

DOCTRINA

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

FERNANDO ANDRADE DE OLIVEIRA*

1. Introdução. 2. A administração pública sob o aspecto orgânico ou subjetivo. 3. Administração direta e indireta. 4. Autarquia e fundação pública. 5. Administração pública em sentido substancial, material ou objetivo. 6. Administração pública de fomento. 7. Polícia administrativa. 8. Serviços públicos.

1. Introdução

1. Com seu imenso texto, que se estende por mais de 300 artigos, desdobrados em dezenas de parágrafos, incisos e alíneas, a vigente Constituição organiza, em detalhes, a República Federativa do Brasil, “fórmula pela união indissolúvel dos estados e municípios e do Distrito Federal”. Como Estado Democrático de Direito, todo o seu poder emana do povo, exercido por intermédio de representantes eleitos pelo sufrágio universal, com voto direto e secreto, obrigatório para os maiores de 18 anos, facultativo para os analfabetos, maiores de 70 e maiores de 16 anos, desde que menores de 18. O poder do povo será exercido diretamente, mediante plebiscito, referendo e a iniciativa de leis. É assegurado, em todos os casos, o pluralismo político.¹

2. Além da possibilidade de explorar diretamente a atividade econômica, será o Estado o seu agente normativo e regulador, com as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. Deverá atuar, por outro lado, com múltiplas atribuições no campo social e cultural.²

3. A Constituição de 1988, como a de 1946, revela a reação — mais passional que racional — contra antecedente regime autoritário, traduzida pela limitação mais rigorosa dos poderes públicos, principalmente do Poder Exe-

* Professor titular na Universidade Federal do Paraná.

¹ Const., arts. 1º, V, e parágrafo único; 14, I a III; 61, § 2º.

² Const., arts. 173, 174 e 193 a 232.

cutivo e seus agentes, enquanto são impostos novos e pesados deveres ao Estado, a serem cumpridos, sobretudo, pela legislação e pela atividade administrativa. Ao mesmo tempo, são exaltados os interesses sociais e coletivos, com o empenho de convertê-los em direitos públicos subjetivos, sem que sejam considerados, com a mesma ênfase, as obrigações e os deveres sociais e cívicos, exigíveis do indivíduo e do cidadão.

4. Ao estabelecer, no seu Título III, a organização fundamental da República Federativa do Brasil, a Constituição reserva à administração pública o Capítulo VII, com quatro seções. A primeira contém as disposições gerais, tratando as outras, sucessivamente, dos servidores civis, dos servidores militares e das regiões.³ Mas nesse longo capítulo são escassas as normas relativas à estrutura e ao funcionamento da administração, como instituição pública. Mesmo a seção I apenas dispõe, na sua maior parte, sobre o acesso aos cargos públicos e seus ocupantes, isto é, sobre direitos, remuneração, responsabilidades e vedações, aplicáveis aos servidores públicos, matéria das seções seguintes.

5. As Constituições anteriores, sem destacar a administração pública, dispensaram crescente atenção aos cargos e servidores do Estado. A do Império concedeu garantias aos juizes de direito, definindo as suas responsabilidades e as dos oficiais de justiça; ao enunciar os direitos dos cidadãos, assegurou-lhes o acesso aos cargos públicos civis, políticos e militares, “sem outra diferença, que não seja a dos seus talentos e virtudes”, afirmando a responsabilidade genérica dos empregados públicos “pelos abusos e omissões praticados no exercício das suas funções”.⁴ A primeira Constituição republicana, além de confirmar as garantias dos membros do Poder Judiciário da União, e dos oficiais do Exército e da Armada, igualmente declarou os cargos públicos acessíveis a todos os brasileiros, “observadas as condições de capacidade especial que a lei estatuir”, reiterando a responsabilidade civil dos funcionários públicos, nos termos da anterior.⁵ Nas Constituições seguintes essa matéria recebeu extenso tratamento, definindo-se mais nitidamente o regime estatutário do funcionário público, havendo normas especiais para os juizes e membros do Ministério Público.⁶

³ Const., arts. 37 a 43.

⁴ Const. de 25 de março de 1824, Título 6º, arts. 151 a 157 e Título 8º, XIV e XXIX.

⁵ Const. de 24 de fevereiro de 1891, Título I, Seção III, art. 56 e Título IV, Seção II, arts. 73 e 74 e Título V, art. 79.

⁶ Const. de 16 de julho de 1934, Títulos VI, arts. 164 e 165 e VII, arts. 168 a 173. Const. de 10 de novembro de 1937, arts. 156 a 160. Const. de 18 de setembro de 1946, Títulos VII, art. 182 e VIII, arts. 184 a 194. Const. de 24 de janeiro de 1967, Título I, Capítulo VII, Seções VI, arts. 92 a 94 e VII, arts. 95 a 106 e, com a Emenda nº 1, de 17 de outubro de 1969, Título I, Seções VI, art. 93 e VIII, arts. 97 a 111.

6. A administração pública não está confinada, evidentemente, no capítulo que lhe foi reservado; destinada à consecução dos numerosos e diversificados fins do Estado, não atendidos pela legislação nem pela jurisdição, apresenta-se amplamente difusa no texto constitucional. A afirmação não faz supor preferência pela doutrina que, mediante critério aparentemente depreciativo, somente reconhece a administração pública por exclusão, ou seja, como atividade residual, do exercício das demais funções públicas. Mesmo naquele capítulo VII estão presentes traços que permitem identificá-la, nos seus diferentes aspectos, conforme será exposto a seguir.⁷

2. A administração pública sob o aspecto orgânico ou subjetivo

2.1 Considerações gerais

7. No seu art. 37, *caput*, e em vários dos seus incisos (XVII, XIX e XX), refere-se a Constituição à “administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios”; e, também, às autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações públicas, bem assim às subsidiárias dessas entidades. Aí está a administração pública na sua organização básica, isto é, sob o aspecto *subjetivo* ou *orgânico*, que é ainda designado *formal*.⁸

8. Diz-se que o critério é subjetivo em atenção aos *sujeitos* que exercem a administração, em plano superior, correspondendo aos entes *políticos* ou *autônomos*, assim considerados os dotados de capacidade de auto-organização, pela própria Constituição, compreendendo a edição da *lei formal*:⁹ a União, os estados e municípios e o Distrito Federal.¹⁰ As autarquias, como extensões desses entes autônomos, completam o elenco das *pessoas administrativas*, que são as pessoas de direito público, prepostas de modo direto, pela Constituição ou pela lei, “à atividade de administração pública”.¹¹ Daí a formação dos grandes aparelhos administrativos, pelas leis federais, pelas constituições e leis esta-

⁷ Mukai, Toshio. *Administração pública na Constituição de 1988*. São Paulo, Saraiva, 2. ed. atual., 1989, p. 46 e segs. Sobre o conceito de administração pública, v. Oliveira, Fernando Andrade de. Conceituação do direito administrativo, *Rev. de Dir. Administrativo*, v. 121, p. 16 e segs.

⁸ Cretella Júnior, José. *Comentários à Constituição de 1988*. Forense Universitária, 1991. v. 4, p. 2.119.

⁹ Horta, Raul Machado. *A autonomia do estado-membro no direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte, 1964. p. 13 e segs.

¹⁰ Const., art. 18. Os territórios federais integram a União (§ 2º) como autarquias territoriais.

¹¹ Lima, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo brasileiro*. 3. ed. Porto Alegre, Liv. Sulina, 1954, p. 63-6.

duais e pelas leis municipais, sob a regência das normas da Constituição da República.

9. O critério é denominado orgânico, porque contempla os órgãos públicos pelos quais se manifesta a atividade administrativa do Estado. Pelo nosso sistema, são *órgãos administrativos* todos os que integram o Poder Executivo federal, estadual e municipal e mais os que, no âmbito dos Poderes Legislativo e Judiciário, exercem a administração pública, permanente ou eventualmente, como atividade instrumental, embora necessária ao desempenho da legislação ou jurisdição.

2. A administração pública direta e indireta

10. A Constituição acolhe a distinção entre a administração pública *direta* e a *indireta*, consolidada na legislação em vigor, especialmente pelo Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, relativo à administração federal, mas que tem modelado a dos estados e municípios.¹² Essa distinção já havia sido aceita pela doutrina, que ainda se refere, com idênticos significados, à administração pública *centralizada* e *descentralizada*.¹³ Entende-se que é *direta* a administração exercida, sem intermediários, pelos órgãos das pessoas políticas, conquanto aquele decreto-lei, com incorreções de forma e conteúdo, a tenha definido como constituída “dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios”.¹⁴ O diploma realmente se limita a reorganizar, administrativamente, o Poder Executivo, sequer estendendo aos demais órgãos da União normas da maior importância, em matéria financeira, de pessoal e de licitação.¹⁵

11. É irrecusável a incidência das regras do Título III, Capítulo VII, da Constituição, sobre a administração pública do Estado nacional, incluindo a exercida pelos Poderes Legislativo e Judiciário, sobre admissão, direitos, deveres e garantias dos servidores, finanças públicas, execução direta ou con-

¹² Cretella Júnior, José. op. loc. cit., p. 2.114.

¹³ Caio Tácito. *Direito administrativo*, São Paulo, Saraiva, 1975, p. 154; Mello, Celso Antônio Bandeira de. Prestação de serviços públicos e administração indireta. São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1973, p. 29; Silva, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 5. ed. rev. ampl., Ed. Rev. dos Tribunais, p. 551-2.

¹⁴ Decreto-lei cit., art. 4º, I. Tem procedência a censura de Hely Lopes Meirelles; a administração pública não é propriamente constituída de serviços, mas de órgãos e, no caso, a administração direta é o conjunto de órgãos integrados na estrutura administrativa da União. (*Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1991, p. 627.)

¹⁵ O Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, veio regular a licitação, com maior alcance, e expressamente revogou, no art. 90, as normas sobre a matéria do Decreto-lei nº 200.

tratação de serviços e obras públicas, etc. A conclusão decorre não só da expressão literal do art. 37, mas também da significativa posição do texto, antes salientada, precedendo as disposições concernentes a cada um dos Poderes. É claro que quanto aos membros do Poder Judiciário, do Tribunal de Contas e do Ministério Público, da União, dos estados e do Distrito Federal, prevalecem as normas específicas da Constituição.

12. É *indireta* a administração que não corresponde aos órgãos dos entes políticos, mas sim a outras pessoas, em decorrência do processo de descentralização. Conforme a legislação ordinária¹⁶ e a doutrina, esta com ressalvas, compõem a administração pública indireta, com as autarquias, as empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas. Essa a composição que também parece prevalecer no texto constitucional, não obstante confusamente redigido.¹⁷

13. Mas igualmente defeituosas são as definições constantes do art. 5º, do Decreto-lei nº 200, de 1967. Basta anotar que a autarquia não é um “serviço autônomo”, mas sim uma pessoa jurídica e de direito público — qualificação omitida no diploma — porém simplesmente dotada de capacidade de auto-administração, destinada à execução de serviço público, ou de outra modalidade da ação administrativa do Estado. As empresas públicas e sociedades de economia mista integram a relação, embora executem, ora atividades privadas, ora serviços públicos, mediante concessão. É que, em qualquer caso, recebem recursos públicos e devem cumprir fins estatais, ficando sujeitas à supervisão ministerial.¹⁸ Aliás, as concessionárias e permissionárias de serviços públicos igualmente exercem, indiretamente, atividades administrativas típicas do Estado;¹⁹ mas não são submetidas, como tais, àquela supervisão e sim às leis e regulamentos federais, estaduais e municipais que regem a execução indireta dos diferentes serviços públicos.

14. Ainda a propósito do assunto: as expressões *atividade econômica e serviço público* não se opõem.²⁰ É inegável o conteúdo econômico de certos serviços públicos, como os de transportes coletivos, eletricidade, telecomuni-

¹⁶ Decreto-lei n.º 200, de 1967, art. 4.º, II, com a redação dada pela Lei n.º 7.596, de 10 de abril de 1987.

¹⁷ Pietro, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. São Paulo, Atlas, 1990, p. 261-2.

¹⁸ Decreto-lei nº 200, de 1967, arts. 26 a 28.

¹⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello assim se manifesta e somente inclui na administração indireta as empresas públicas e sociedades de economia mista “prestadoras de serviços públicos” (op. loc. cit.).

²⁰ Grau, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1990, p. 138-40.

cações; nem mesmo a lucratividade desnatura o serviço público, já que constitui fator de estímulo à participação da iniciativa privada na sua execução, sendo os lucros, em muitos casos, reinvestidos na expansão e modernização do serviço. O que parece mais relevante é distinguir, com base no texto constitucional, quanto às pessoas jurídicas estatais, o exercício de atividade econômica *pública* daquele que tem por objeto atividade econômica *privada*: siderurgia, banco, informática, etc.

15. Essa distinção tem pertinência com o disposto no art. 173, da Constituição que, ressaltando os casos por esta previstos, condiciona a exploração da atividade econômica, pelo Estado, “aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo”. Trata-se de intervenção na economia privada, não mais de caráter genérico, para suprir ou complementar os empreendimentos dos particulares; doravante somente se legitimará quando decidida pelo legislador, na avaliação daquelas necessidades.²¹

16. As empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades continuarão atuando como instrumentos da intervenção estatal na economia, porém sujeitando-se “ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias”. Vale dizer: as mencionadas entidades estatais e suas subsidiárias competirão com as empresas privadas em igualdade de condições. A Constituição reforça essa orientação, ao acrescentar que as empresas públicas e as sociedades de economia mista “não poderão gozar de privilégios fiscais não-extensivos às do setor privado”.²²

17. Convém observar, ademais, que da imunidade constitucional, quanto aos impostos, são excluídos o próprio Estado e as autarquias, no tocante ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com a exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados”; também quando “haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelos usuários”,²³ ou seja, há incidência dos impostos nas atividades remuneradas de fornecimento de bens e serviços e de execução indireta de serviços públicos, que são os custeados por tarifas.²⁴ É certo, todavia, que os concessionários de serviços públicos são favorecidos por outros importantes

²¹ Silva, José Afonso da. op. cit., p. 673. A Constituição anterior, no seu art. 170, estabelecia que a intervenção seria supletiva ou subsidiária.

²² Const., art. 173, §§ 1º e 2º.

²³ Const., art. 150, VI, *a*, §§ 2º e 3º.

²⁴ A Const. anterior regulava a matéria no art. 19, III, *d*, § 1º. (Ver os fundamentados comentários sobre o assunto de Eros Roberto Grau, inclusive sustentando que as concessionárias e permissionárias de serviços públicos podem gozar de privilégios fiscais, op. cit., p. 141-2.)

privilégios, por se tratar do exercício de atividade estatal: a desapropriação de bens, a instituição de servidões administrativas, a ocupação de imóveis do domínio público, etc.

18. A matéria exposta ainda se relaciona com o disposto no art. 37, incisos XIX e XX, da Constituição, que revoga toda a legislação anterior, autorizando o Poder Executivo a criar entidades da administração pública indireta e suas subsidiárias. O uso e o abuso dessas autorizações genéricas gerou a desmesurada e dispendiosa expansão do aparelho administrativo estatal, com o conseqüente enfraquecimento do controle sobre a regularidade e a eficiência da atuação daquelas entidades. Caberá ao legislador apreciar, caso por caso, a conveniência e a oportunidade da criação de autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista e fundação pública, que depende de lei específica. Nos precisos termos da norma constitucional, está sujeita à mesma exigência a criação de subsidiária de qualquer dessas pessoas jurídicas.²⁵ A autorização legislativa, em todos os casos, somente poderá ser concedida com a observância do disposto no art. 173 e na lei de diretrizes orçamentárias.²⁶

19. Foi consideravelmente dilatada e aprofundada a função fiscalizadora do Tribunal de Contas da União e, no que couber, a dos Tribunais de Contas dos estados, municípios e do Distrito Federal,²⁷ principalmente quanto à prestação de contas dos administradores das pessoas jurídicas da administração indireta, "incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público", com o exame da legalidade dos atos de admissão do seu pessoal e de aposentadorias, reformas e pensões. As normas constitucionais exigem que o controle externo das atividades de todos esses entes se realize preventiva, concomitante e repressivamente, apreciada a sua regularidade, em sentido amplo, compreendido o seu mérito. Ou seja, segundo a Constituição, quanto "à legalidade, legitimidade e economicidade".²⁸ Compete agora ao legislador ordinário assegurar o bom e proveitoso desempenho das relevantes atribuições dos Tribunais de Contas, atendendo às peculiaridades das pessoas jurídicas controladas e os seus diferentes regimes jurídicos.

²⁵ Por dever de fidelidade à letra e ao espírito da Constituição o vocábulo *subsidiárias* não pode ser aplicado no sentido estrito, do direito comercial, mas sim no amplo e comum: subsidiário significa o que é auxiliar, secundário, o que apóia, subsidia.

²⁶ Const., arts. 165, III, §§ 2º e 9º e 166. As leis anuais de diretrizes orçamentárias e dos planos plurianuais devem permanecer estáveis, durante os períodos assinalados pelos textos constitucionais e, por isso, não podem comportar alterações, sobretudo por medidas provisórias.

²⁷ Const. art. 175.

²⁸ Const., arts. 70 e 71. V. comentários e críticas de José Afonso da Silva, op. cit., p. 624 e segs. Mukai, Toshio, op. cit. p. 46 e segs.

20. Com a restauração da Justiça Federal comum, de primeira instância,²⁹ foi atribuída aos seus juizes a competência para processar e julgar as ações em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência e as sujeitas às justiças especiais, conforme as sucessivas disposições constitucionais a respeito dessas exceções.³⁰ Se o propósito foi o de concentrar naquela Justiça todas as ações de interesse federal, parece que esse interesse foi mal avaliado, ao prevalecer o critério formal de sujeitar ao foro federal as empresas públicas e excluir as sociedades de economia mista. Mesmo porque, na maioria dessas sociedades, a participação acionária dos particulares é meramente simbólica. Por outro lado, nem sempre são mais importantes os fins perseguidos pelas empresas públicas. Em muitas das ações de que é parte a Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobrás), estão presentes questões de relevante interesse federal, dada a natureza das atividades monopolizadas pela União, executadas por essa sociedade de economia mista.³¹

3. As autarquias e as fundações públicas

21. Também desordenado e obscuro é o tratamento dispensado pela Constituição às denominadas *fundações públicas*, “ora chamando-as de ‘fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público’ (arts. 71, II, III e IV; 169, parágrafo único; 150, § 2º; 22, XXVII); ora de ‘fundação pública’ (arts. 37, XIX; 19, das Disposições Transitórias); ora ‘fundações mantidas pelo Poder Público’ (art. 37, XVII); ora simplesmente ‘fundação’ (art. 163, II)”.³² Esses defeitos aparentemente decorrem da caótica legislação federal a respeito da natureza jurídica das inúmeras fundações instituídas nos últimos anos e da posição dessas entidades no âmbito da administração pública, inclusive para efeito de controle.

22. Pelo Decreto-lei nº 200, de 1967, foram ditas fundações públicas incluídas na administração indireta, equiparadas às empresas públicas!³³ Logo depois, perderam essa posição, embora continuassem submetidas à supervisão ministerial, quando recebessem subvenções ou transferências à conta do orça-

²⁹ Ato Institucional nº 2, de 25 de outubro de 1965.

³⁰ Const. de 1967, art. 119, I, e, com a Emenda nº 3/69, arts. 125, I e 110; Const. de 1988, arts. 109, I e 114.

³¹ Para corrigir a distorção, o expediente por vezes tentado é o da intervenção da União como assistente da sociedade de economia mista. Ocorre que a União somente terá legitimação para assumir essa posição processual, comprovando que tem interesse jurídico — não meramente econômico — que possa ser afetado pela sentença.

³² Meirelles, Hely Lopes, op. cit., p. 311.

³³ Decreto-lei nº 200, de 1967, art. 4.º, § 2.º.

mento da União, ficando vedada a instituição de novas fundações, salvo quando atendidos determinados requisitos.³⁴ Entrementes, crescia o número dessas entidades. Algumas das antigas autarquias foram simplesmente rotuladas de fundações — e de direito privado — muito embora ainda exercendo as mesmas atividades e dotadas de poder público.³⁵ As universidades federais, com atribuições e fins idênticos, ora são designadas como autarquias, ora como fundações de direito público.³⁶

23. Mais tarde, novamente alterado o Decreto-lei nº 200, foram reintegradas na administração indireta “as fundações instituídas em virtude de lei federal ou de cujos recursos participe a União”, ficando subordinadas “aos mecanismos e normas de fiscalização, controle e gestão financeira”.³⁷ Uma terceira modificação foi introduzida naquele diploma: as fundações criadas com autorização legislativa são mantidas na mencionada posição, sob o nome de fundações públicas, como pessoas jurídicas de direito privado.³⁸ Multiplicam-se as fundações, instituídas não só por atos do presidente da República, como também dos dirigentes de outras entidades, principalmente das universidades.³⁹

24. Não obstante dedicar um dos seus capítulos ao tema, o legislador constituinte agravou a desordem reinante, não só por insistir na separação, corrigida pela lei, entre a administração indireta e a fundação, ou a denominada *administração fundacional*,⁴⁰ como também por manter a injustificável distinção entre as autarquias e as fundações públicas. A crítica é dirigida às fundações que reúnam as características das pessoas jurídicas de direito público: origem e controle estatais, exercício de atividade pública específica e, sobretudo, de poder público. Pois sendo exatamente esses os traços jurídicos da autarquia, têm-se as entidades em questão como pessoas administrativas, absorvidas no mesmo e único conceito.

25. Não configura a autarquia, realmente, uma terceira forma estrutural das pessoas jurídicas, que são representadas pelas *corporações* e pelas *funda-*

³⁴ Decreto-lei n.º 900, de 29 de setembro de 1969, arts. 1.º a 3.º.

³⁵ São exemplos: a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e a Fundação Nacional do Índio (Funai), antigas autarquias, convertidas em fundações, respectivamente, pelo Decreto-lei nº 161, de 13 de fevereiro de 1967 e Lei nº 5.391, de 5 de dezembro de 1967.

³⁶ Lei nº 5.540, de 28 de novembro de 1968, art. 4º.

³⁷ Decreto-lei nº 2.299, de 21 de novembro de 1986.

³⁸ Lei nº 7.596, de 10 de abril de 1987.

³⁹ O Tribunal de Contas da União, nas suas decisões mais recentes, demonstra a abusiva proliferação das chamadas Fundações de Apoio das Universidades que, criadas por essas instituições de ensino superior e embora usando seus bens e seu pessoal, reagem contra o controle dos seus atos. (Ver *Diário Oficial da União* de 4 de janeiro de 1988, p. 49 e segs.)

⁴⁰ Const., arts. 37 e 39, *caput*.

ções; simplesmente resulta, como pessoa jurídica, de uma modalidade de descentralização, puramente administrativa, descomprometida com o substrato da entidade assim gerada. As primeiras autarquias, como tais bem identificadas, nasceram entre nós com o Governo instaurado pelo movimento revolucionário de 1930. Como salienta Caio Tácito, esse processo descentralizador foi essencialmente inspirado em propósitos de eficiência ou de adequação técnica, que também coincidem com quaisquer formas de organização política.⁴¹

26. Já entre essas novas pessoas jurídicas de direito público, umas foram marcadas por estrutura fundacional, outras por estrutura corporativa. É que inexistente oposição doutrinária que possa ser fundada na razão, entre a capacidade jurídica e a estrutura do sujeito de direito. São absolutamente autônomos os elementos adotados na classificação das pessoas jurídicas: serão corporações ou fundações, quanto à estrutura; públicas ou privadas, quanto à capacidade; nacionais ou estrangeiras, conforme os critérios previstos na legislação de cada país. Não há, portanto, motivos racionais excludentes dos entes públicos de qualquer dessas classificações, já assentadas pelo direito.⁴²

27. Tem sido admitida, é certo, uma terceira espécie de pessoa jurídica: o *instituto*, ou a *instituição*, como tipo surgido no direito canônico, descrito como “um estabelecimento criado e ordenado desde fora, por uma *vontade superior*, para alcançar um *fim*, formando um novo sujeito ideal (*corpus mysticum*). Esse conceito foi difundido no seio da Igreja, alcançando tanto as entidades de base corporativa, quanto as fundações religiosas”.⁴³

28. O nosso Código Civil, em disposições esparsas no seu corpo normativo, refere-se às *instituições públicas* e aos *estabelecimentos públicos*. Mas somente relaciona, como pessoas jurídicas de direito público, os entes políticos,⁴⁴ por ainda desconhecer, o legislador, a descentralização institucional da administração pública, que posteriormente veio dar origem às autarquias. Contudo, já então se servia o Estado de fundações, modeladas pelo direito privado, para a execução descentralizada de certas atividades de interesse coletivo.⁴⁵ No esta-

⁴¹ Caio Tácito, op. cit., p. 156.

⁴² Ferrara, Francisco. *Teoría de las personas jurídicas*, Madri, Ed. Reus, 1929, p. 654. Sobre o assunto, ver também Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1968, p. 367 e segs.; Ferreira, Sergio de Andréa. *As fundações de direito privado instituídas pelo Estado*. Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1973, *passim*; e Cretella Júnior, José. *Administração indireta brasileira*. Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 158 e segs.

⁴³ Ferrara, Francisco, op. cit., p. 656.

⁴⁴ Código Civil Brasileiro, art. 14.

⁴⁵ Lima, Ruy Cirne. O Código Civil e o direito administrativo. In: *Rev. de Dir. Administrativo*, v. 62, p. 1 e segs.; e Seabra Fagundes, M. Da contribuição do Código Civil para o direito administrativo. In: *Rev. de Dir. Administrativo*, v. 78, p. 1 e segs.

belecimento público, mais próximo da fundação que da corporação, a personificação foi “antes necessitada pelas exigências da divisão do trabalho, na realização da tarefa estatal, a fim de que o Estado, graças à desagregação de alguns dos seus serviços públicos, possa, com menor esforço ou dispêndio, imprimir-lhe maior eficiência”.⁴⁶

29. Entretanto, convém reiterar, a descentralização administrativa do Estado não inova, substancialmente, a Teoria Geral do Direito, que classifica as pessoas jurídicas, quanto à estrutura, em corporações e fundações. O que geralmente ocorre é um fenômeno de *institucionalização* dos entes administrativos criados pela lei, mediante o qual o vigoroso poder estatal afeta ou atenua as características estruturais dessas pessoas jurídicas, de modo que suas formas sejam mais bem ajustadas aos seus fins. Nesse sentido é que se manifesta a afinidade da autarquia com o estabelecimento público e a instituição, tal como é esta concebida por Maurice Hauriou: na instituição tem maior importância “a idéia da obra a realizar em um grupo social que dela se beneficia”, tendo caráter instrumental a organização do poder ou dos meios necessários para a consecução dessa finalidade.⁴⁷

30. Desse modo, sendo a fundação de direito público absorvida no conceito de autarquia, conforme tem reconhecido o Supremo Tribunal Federal,⁴⁸ o que importa é separá-la da fundação de direito privado, regida pelo direito civil, quanto à sua instituição, atuação e extinção.⁴⁹ Entidades dessa espécie têm sido instituídas, mantidas e administradas com a co-participação do Estado, inclusive pela dotação de bens públicos, vinculados ao cumprimento de fins culturais e de assistência social, nos campos da saúde, da educação, etc. São, portanto, inegavelmente, entidades de *utilidade pública*, pelas quais velará, primordialmente, o Ministério Público, conquanto não devam ser excluídas do controle estatal específico, no tocante à boa aplicação dos recursos públicos que lhes tenham sido destinados. Lamentavelmente, a genuína fundação de direito privado foi desperdiçada, com a indiscriminada proliferação de entidades de origem estatal, sob a etiqueta de fundação, estando dificultada a sua recuperação. Pois além da ambigüidade das normas constitucionais, a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, com base no art. 39, da Constituição,

⁴⁶ Lima, Ruy Cirne. *Princípios...*, op. cit., p. 67.

⁴⁷ Hauriou, Maurice. *La teoría de la institución y de la fundación*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, p. 39 e segs.

⁴⁸ Algumas decisões do Supremo Tribunal Federal considerando a fundação de direito público como espécie do gênero autarquia: RE 90.309-ES — RTJ 92/133; RE 101.126-RJ, RTJ 113/314, CJ 6.728-3-DF e outros, no DJU de 26.8.88, p. 21.034.

⁴⁹ Tem plena aplicação, no caso, a doutrina sustentada por Sergio de Andréa Ferreira em parecer publicado na *Rev. de Direito Público*, v. 94, p. 82 e segs.

submeteu ao mesmo regime jurídico de pessoal todas as fundações, ainda separadas das autarquias e sem distinguir as suas diferentes espécies.

3. *A administração pública em sentido substancial, material ou objetivo*

3.1 *Apreciação geral*

31. No capítulo reservado à administração há referências ao *serviço público* no art. 37, §§ 3º e 6º, e no art. 39, § 3º; nos dois primeiros casos a expressão é usada na sua acepção técnica e restrita, enquanto no terceiro faz-se menção a serviço público no sentido amplíssimo, já vulgarizado. Essa atividade estatal apresenta a administração pública na sua dinâmica, segundo a sua natureza material ou substancial, considerada quanto ao seu *objeto*, comparada com as atividades decorrentes do exercício das demais funções públicas. O critério apenas realça, em síntese, que a lei, em sentido material, contém normas gerais e abstratas; pela jurisdição, essas normas são aplicadas nos casos concretos, quando incertas ou violadas; a administração executa diretamente as normas jurídicas que lhe são dirigidas, para o cumprimento de determinadas finalidades públicas. A legislação é complementada pela jurisdição, ambas exercendo uma função essencial, pacificadora, de definição do ordenamento jurídico; mas também desempenham uma função instrumental, criando e aplicando as normas jurídicas que devem ser executadas direta e concretamente pela administração pública, na satisfação de fins de utilidade ou necessidade coletiva.

32. Esses objetivos públicos são alcançados pelos órgãos e pessoas jurídicas que formam o aparelho administrativo estatal e, fundamentalmente: a) pelo *fomento* das atividades privadas necessárias ou úteis, no atendimento do interesse público; b) pela *polícia administrativa*, na execução das normas legais que impõem limitações à liberdade e à propriedade privada, mediante a expedição de atos normativos secundários e de atos individuais coativos; pelos *serviços públicos*, organizados e mantidos para a satisfação de certas necessidades coletivas e que excluem ou complementam a iniciativa privada.

33. Essas três modalidades da ação administrativa do Estado têm a mesma base teleológica, pelo destino comum do cumprimento de uma das funções públicas. Cumpre observar, a propósito, que no direito privado e no público o vocábulo *função* tem idêntico significado: o de *dever* jurídico, conferido para a satisfação de interesses alheios, que é servido por um *poder*. Tal é o caso do pai, investido de poder, no interesse dos filhos, e o do agente público que, por dever, exerce sua competência, como parcela do poder estatal. A

diversificação dos interesses vinculados à função pública administrativa requer uma correspondente diferenciação e especialização de meios, regulados pelo direito e integrados na complexa organização da administração pública. Interesses que são, rigorosamente, os da sociedade, convertidos em interesses públicos na medida em que se incorporam aos fins do Estado.

3.2 A administração pública como atividade de fomento

34. A vigente Constituição, como as anteriores, de Estado capitalista, destaca o primado da iniciativa privada dentre os princípios e valores que a fundamentam, reafirmando as normas que garantem a liberdade de agir do indivíduo e das várias formas de corporação que organizar. Liberdade que se manifestará nos empreendimentos econômicos — nos setores da agricultura, da indústria, do comércio — ou na prestação de serviços sociais, de assistência, saúde, previdência, educação, etc.⁵⁰

35. Além de garantir a livre iniciativa dos particulares, a Constituição ostensivamente a estimula, de vários modos, sem o emprego de meios coativos. Esses incentivos se situam, em primeiro lugar, no plano superior da regulação e do planejamento nacional, regional e setorial do desenvolvimento econômico — planejamento que tem o caráter indicativo, para o setor privado.⁵¹ Independentemente dessas medidas gerais, é dedicado especial apoio ao cooperativismo,⁵² às pequenas empresas,⁵³ ao turismo,⁵⁴ às pesquisas e ao desenvolvimento tecnológico,⁵⁵ à educação, no seu todo,⁵⁶ às escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas e às atividades universitárias de pesquisa e expansão,⁵⁷ bem como às manifestações culturais⁵⁸ e às práticas desportivas.⁵⁹

36. O fomento das atividades privadas se realiza, de modo mais direto, quando o Estado as *subvenciona*, com a doação de recursos financeiros, previstos nos seus orçamentos. Esses auxílios em dinheiro geralmente beneficiam empreendimentos na área social, sem fins lucrativos, e desde que os bens patrimoniais das pessoas jurídicas beneficiadas, quando extintas, sejam destinados

⁵⁰ Const., esp. arts. 1º, IV, 5º, IX, XIII, XVII a XIX, 170, *caput*, IV e par. único, 173, 194, 201, § 8º, 204, I, 206, III, 209 e 222.

⁵¹ Const., art. 174.

⁵² Const., art. 174. § 2º.

⁵³ Const., art. 179.

⁵⁴ Const., art. 180.

⁵⁵ Const., arts. 187, III, 200, V, 218, *caput* e § 4º.

⁵⁶ Const., art. 205.

⁵⁷ Const., art. 213, *caput* e § 2º.

⁵⁸ Const., arts. 215 e 216, § 3º.

⁵⁹ Const., art. 217.

a entidades congêneres ou públicas.⁶⁰ São ressalvas que se impõem, pela razão óbvia de que esses recursos não podem enriquecer os particulares. As iniciativas privadas com fins lucrativos podem ser estimuladas, mas sob a forma de *financiamentos*, isto é, de empréstimos de dinheiro com o pagamento de juros a taxas mais baixas que as cobradas no mercado.

37. Os *incentivos fiscais* são também larga e proveitosamente aplicados. A imunidade constitucional tributária prestigia cometimentos com objetivos espirituais (os templos de qualquer culto), culturais (livros, jornais e periódicos), políticos, sindicais, educativos e de assistência social.⁶¹ A imunidade é restrita aos impostos, uma vez que as taxas e a contribuição de melhoria são vinculadas a determinados fins.⁶² Por outro lado, no apoio a atividades privadas de utilidade pública, mediante isenções e outros favores fiscais, cumprem os tributos sua função social, que é exercida, ainda, em outra direção, com o agravamento das obrigações dos contribuintes, para desestimular fatos lesivos ao bem comum.⁶³

38. Outras formas de fomento podem consistir: na doação, venda, cessão ou concessão de uso de terras e outros bens públicos, móveis ou imóveis, e na desapropriação de bens de terceiros. Tudo isso em proveito de instituições beneficentes ou culturais, de atividades de colonização, da instalação de distritos industriais, do funcionamento de feiras e do pequeno comércio em vias públicas, etc.

3. *A polícia administrativa*

39. Na tutela do interesse público, compete ao Estado fomentar as iniciativas dos particulares, econômica e socialmente úteis e, concomitantemente, coibir as ações e omissões nocivas, segundo o ordenamento jurídico. Nesse segundo campo, atuam os órgãos e as entidades que compõem a *polícia administrativa*, exercendo uma especial manifestação do poder estatal, correspondente ao *poder de polícia*. Não se trata de uma projeção, no tempo do Estado de Direito, do antigo poder dos governantes, supostamente também orientado para o bem comum, porém absoluto e incontrastável, que caracterizou o *Estado de polícia*. Nem se confunde com as atividades de investigação dos delitos — crimes e contravenções — e de perseguição dos seus autores, que são próprias da *polícia judiciária*.

⁶⁰ Const., art. 199, § 2º. 201, § 8º, 213, I e II.

⁶¹ Const., art. 150, VI, *b, c e d*.

⁶² Const., art. 145, II e III.

⁶³ Const., arts. 153, § 4º e 182, § 4º, II.

40. O poder de polícia, como todo poder, constrange as pessoas naturais e jurídicas, mas deriva da lei, que o legitima e o delimita. Nem mesmo constitui um poder essencialmente discricionário, como tem sido afirmado. As medidas de aplicação geral e preventiva, da polícia administrativa, que constituem os seus regulamentos, são adotadas com certa dose de discricionariedade, quanto à sua oportunidade e conveniência, e mesmo quanto ao seu objeto. Todavia, são vinculados, na sua maioria, os atos concretos e individuais de controle da licitude das atividades privadas ou públicas, ou que impõem abstenções ou obrigações positivas, ou ainda que reprimem fatos ilícitos.

41. A administração exerce discricionariamente seu poder de polícia, quando legalmente autorizada a compatibilizar os interesses individuais com as exigências do interesse público. O que ocorre, por exemplo, na apreciação de pedido de porte de arma, ou de uso especial de bem público afetado ao uso comum (atos de autorização ou permissão). Mas são vinculados os de licença de construção, de localização e funcionamento de estabelecimento industrial, comercial, hospitalar, etc., ou para o exercício de certas profissões e, ainda, os de admissão em escola pública — todos necessariamente expedidos desde que satisfeitas as exigências legais. São igualmente vinculados os atos que determinem obrigações de fazer: a conservação de prédios ou a reparação dos edifícios em ruína, o levantamento de muros, etc. E mais: os de aplicação de sanções administrativas aos infratores da lei.

42. Na prática dos atos por último aludidos, está a administração não somente subordinada ao *princípio de legalidade* que lhe é especificamente imposto, como também ao da *livre atividade individual*, no sentido de que “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da lei”.⁶⁴ É que estão em causa direitos subjetivos, apenas sujeitos às limitações estabelecidas pela Constituição ou pela lei. Limitar um direito significa, exatamente, dar-lhe a conformação, ou seja, definir o seu conteúdo e regular as condições do seu exercício. Pois não há, nem mesmo pela lógica, direito absoluto, isto é, ilimitado. Como ensina Guido Zanobini, “tudo o que é juridicamente garantido é também juridicamente limitado”.⁶⁵

43. Confirma a Constituição, em seu art. 5º, as limitações legalmente definíveis, mesmo dos direitos fundamentais que garante: de liberdade na ma-

⁶⁴ Const., arts. 37, *caput* e 5º, II.

⁶⁵ Zanobini, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo*. 3. ed. Milano, Giuffrè, 1948, p. 137-41; Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1991, p. 232 e segs.; Caio Tácito, op. cit., p. 141; Ferreira, Sergio de Andréa. *Direito administrativo didático*. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1985, p. 248 e segs.; Oliveira, Fernando Andrade de. *Limitações administrativas à propriedade privada imobiliária*. Rio de Janeiro, Forense, 1982, esp., p. 230 e segs.

nifestação do pensamento (inc. IV), de consciência e de crença (inc. VI), de proteção da casa, como asilo do indivíduo (inc. XI), de sigilo da correspondência e das comunicações (inc. XII), de exercício de trabalho, ofício ou profissão (inc. XIII), de locomoção (inc. XV), de reunião (inc. XVI), de associação (inc. XVII a XIX), etc. O poder de polícia só é legitimamente exercido, portanto, na fiel execução das leis que dispõem sobre os direitos subjetivos, ou seja, sem afetar o conteúdo ou o exercício desses direitos, como tais juridicamente definidos e protegidos.

44. O legislador não atua com poder de polícia — o *police power* do direito norte-americano — ao delimitar os direitos subjetivos; exerce o seu próprio e genérico poder de legislar sobre as matérias da sua competência, nos termos da Constituição. Entre nós, o poder de polícia pertence à administração pública, sendo exercido sob a lei. Conseqüentemente, repercutem na polícia administrativa as inovações havidas nos planos constitucional e legislativo, sobressaindo as que decorrem, na atualidade, da crescente intervenção do Estado na ordem econômica e social. Por isso as suas atribuições, agora mais variadas, excedem as de defesa da ordem, tranqüilidade e salubridade públicas, pelo menos na acepção clássica e restrita dessa expressão.⁶⁶

45. Pode-se dizer que a atuação da polícia administrativa se estende a todos os setores em que se desenvolvem as atividades públicas e privadas. Além do poder de polícia específico de cada um dos numerosos serviços públicos, revela-se a sua presença na proteção do meio ambiente (polícia florestal, de caça e pesca), do consumidor (verificando a qualidade, quantidade, composição e embalagem dos produtos) e, sobretudo, nas complexas manifestações da vida urbana, compreendendo a polícia edilícia, de trânsito e tráfego, das profissões, da indústria e do comércio, etc.

46. Fundado na lei, o poder de polícia é exercido pelos entes políticos — diretamente ou por intermédio de outras pessoas administrativas — com base na competência legislativa que lhes é distribuída pela Constituição. De acordo com o modelo norte-americano, adotado desde a primeira Constituição republicana, os poderes da União são os enumerados no texto constitucional, cabendo aos estados os poderes remanescentes. Mas dessa competência legislativa também participa o município brasileiro, na medida da sua autonomia, expressamente reconhecida a partir da Constituição de 1934 (art. 13).

47. Assim, o poder de polícia federal, quando não estiver diretamente mencionado na Constituição,⁶⁷ decorre da extensa competência legislativa, pri-

⁶⁶ Caio Tácito, op. cit., p. 134 e segs.

⁶⁷ Const., art. 21, esp. VI, VIII, XIV, XVI, XIX, XXII, XXIV e XXV

vativa da União (art. 22), bem assim da que pode ser exercida concorrentemente com os estados, o Distrito Federal e os municípios (art. 24). Pertence aos estados a competência residual, compreendida entre a federal e a dos municípios, já que estes legislam “sobre assuntos de interesse local” e suplementando “a legislação federal e a estadual no que couber” (arts. 25, § 1º, e 30, inc. I e II). Merecem menção as importantes atribuições da polícia administrativa municipal em matéria sanitária, exercidas em concorrência com as das polícias da União e dos estados e, principalmente, aquelas pertinentes ao amplo domínio do urbanismo (art. 182).

48. Resta reafirmar que a polícia administrativa se distingue bem nitidamente da polícia judiciária, embora ambas integrem a administração pública. A polícia judiciária atua em um único setor, que é o da apuração da materialidade e autoria dos delitos; carece de poder para impor sanções, embora possa praticar atos de coação cautelar, de prisão de indiciados como delinquentes e de apreensão de bens, como meio de prova dos delitos; é exercida conforme a legislação processual penal, que não comporta regulamentação.

4. *Os serviços públicos*

49. Esta terceira modalidade da ação administrativa do Estado tem marcante importância. A elaboração da teoria do serviço público, na França, correu para a formação do próprio direito administrativo, posteriormente recepcionado pelos países da Europa continental e da América Latina. Dada sua indiscutível relevância, a teoria dividiu os tratadistas franceses já na sua origem. As dificuldades mais recentes são as enfrentadas na aplicação e adaptação da teoria aos serviços públicos de conteúdo econômico, regidos pelo direito privado.

50. Para León Duguit, os serviços públicos absorvem todas as atividades do Estado, que seria um conjunto, uma cooperação de serviços públicos, que os governantes têm o dever de organizar e controlar, no interesse social.⁶⁸ Adotando um conceito mais restrito, situado no âmbito do direito, Gaston Jèze considera como sendo serviços públicos aqueles destinados a suprir, contínua e regularmente, certas necessidades de interesse geral, porém sob um regime especial de direito público, derogatório do direito comum — civil e comercial. Por outro lado, a organização do serviço público não constitui um dever

⁶⁸ Duguit, León. *Traité de droit constitutionnel*. 2. ed., 1923, v. 2.

dos governantes, mas é decidida no exercício do seu poder discricionário, expresso pelas normas legais e regulamentares.⁶⁹

51. É preciso lembrar que o conceito de serviço público foi preponderantemente desenvolvido pela jurisprudência do Conselho de Estado e do Tribunal de Conflitos, dada a necessidade de ser definida a jurisdição da justiça administrativa francesa, ante a da justiça comum, correspondente aos órgãos judiciais. Como foi assinalado, agravaram-se as dificuldades na estabilização desse conceito, com a expansão e a diversificação das atividades públicas e o nascimento dos chamados *serviços públicos industriais e comerciais*, executados pelas empresas do Estado. É claro que, com a sua elasticidade, perdeu o conceito de serviço público sua precisão, tendo sido anunciado seu estado de crise. De qualquer modo, ainda persistem, na doutrina, dois elementos da definição clássica de serviço público, agora também denominado *serviço público administrativo*: é organizado e gerido pela administração pública (aspecto formal), para a satisfação de uma necessidade de interesse geral.⁷⁰

52. A análise da expressão literal — serviço público — evidencia, pelo substantivo, tratar-se de atividade em proveito de terceiros. Mas o adjetivo qualificativo pode indicar que essa atividade é pública pela origem estatal, ou porque é destinada ao público em geral, ou ainda por comportar interpretação nos dois sentidos. O conceito mais aceitável é precisamente este, restrito: serviço público é o serviço próprio, inseparável e, a princípio, privativo do Estado, sendo por este organizado e direta ou indiretamente prestado para a satisfação de uma necessidade coletiva, sob um regime jurídico de direito público. Não basta a origem estatal do serviço, aliás confirmada pelo art. 175 da Constituição; o regime jurídico é dado formal indispensável, por se presumir que o atendimento da necessidade coletiva, sendo imperativo, não dispensa os meios coercitivos, inerentes ao poder público.

53. Algumas das necessidades coletivas são sentidas por parte da sociedade, ou mesmo por seu todo, sendo em qualquer caso indivisíveis; por isso, são satisfeitas pelos *serviços públicos gerais*, prestados *uti universi*. Integram essa categoria os serviços de prevenção das calamidades públicas, de conservação das vias públicas, de defesa do território nacional. Outras necessidades coletivas, circunscritas a segmentos mais ou menos amplos da sociedade, são individualmente sentidas. Essas necessidades dão origem aos *serviços pú-*

⁶⁹ Jèze, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Buenos Aires, Depalma, 1949, v. 2.

⁷⁰ Vedel, Georges. *Droit administratif*. 6. ed. Presses Universitaires de France, 1958, p. 810; Rivero, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra, Almedina, 1981, p. 493-4.

blicos especiais, prestados *uti singuli*, isto é, às pessoas singularmente consideradas, que são os *usuários* dos serviços públicos. Cada serviço público é organizado e regido por um conjunto de normas legais e regulamentares, de conteúdo geral, abstrato e impessoal. Esse sistema normativo é aplicado aos destinatários do serviço que, por isso mesmo, são submetidos a um *regime estatutário*, sendo raras as relações contratuais entre os prestadores do serviço e seus usuários.⁷¹

54. Os serviços públicos especiais são os mais numerosos e estão especificados na Constituição, que os distribui entre as pessoas políticas, pelo critério anteriormente aludido. Pertencem à União, entre outros, o serviço postal e o do correio aéreo nacional, os serviços de telecomunicação, de produção e distribuição de energia elétrica, os de navegação aérea, aeroespacial e de infraestrutura aeroportuária, de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, e de transportes ferroviário e aquaviário interestaduais ou entre portos brasileiros e fronteiras nacionais.⁷² São serviços públicos municipais todos aqueles de interesse local,⁷³ compreendendo os que atendem às necessidades coletivas peculiares da vida urbana e rural, que se manifestam no âmbito do território de cada município. Dentre os serviços municipais, mencionam-se: o de transporte coletivo de passageiros,⁷⁴ o serviço funerário, os serviços de iluminação pública, de limpeza urbana, de conservação de vias públicas. São serviços públicos estaduais: os serviços locais de gás canalizado,⁷⁵ os de transporte coletivo de passageiros e de transporte geral, ferroviário e aquaviário, prestados no território de cada estado.⁷⁶

55. Além dos serviços públicos, propriamente ditos, outros são prestados pelo Estado, complementando os de iniciativa privada, satisfazendo a necessidades coletivas nos campos da saúde, educação, previdência e assistência social. Quando oferecidos pelos órgãos da administração direta e pelas autarquias, são evidentemente regidos pelo direito público. Nessa categoria de *serviços públicos impróprios* estão aqueles de conteúdo econômico — serviços industriais e comerciais — prestados pelas empresas estatais, sob a regência do direito privado. Todavia, as atividades econômicas monopolizadas pela

⁷¹ Caio Tácito. Serviço público especial e geral. Conceituação. Parecer na *Rev. de Dir. Administrativo*, v. 78, p. 436 e segs.; Oliveira, Odília Ferreira da Luz. Situação jurídica do usuário do serviço público. *Rev. de Dir. Público*, v. 69, p. 45 e segs.; Ferreira, Sergio de Andréa. *Direito administrativo*. . . . op. cit., p. 238-9.

⁷² Const., art. 21, X a XII, XV, XVII e XXIII.

⁷³ Const., art. 30, V.

⁷⁴ Const., item, parte final.

⁷⁵ Const., art. 25, § 2º.

⁷⁶ São serviços públicos remanescentes, ante o disposto nos arts. 21, XII, *d* e 30, V, da Constituição.

União⁷⁷ — monopólios públicos — conquanto exercidas por entidades de direito privado, são protegidas por normas de direito público e pelo poder estatal. É que o exercício e o desenvolvimento dessas atividades não devem ser tolhidos por obstáculos jurídicos porventura opostos pelos particulares, e que só podem ser removidos mediante os procedimentos coercitivos do poder público. É o regime que também prevalece em proveito das entidades privadas, concessionárias de serviços públicos.

56. A *concessão* é uma das formas de execução dos serviços públicos, não havendo divergências doutrinárias a respeito da sua natureza jurídica: é o contrato pelo qual o Estado delega a terceiro a execução de serviço público, por conta e risco do concessionário e custeada pelas tarifas cobradas dos usuários. Outra forma de execução indireta de serviço público é a que se verifica por via de *permissão*, que é ato administrativo unilateral, precário e revogável, a princípio sem indenização a favor do permissionário. Ainda ocorre *delegação legal*, sem a intermediação de ato administrativo. Tal é o caso da execução dos serviços federais, postal e telegráfico, pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (EBCT).

57. A concessão de serviço público tem importância histórica, participando da formação do direito administrativo. A relevância do seu objeto e sua longa duração propiciaram a caracterização do contrato administrativo, pela jurisprudência dos tribunais franceses antes referidos, afastando-o da incidência do direito civil, mesmo legislado. Do que resultou, basicamente, no atendimento das cambiantes exigências do interesse público: a mutabilidade das cláusulas contratuais, por imposição unilateral da administração e a inoponibilidade, contra a concedente, da exceção do contrato não cumprido. Em compensação, acentuou-se a necessidade de ser preservada a equação financeira, tal como foi estabelecida pelos contratantes. Ainda mais: a superveniência de fatos econômicos imprevisíveis, onerando a execução do contrato, determinou o renascimento da teoria da imprevisão, no âmbito do direito público, de modo a salvar a concessão e assegurar a continuidade do serviço. Isso mediante a indenização parcial e temporária do concessionário, concedida pela administração.⁷⁸

58. Pelas Constituições de 1946 e 1967, “a lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais”.⁷⁹ A lei referida haveria de ser a federal, que estabeleceria as nor-

⁷⁷ Const., arts. 21, XXIII e 177.

⁷⁸ Rivero, Jean. op. cit., p. 128 e segs.

⁷⁹ Const. de 1946, art. 151 e Const. de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969, art. 167.

mas gerais a esse respeito. Decorrido quase meio século, ainda não nasceu o aguardado estatuto das concessões de serviço público. O art. 175 da Constituição vigente somente na aparência permite que cada unidade federativa exerça, na sua plenitude, o poder de legislar sobre a concessão dos seus próprios serviços públicos. É que, pelo art. 22, inciso XXVI, compete privativamente à União editar lei sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública direta e indireta (...) nas diversas esferas de governo”. Igual competência legislativa lhe é conferida quanto a outras matérias.⁸⁰ É de se reconhecer, porém, que ao dispor sobre diretrizes ou normas gerais, a União geralmente exorbita da sua competência, legislando em profundidade e sobre minúcias, com manifesta e inconstitucional invasão da autonomia dos estados e dos municípios — aliás sem a esperada reação das pessoas políticas interessadas. É o que sucede, por exemplo, com o Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, sobre licitação.

59. O regime jurídico dos serviços públicos está submetido aos seguintes princípios, aceitos pelos tratadistas: o da *continuidade*, conexo com o da *regularidade*; o da *generalidade*, com o da *uniformidade*. São princípios conceituais, vinculados à finalidade precípua dos serviços públicos, de atender a necessidades coletivas. O primeiro garante o ininterrupto funcionamento do serviço público, que não pode ser suspenso ou extinto enquanto persistir a necessidade coletiva determinante da sua criação. Daí a proibição da greve, ou, pelo menos, as restrições no exercício desse direito, nos serviços públicos. A Constituição vigente, confrontada com a anterior, inegavelmente ampliou o direito de greve, nos termos do seu art. 9º,⁸¹ que deve ser aplicado em harmonia com o princípio de direito público sob exame.

60. É evidente que a *essencialidade* já é dado intrínseco, indissociável do conceito de serviço público, não podendo o legislador ordinário negá-la e nem mesmo graduá-la, sobretudo em relação àqueles serviços criados ou mantidos com base em normas constitucionais específicas.⁸² Ademais, é irrecusável o reconhecimento da essencialidade da atuação da polícia administrativa, particularmente quanto a certos setores, como o da polícia sanitária, cuja paralisação põe em risco a saúde e a vida das pessoas. O que cabe à lei é definir a essencialidade de outros serviços e atividades, públicos ou privados, a fim de que, em todos os casos, sejam atendidas aquelas “necessidades inadiáveis da

⁸⁰ Const., arts. 22, IX, XXI e XXVII, 24, § 2º e 61, § 1º, *d*.

⁸¹ A Const. anterior categoricamente proibia a greve nos serviços públicos e nas atividades essenciais, cf. art. 162.

⁸² Ferreira, Sergio de Andréa. *Direito...*, op. cit., p. 230; Júnior, José Cretella. *Comentários...*, op. cit., 2. ed., v. 2, p. 1.063/4.

sociedade". Igualmente caberá à lei regular a adequada repressão dos abusos cometidos no exercício do direito de greve. Pelo que foi exposto, supõe-se que seja dispensado um tratamento mais rigoroso na definição do direito de greve dos servidores públicos, a que se refere o art. 37, inciso VII, da Constituição. Como bem observa Adilson de Abreu Dallari, o texto constitucional exige cuidadosa aplicação, "não podendo servir de fundamento para implantar o caos, a desordem e a insegurança da coletividade".⁸³

61. O princípio da regularidade exige que o serviço público, além de contínuo, deve funcionar de acordo com as normas legais e regulamentares que o regem e com as normas da melhor técnica. O descumprimento de qualquer dessas exigências compromete o interesse público porque as irregularidades, sob o aspecto jurídico, afetam a prestação do serviço, em detrimento dos interesses e direitos dos usuários. Quanto à inobservância das normas técnicas, prejudica o eficiente funcionamento do serviço público, podendo até determinar a sua interrupção.

62. O princípio da generalidade significa que o serviço público deve ser oferecido e prestado a todos os que participam da necessidade coletiva em causa, sem excluir ninguém. Já o princípio da uniformidade preserva o tratamento isonômico dos usuários. Não viola esse princípio a prestação diferenciada, refletida nas tarifas, com base na divisão em classes ou categorias de cada serviço. É o que ocorre nos serviços de transporte coletivo de passageiros, que oferecem maior ou menor conforto nos ônibus, trens, navios e aviões; também nos serviços de eletricidade, com tarifas mais baixas para o consumo industrial, como incentivo ao desenvolvimento econômico. Mas deve prevalecer o tratamento uniforme aos usuários, nas diversas modalidades de prestação do serviço.

63. A especial atenção dedicada pelas normas constitucionais aos direitos dos usuários⁸⁴ justifica um comentário, ainda que breve. Essa questão está ligada às duas outras mencionadas no mesmo art. 175, da Constituição: a da política tarifária e a da obrigação de manter serviço adequado. Entende-se, em resumo, que o serviço público deve ser acessível ao usuário, inclusive pela modicidade das tarifas, e funcionar de modo a cabalmente atender à necessidade coletiva que reclamou a sua criação. A rigor, a responsabilidade pela defeituosa prestação de um serviço público é sempre imputável à pessoa política, sua titular, pois a causa das deficiências residirá, ou na organização do serviço, ou

⁸³ Dallari, Adilson de Abreu. *Regime constitucional dos servidores públicos*. 2. ed. rev., São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1990, p. 144-56, contendo uma criteriosa exposição do direito de greve dos servidores públicos.

⁸⁴ Const., arts. 37, § 3º e 175, par. único, II.

na sua execução; se indiretamente executado, na fiscalização, a cargo da pessoa delegante. Para que se torne efetiva a proteção dos usuários, ainda cumpre à administração orientá-los sobre os seus direitos, indicar os órgãos que devem receber suas reclamações e facilitar sua formulação. O mais importante, obviamente, é que, criteriosa e rapidamente investigadas as reclamações, sejam aplicadas aos infratores as sanções cabíveis, com ciência dos reclamantes e dos usuários em geral.

64. Convém, finalmente, distinguir a polícia administrativa do serviço público, embora sumariamente. À primeira incumbe o cumprimento de fins do Estado mediante meios potencial ou efetivamente coercitivos. Ainda que exercido nos exatos termos da lei, o poder de polícia impõe restrições às atividades dos indivíduos, na sua liberdade ou como proprietários. Assim sendo, porque o exercício desse poder pode ameaçar ou violar direitos e garantias individuais, as normas jurídicas que o regulam são de interpretação e aplicação estrita. Já o serviço público é caracterizado pelo bem ou vantagem que concreta e imediatamente oferece, consistente na satisfação de uma necessidade coletiva. Da organização formal e subsequente funcionamento de um serviço público nascem direitos subjetivos, a favor dos usuários, no sentido da sua fruição, segundo os princípios e normas jurídicos aplicáveis. Vale dizer: o usuário tem direito à prestação contínua, regular e uniforme do serviço público.⁸⁵

65. Uma outra distinção ainda merece destaque. O poder de polícia, como expressão típica do poder público, não é autonomamente delegável, ou seja, a princípio somente pode ser exercido por órgão ou pessoa jurídica estatal. Raramente é o particular legalmente investido de poder coercitivo, como é o caso do ato de prisão de alguém em flagrante delito. A permissão ou concessão de serviço público compreende, apenas, a sua execução material, não importando a transferência da sua titularidade, nem de poder público, como o de desapropriar ou instituir servidões. Ressalvam-se os atos da chamada polícia do serviço público, praticados na estrita observância das normas legais e regulamentares que regem a concessão ou permissão.

66. Essas distinções têm implicações no tocante ao controle jurisdicional da administração pública, especialmente pela via do mandado de segurança, cabível contra ato ilegal ou abusivo de autoridade pública ou de "pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público".⁸⁶ A norma tem alcançado os atos de concessionários de serviços públicos, que não são, propriamente, de exercício de poder, mas sim de execução de uma atividade pública, objeto da

⁸⁵ Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Prestação de serviços públicos...* op. cit., p. 48.

⁸⁶ Const., art. 5º, LXIX.

delegação. Mas não pode ser estendida aos atos de pessoas jurídicas privadas, simplesmente porque sujeitas às prescrições do poder de polícia. Estranhamente, porém, tem sido admitido mandado de segurança contra ato de dirigente de instituição financeira e de estabelecimento de ensino, privados. A circunstância de estarem submetidas à polícia administrativa não converte as atividades dessas pessoas jurídicas em serviços públicos, nem atribui a seus agentes autoridade pública.