. Ainda há responsabilidade, mas tal é para critérios de tarifas já previstos na lei, não para a autoridade política. Um segundo equívoco é a convicção de que a entidade reguladora deve estar dotada de completa autoridade para todas as decisões que afetem o setor de poder político. Esta é uma presunção errada. Nos países com entidades reguladoras independentes, departamentos executivos ou ministérios retêm controle sobre muitas das decisões políticas que afetam o setor. A divisão básica é entre política de desenvolvimento do ministério ou departamento e política de implementação das entidades reguladoras. O terceiro equívoco, e talvez o mais importante, ergue-se da confusão sobre a razão da independência. Independência não é um fim em si mesmo. Em vez disto, ela é um trilha para um fim. O que elementarmente interessa não é se a entidade reguladora é independente, mas se o governo pode dar um crédito de confiança para os investidores, usuários e consumidores. Se um governo pode dar um crédito de confiança sem uma entidade reguladora independente não há necessidade para independência. Mas na maioria dos países, primeiros ministros e presidentes têm tido dificuldades para resistir à tentação de manter tarifas baixas, quando eles têm controle direto ou indireto sobre tarifas. Deste modo, a razão básica para criação de entidades reguladoras independentes é para isolar-se do dia-a-dia das pressões políticas e que desta maneira uma entidade pode ser mais hábil para dar a confiança que os investidores precisam. É claro, uma entidade reguladora poder ser legalmente independente e ainda renegar seus compromissos políticos, através de um tom expressivo do seu corpo regulatório. Por essa razão, independência deve ser combinada com bons e específicos critérios de modificação de tarifas e ainda com barreiras que encorajem a complacência. Com relação à transparência das entidades de regulação disse que a melhor forma para proporcionar independência é conduzir o processo regulatório com a maior transparência possível. Transparência significa abertura e pode ser expressa em três dimensões*

providência destacável é a expedição de regras de natureza administrativa para impedir, reduzir ou dificultar a associação de interesses privados, em detrimento do mecanismo regulador<sup>194</sup>.

Outrossim, como exigência atual, o Estado deve atuar, fazer atuar e incentivar o exercício do controle e fiscalização das atividades dos particulares na prestação de serviço público delegado, ou na gestão de atividade pública por entidade privada, bem assim na gestão de atividade pública circundada pelo contrato de gestão. Atuando, a Administração Pública deve pelos meios legais específicos ministrar a fiscalização e impor sanções, quando for o caso. Fazendo atuar, a Administração Pública deve promover a estruturação de seus órgãos que têm tal mister como tarefa. Incentivando, a Administração Pública deve propiciar os meios para que os próprios usuários ou utentes exerçam seus direitos de apontar os defeitos na prestação do serviço ou na execução das atividades.

### *Natureza Jurídica do Contrato Administrativo*

Verifica-se também que com advento da contratualização, reforçam-se os argumentos que giram em torno da segunda corrente sobre a natureza jurídica do Contrato Administrativo, intensificada a regulação normativa e operacional estatal. Isto porque o Estado, no encarecimento das técnicas

---

*principais: especificação das regras; processos abertos e explanação das decisões* (Nossa tradução e adaptação do texto).

<sup>194</sup> Como uma providência salutar, o artigo 29 do Regulamento da Anatel, Decreto nº2.338, de 7 de outubro de 1997, prevê a vedação aos conselheiros em ter interesse significativo, direto ou indireto, em empresa relacionada com telecomunicações. Considerando, para seus efeitos, como interesse significativo, em empresa relacionada com telecomunicações, ser sócio ou acionista, com participação no capital total superior a: a) três décimos por cento, de prestadora de serviço de telecomunicações de interesse coletivo ou de empresa cuja atividade preponderante seja a prestação de serviço de interesse restrito; b) três décimos por cento, de controladora, controlada ou coligada de prestadora de serviço de telecomunicações de interesse coletivo ou de empresa cuja atividade preponderante seja a prestação de serviço de interesse restrito; c) três por cento, de empresa cujo faturamento dependa diretamente, em mais de dez por cento, de relacionamento econômico com prestadora de serviço de telecomunicações de interesse coletivo ou de empresa cuja atividade preponderante seja a prestação de serviço de interesse restrito. Ficando estipulado ainda que para garantir a transparência e probidade de sua atuação, os conselheiros serão obrigados a notificar outras situações de interesse que os envolvam direta ou indiretamente e sejam suscetíveis de influir no exercício de suas competências. Outra regra que está prevista no artigo 30 do citado Regulamento da Anatel, é a de que até um ano após deixar o cargo, é vedado ao ex-conselheiro representar qualquer pessoa ou interesse perante a Agência (art. 30).

contratuais, deve manter-se atuando no fortalecimento do exercício de atividades de fiscalização e controle do Poder Público sobre a atividade delegada, única forma de garantir a eficiente prestação do serviço público ou o de interesse geral. Neste particular, a implementação da contratualização, faz com que aumentem as demandas por moldes de fiscalização e controle estatais e sociais do cumprimento e da execução dos ajustes, conseqüentemente de mecanismos jurídico-legais insertos em normas de caráter eminentemente de direito público, fazendo com os vínculos contratuais, desta forma, se tornem cada vez mais influenciados por conteúdos de natureza jurídico-administrativa, tais como as exigências dos controles imperativos exercidos pelos Tribunais de Contas (art. 70, parágrafo único, C.F.).

## 8. CONCLUSÃO

Em termos de conclusão, após perfazer análises e proposições dos marcos teóricos gerais que explicam os conteúdos das atribuições estatais, desbordando para os consectários insertos nos textos legais e decorrentes de relevantes posicionamentos jurisprudenciais que revelam, sistêmica e conjuntamente, a atual concepção do Estado, podem ser trazidas e elencadas algumas considerações finais.

1. A atual concepção do Estado, constituída na complexa tessitura das sociedades pós-industriais envolvidas e ocupadas com as transformações econômicas, sociais, culturais e tecnológicas, desencadeadas em grande medida pelo fenômeno da globalização mundial, é fruto deste intrincado contexto de mudanças, o que acabou por fazer constatar a incapacidade das organizações estatais em lidar e satisfazer a imensa gama de necessidades individuais, públicas e coletivas. Isto vem reclamar do Estado uma participação mais eficiente e efetiva no desempenho do seu papel constitucionalmente previsto, combatendo os excessos das máquinas estatais burocratizadas ("burrocratizadas"), e tornando-as aptas a oferecer novas

condições de competitividade econômica aos setores produtivos do país.

2. O delta ocasionado pelas transformações econômicas, sociais e culturais implica também em uma nova correlação das forças sociais que transitam pelos espaços públicos e privados, dentro da compreensão do leito constitucional, lugar eleito e escolhido pela sua natureza fundacional e instauradora para os embates das *forças reais de poder*, que atualmente orienta e compreende como vital uma maior participação e influência da população nas decisões administrativas e de implementação das políticas públicas.

Esta nova correlação dá ensejo a que se aprimorem os mecanismos da democracia participativa, *democracia semi direta*, notadamente, através da utilização mais constante de instrumentos como o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular, a partir da regulamentação do artigo 14 da Constituição Federal, contida na Lei nº9.079, de 18 de novembro de 1998.

3. Em decorrência da análise efetuada, há distinção entre as atividades de coexistência e atividades prestacionais do Estado. Estas últimas se dividem em atividades que atendem aos fins do Estado (*v.g.*, serviços de educação e saúde prestados pelo poder público) e atividades que, não correspondendo diretamente aos fins do Estado, não deixam de atender à sociabilidade humana (serviços de telecomunicações).

Desta forma, resta infirmado entendimento sobre a noção de serviço público, preservando-se seus contornos de forma clara e precisa a partir da inovadora previsão do artigo 175 da Constituição Federal de 1988, distinguindo-a das atividades que se circunscrevem no âmbito das atividades prestacionais voltadas para o atendimento dos fins do Estado. Este regramento constitucional dispensado à matéria tem natureza cogente e obrigatória dirigida aos governantes e aplicadores do direito, diante da indispensável necessidade de aplacar as desigualdades sociais reinantes em nosso meio.

4. Sobre a natureza jurídica do Contrato Administrativo, uma vez que com a atual abordagem normativa sobre a atuação

estatal no domínio público e no campo econômico, as relações contratuais estatais são sempre tocadas e estão encarecidas pelo regime jurídico de direito público.

5. Também assim, o presente estudo deságua na efetiva verificação da relevância da teoria do contrato administrativo, suas principais características e elementos, para os dias atuais do ordenamento jurídico brasileiro.

O perfil atribuído ao Estado na área econômica, a partir da Constituição de 1988, e principalmente a partir das alterações que lhe seguiram, faz inferir-se que na concepção atual, o organismo estatal não é mais o único realizador dos anseios sociais e coletivos. De modo claro, não se está mais diante de um intervencionismo absoluto e resignado, *a contrario sensu*, pode-se dizer que existe um espaço para que a sociedade e a iniciativa privada sejam instadas a comparecer ao átrio da co-participação e da cooperação, porque na luta para desenvolver o país os influxos são grandes e os desafios maiores ainda.

O Contrato Administrativo encaixa-se no contexto da atual concepção de Estado, uma vez que viabiliza a continuidade da prestação de serviços públicos, propicia a manutenção, nas mãos do Estado, do papel regulamentador e dos instrumentos de controle da prestação dos serviços públicos, além de propiciar maior abrangência e extensão da prestação de serviços públicos e ampliar o leque de participação social da iniciativa privada, através da prestação de serviços de interesse geral, não exclusivos de Estado.

6. Ganha o Contrato Administrativo, desse modo, maior relevância no contexto da regulação estatal da atividade econômica, situado entre os instrumentos de que dispõe o Estado atualmente para ordenar, fomentando, incentivando e fiscalizando, a atividade econômica, *i.e.*, o Contrato Administrativo passa a ser visto como fenômeno do Direito Econômico, na apreciação do fato econômico pela Administração Pública e como veículo normativo da atividade desempenhada pelos agentes econômicos, dadas as cláusulas e disposições que contenha, por força de lei e de regulamento, acrescentando a lista das ferramentas estatais de

controle da economia, observando as peculiaridades de cada figura contratual, conforme antes apontado.

7. O Contrato Administrativo, principalmente as novas figuras contratuais, denunciando um movimento tendente à contratualização, não pode mais ser utilizado de forma descoordenada pela Administração Pública, sendo mais perceptível como instrumento de ação administrativa coordenada, na busca de resultados eficientes e econômicos, voltados para o atendimento do interesse público, resultados estes, que estão minudentemente descritos, levadas em consideração as peculiaridades do serviço ou da atividade, bem como as características e as necessidades de cada região do país.

8. É certo que o direito positivo infraconstitucional brasileiro, nesta matéria, ainda carece de reformulações e adaptações que assegurem sua efetiva adequação aos preceitos constitucionais vigentes, inclusive com relação ao exercício da função jurisdicional, na colmatação dos conflitos de interesses versados litigiosamente perante os tribunais, tal como o que ocorre com a dispensa de licitação para as organizações sociais, na celebração de contratos de prestação de serviços estatuída pela Lei nº9.648/98.

9. Por fim, o emprego do Contrato Administrativo para correlacionar as forças econômicas e sociais, públicas e privadas, clareia os trilhos a serem percorridos, colocando umas em face das outras, sem negação de suas existências e de suas importâncias, tal como o que sempre dificultou o transcurso histórico de seu relacionamento.

É no intuito de separar e distinguir, para oferecer um pouco de luz onde havia escuridão, que este trabalho foi realizado, e quem sabe tornar menos precisa a frase de um dos mais ilustres administrativistas brasileiros, no sentido de que a fronteira entre o direito público e o direito privado, nos dias que correm, encontra-se mais exata, mais nítida e mais definida, exatamente pelo quanto foi empreendido em derredor da dilucidação dos principais contornos da teoria dos contratos administrativos,

exortada pela atual concepção jurídica estatal. Quiçá isto se concretize!

## 9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS (NBR6023:2000)

### 9.1- FONTES PRIMÁRIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.000, 25ª edição, atualizada e ampliada.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil e Glossário*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação, Fundação de Assistência ao Estudante, 1989.

BRASIL. *Legislação Federal*. Brasília: Senado Federal, <http://www.senado.gov.br>, acessado em 15/01/01.

### 9.2- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle Social de Serviços Públicos*, São Paulo: Max Limonad, 1999.

ALVES, Afonso Telles (Coord.). *Minidicionário Rideel francês - português - francês*, São Paulo: Editora Rideel, 2.000, 1ª edição.

AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. Coimbra: Livraria Almedina, 1992, reimpressão, 1 v.

ARISTÓTELES, *A Política*. São Paulo-SP: Martins Fontes, Tradução de Roberto Leal Ferreira, 1998, 2ª edição.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR6023: Informação e Documentação - Referências - Elaboração*. Rio de Janeiro, 2.000.

ATAÍDE, Augusto de. *Elementos para um Curso de Direito Administrativo da Economia - Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais da Direcção Geral das Contribuições e Impostos - Ministério das Finanças, 1970.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O Princípio de Subsidiariedade - Conceito e Evolução*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

BAZILLI, Roberto Ribeiro. *Contratos Administrativos*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, La Ley Sociedad Anónima Editora y Impresora, 1964, 6ª edición, tomo I.



BIONDI, Aloysio. *O Brasil Privatizado – Um balanço do desmonte do Estado*. São Paulo: Editora Fundação P. Abramo, 2.000 a, 9ª reimpressão.

\_\_\_\_\_. *O Brasil Privatizado II – O assalto das privatizações continua*. São Paulo: Editora Fundação P. Abramo, 2.000 b, 1ª edição.

BRITO, Edvaldo. *Limites da Revisão Constitucional*. Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, 1993.

\_\_\_\_\_. *Reflexos Jurídicos da Atuação do Estado no Domínio Econômico*. São Paulo-SP: Editora Saraiva, 1985.

\_\_\_\_\_. *Aspectos Jurídicos da Democracia Participativa como uma Revisão do Processo Decisório*. Revista da Faculdade de Direito da UFBA, Salvador: [s.n.], 1996, XXXVI v., nº50, p. 115-131.

\_\_\_\_\_. *As Normas Econômico-Financeiras e o Controle do Poder Judiciário*. *Aspectos Constitucionais e Econômicos do Sistema Financeiro*: São Paulo, ICBC, 1997 a, p. 133 e segs..

\_\_\_\_\_. *"A Atuação do Estado no Domínio Econômico"*. *"Desafios do Século XXI"*, São Paulo: Editora Pioneira, 1997 b, p. 261/277.

BORGES, Alice Gonzáles. *Normas Gerais no Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo-SP: RT, 1994, 1ª edição, 2ª tiragem.

\_\_\_\_\_. *O Ressurgimento das Concessões de Serviços Públicos e a Eclosão de Novas Formas de Contratos Administrativos*. *Nova Dimensão – Direito Administrativo – Repertório de Estudos doutrinários e jurisprudenciais*, Cerdônio Quadros (Org.). São Paulo: Editora NDJ, 1997, vol. 1.

BUENO, Francisco da Silveira (Org.). *Dicionário Escolar do Professor*. Brasília: Ministério da Educação e Cultura, 1963.

CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994, II v..

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Breve Introdução ao Direito Econômico*. Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, 1993.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, 2ª edição.

CARMO-NETO, Dionísio. *Metodologia Científica para Principiantes*. Salvador: American World University Press, 1996, 3ª edição, rev. e amp..

CASTOR, Belmiro Valverde Jobim. *Fundamentos para um novo modelo do Setor Público no Brasil. A Reengenharia do Estado Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 147/156.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abledo-Renot, 1993, Cuarta edición, amp. y act., tomo I.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Livraria F. Bastos, 1955, 3ª edição, I v..

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Livraria F. Bastos, 1956, 3ª edição, Vol. II.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Livraria F. Bastos, 1967, 8ª edição, ref. e atual..

CRETELLA JÚNIOR, José. *Dos Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense Editora, 17ª edição, 2.000.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Pensar o Direito*. Coimbra- Portugal: Livraria Almedina, 1991, I e II v..

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1995.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria das Obrigações Contratuais e Extra-contratuais*. São Paulo: Saraiva, 1998, 13ª edição atualizada, 3º v..

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 1996, 6ª edição.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. São Paulo: Editora Atlas, 2.001, 13ª edição.

\_\_\_\_\_. *Parcerias na Administração Pública - Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e outras Formas*. São Paulo: Editora Atlas, 1999, 3ª edição rev. e amp..

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. São Paulo: Editora Atlas, 1997, 2ª edição rev. e amp..

DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires - Argentina: Ediciones Ciudad Argentina, 1996, 5ª edición.

DUGUIT, Leon. *Traité de Droit Constitutionnel*: Paris – France: A. Libraire Fontemoing & Cie. Editeurs, 1923, Deuxième édition.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Tradução de Arnaldo Setti, 1991.

ESTORNINHO, Maria João. *A Fuga para o Direito Privado - contributo para o estudo da atividade de direito privado na Administração Pública*, Coleção TESES. Coimbra – Portugal: Editora Livraria Almedina, 1996.

FARIA, José Eduardo. *Poder e Legitimidade*, São Paulo-SP, Editora Perspectiva, 1978.

\_\_\_\_\_. (Org.). *Direito e Globalização Econômica – Implicações e Perspectivas*. São Paulo-SP: Malheiros Editores, 1998, 1ª edição, 2ª tiragem.

\_\_\_\_\_. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo-SP: Malheiros Editores, 1999.

FARJAT, Gerárd. *Droit Privé de L'Économie 2 – Theorie des Obligations*. Paris: PUF, 1975.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 1990, 18ª edição, rev. e atual..

FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Pequeno Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, [s.d], 11ª edição, 6ª tiragem.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Extinção dos Contratos Administrativos*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998 a, 2ª edição.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998 b, 3ª edição, rev. e atual..

FONSECA, João Bosco Leopoldino da Fonseca. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997, 2ª edição.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2.000, 2ª edição – rev., amp. e atual..

GOMES, Orlando. *Direito e Desenvolvimento*. Salvador: Publicações da Universidade da Bahia, 1961, série II, nº24.

\_\_\_\_\_. *Contrato de Adesão (Condições Gerais dos Contratos)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972.

\_\_\_\_\_. *Direito Econômico e outros ensaios*. Salvador-Ba: Editora Distribuidora de Livros Salvador Ltda., 1975, 1ª edição.

\_\_\_\_\_. ; VARELA, Antunes. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1977.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2ª edição, 1965.

\_\_\_\_\_. *Transformações Gerais no Direito das Obrigações*, São Paulo – SP, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1967.

\_\_\_\_\_. *Contratos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997, 17ª edição, notas de Humberto Theodoro Júnior.

GONÇALVES, Cláudio Cairo. *Integração Econômica e o Princípio da Soberania Nacional*. Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA. Salvador – BA: Centro Editorial e Didático da UFBA, jan. 1998/dez. 1998, Edição Especial nº 6, pp. 106/117.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo-SP: Malheiros Editores, 1997, 3ª edição.

\_\_\_\_\_. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo-SP: Malheiros Editores, 1995 a.

\_\_\_\_\_. *O Discurso Neoliberal e a Teoria da Regulação*. Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional, vários autores, Porto Alegre, S. A. Fabris Editor, 1995 b.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Estudos de Direito Civil*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2.000.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética Editora, 2000, 8ª edição.

\_\_\_\_\_. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, de acordo com a Lei Federal nº8.883, de 08/06/1994*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1996, 4ª edição.

\_\_\_\_\_. *Concessões de Serviços Públicos - Comentários às Leis nº8.987 e 9.074, de 1995*. São Paulo-SP: Dialética, 1997.

JÉZE, Gaston. *Principios Generales del Derecho Administrativo, La Noción de Servicio Público*, Buenos Aires, Editorial DEPALMA, 1949, II v., 1ª parte.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro – RJ: Lumen Juris, 1998, 4ª edição.

LAUBADÈRE, André de. *Traité de Droit Administratif*. Paris – France: Libère Générale de Droit et de Jurisprudence, 1978, Troisième Édition, tomo IV.

\_\_\_\_\_. *Direito Público Econômico*. Coimbra: Livraria Almedina, 1985.

MACHADO, Hermano Augusto. *A Função Social e a Tipificação no direito de Propriedade*. Revereor - Estudos Jurídicos em Homenagem à Faculdade de direito da Bahia – 1891 – 1981. São Paulo; Editora Saraiva, 1981, pp. 233/258.

MARINHO, Josaphat. *A Constituição Econômica*. Separata da Revista de Direito Administrativo nº156/84.

MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo-SP: Revista dos Tribunais, 1968, 4ª edição.

MAXIMIANO, Antonio Cesar Amaru. *Teoria Geral da Administração*. São Paulo: Editora Atlas, 1997.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, 3ª edição revista e atualizada.

\_\_\_\_\_. *O Direito Administrativo em evolução*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, 2ª edição rev. e amp..

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, 24ª edição atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho.

\_\_\_\_\_. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo-SP: Malheiros Editores, 1999, 12ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Célia Marisa Prendes e Maria Lúcia Mazzei de Alencar.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, 8ª edição rev., atual. e amp..

\_\_\_\_\_. *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967.

\_\_\_\_\_. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.

MESCHERIAKOFF, Alain-Serge. *Droit Public Économique*. Paris: PUF, 1996, 2ª édition revue et augmentée.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, Tomo V.

MONCADA, Luis S. Cabral de. *Direito Económico*. Coimbra – Portugal: Coimbra Editora, 1988, 2ª edição, rev. e act..

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Estado - Comentários e Prospectivas*. Carta Mensal. Rio de Janeiro: julho de 1995, v. 41, nº484, pp. 39-55.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998 a, 11ª edição, totalmente rev. e atual..

\_\_\_\_\_. *Legitimidade e Discricionariedade*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998 b, 3ª edição.

\_\_\_\_\_. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2.000.

MORAES, Alexandre de. *Reforma Administrativa - Emenda Constitucional nº19/98*. Série Fundamentos Jurídicos. São Paulo: Editora Atlas, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, 10ª edição.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A Reforma do Estado dos anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle*. Cadernos do MARE da Reforma do Estado. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.

PONDÉ, Lafayete de Azevedo. *Estudos de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1995.

PRICE Waterhouse. *A Constituição do Brasil 1988 comparada com a Constituição de 1967 e comentada*. São Paulo: Price Waterhouse - Departamento de Assessoria Tributária e Empresarial, 1989.

RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, 5ª edição an. e atual por Ovídio Rocha Barros Sandoval.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo-SP: Editora Saraiva, 1957, 2ª edição, rev. e aum..

\_\_\_\_\_. *O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1998.

RIBEIRO, Manoel. *A Institucionalização Democrática do Poder*. Salvador: Editora Distribuidora de Livros Salvador, 1983, 2ª edição.

RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*: Coimbra, Livraria Almedina, 1981, Trad. Rogério Ehrhardt Soares.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Estudo sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

ROSSETI, José Paschoal. *Introdução à Economia*. São Paulo: Editora Atlas, 1997, 17ª edição.

SALDANHA, Nelson. *O Poder Constituinte*. São Paulo-SP: Editora Revista dos Tribunais, 1986, Reedição.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. *Prólogo à Teoria do Estado (Ideologia e Ciência Política)*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1960, 2ª edição.

SANTOS, Cecília dos. *Manual para Normalização de Monografias*. São Luís: CORSUP/EDUFMA, 1989.

SOBRINHO, José Wilson Ferreira. *Pesquisa em Direito e Redação de Monografia Jurídica*. Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, 1997.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Agências Reguladoras*. Revista Tributária e de Finanças Públicas. São Paulo-SP: Editora Revista dos Tribunais, 2.000, nº33 – Ano 8, jul./ago..

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. São Paulo: Editora LTr, 1994, 3ª edição rev. e atual..

\_\_\_\_\_. *A experiência brasileira de Constituição Econômica*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: 1989, a. 26, n. 102, abr./jun..

\_\_\_\_\_. *Direito Econômico*. São Paulo-SP: Saraiva, 1980.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1991, 3ª edição universitária.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Malheiros Editores, 1996, 11ª edição rev..

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, 18ª edição revista e atualizada.

\_\_\_\_\_. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, 3ª edição rev., amp. e atual..

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros Editores, 2.000, 4ª edição, rev., aum. e atual..

TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Saraiva, 1975.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo Participativo*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Editora Renovar/FGV, jul./set./1997, 209:1-6.

TENENBAUM, Bernard. *The Real World of Power Sector Regulation. Public Policy for the Private Sector*. www.worldbank.org, June, 1995.

VEDEL, Georges. *Droit Administratif*. Paris – França: Presses Universitaires de France, 1961, 10ª Edition.

\_\_\_\_\_; DEVOLVÉ, Pierre. *Droit Administratif - Thèmes Droit Public*. Paris – France: Presses Universitaires de France, 1992, Tome 2.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico – O Direito Público Econômico no Brasil*. Rio de Janeiro-RJ: Renovar Editora, 1998, edição fac-similar da de 1968.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Editora Atlas, 1997, 3ª edição.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Direito Público e Direito Privado – Sob o prisma das Relações Jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, 2ª edição, rev. e amp..

WALD, Arnoldo; MORAES, Luísa Rangel de; WALD, Alexandre de M.. *O Direito de Parceria e a nova Lei de Concessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Lisboa – Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, J.J. Gomes Canotilho (Coord.), 1997, Trad. de Karin Praefke-Aires Coutinho.